

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Dezember 2020

12

453 – 492

Vergaberecht

Nachträgliche Vertragsänderungen *Mathias Plotz* ➔ 457

Kumulativ oder alternativ? *Markus Moro* ➔ 461

EuGH – Auch nationale Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht
sind Wirtschaftsteilnehmer iS der RL 2014/24 *Michaela Salamun* ➔ 478

Bauvertragsrecht

PLM – Projektbegleitendes Lösungsmanagement

Josef Aicher und Rudolf Lessiak ➔ 483

OGH – Eine 140t schwere Hochregalanlage als unbewegliche Sache
Tatjana Chiwitt-Oberhammer ➔ 489

PLM – Projektbegleitendes Lösungsmanagement

Vergabe- und vertragsrechtliche Fragen

Unter dem Aspekt ihrer Lösung sind Projektstörungen jede Abweichung des Projektablaufs von der Planung. Statt im ersten Schritt eine Zuordnung in Verantwortungssphären vorzunehmen, wird im Lösungsmanagement im Konsens aller Beteiligten eine Bewältigung der Störung erarbeitet, die fachlich optimal, kostengünstig und zeitsparend ist. Um das hierfür notwendige Werkzeug des PLM vorab in der Vergabe oder nachträglich im Projekt vergaberechtskonform implementieren zu können, sind vergaberechtliche Vorgaben zu beachten, die vertragsrechtlich entsprechend umgesetzt werden müssen.

Von Josef Aicher und Rudolf Lessiak

Inhaltsübersicht:

- A. PLM zur Lösung von Projektstörungen
 1. Vorbemerkungen
 2. Strikt funktionaler Begriff der „Projektstörung“
 3. Abgrenzung zu den klassischen Werkzeugen der Konfliktlösung
 4. Grundzüge vertraglicher Umsetzung von PLM
 5. Typische Fälle des Einsatzes von PLM
- B. Vergaberechtliche Fragen
 1. Rechtliche Rahmenbedingungen nach dem BVergG
 2. Vergaberechtliche Anforderungen an PLM
 - a) § 374 BVergG 2018?
 - b) Kalkulierbarkeit des Angebots?
 - c) Verpflichtung zur Durchschaltung von PLM auf Subunternehmer?
 - d) Nachträgliche Vereinbarung von PLM als zulässige Vertragsänderung?
- C. Verfahrensgrundsätze und Ablauf des PLM im Überblick
- D. Zusammenfassende Argumentation für den Einsatz von PLM

A. PLM zur Lösung von Projektstörungen

1. Vorbemerkungen

PLM ergänzt die Werkzeuge des Projektmanagements zur Lösung von Projektstörungen im Konsens. Zentrale Aufgabe des PLM ist es, dass solche Störungen im Gespräch der Beteiligten, sohin im Konsens der Beteiligten, gelöst werden. Zentrales Ziel des PLM ist es, dass aus der Störung kein Konflikt entsteht.

PLM unterstützt die Parteien, im Gespräch zu bleiben und dabei rasch und effizient eine Lösung zu finden. Diese Lösung muss aus technischer Sicht den Projektfortschritt ermöglichen. Darüber hinaus muss diese Lösung baubetriebswirtschaftlich sowie rechtlich ausgewogen und bestandsfest sein.

Die Unterstützung der Projektbeteiligten durch PLM folgt stets der Leitlinie, dass so viel wie möglich

im Konsens der Beteiligten festgelegt und so wenig wie notwendig durch Dritte entschieden wird.

Da es die Projektbeteiligten sind, welche gemeinsam die Lösungen zur Bewältigung der Störung ausarbeiten und in der Folge auch umsetzen, bleibt der erfolgreiche Projektabschluss gesichert. Zugleich erhöht sich die Resilienz des Projekts, sohin die Fähigkeit, Störungen zu bewältigen. Das gelingt mit PLM deutlich besser als ohne Einsatz von PLM.

2. Strikt funktionaler Begriff der „Projektstörung“

Für Zwecke des PLM wird jede Abweichung der Wirklichkeit vom geplanten Projektablauf als „Störung“ erfasst. Dieses Projekt-Soll, an dem das Projekt-Ist gemessen wird, umfasst auch den vorgesehenen Ablauf des Projekts. Als Störung wird eine Abweichung bereits dann erfasst, wenn sie geeignet ist, Kosten, Termine oder Qualität des Projekts zu beeinflussen. Also auch dann, wenn (noch) nicht feststeht, dass dieser Einfluss negativ ist. Beispiel: Dass ein Professionist mit seinem Leistungsabschnitt rascher fertig wird, als geplant, ist auf den ersten Blick kein negativer Einfluss auf das Projekt. Wenn die Konsequenzen dieser Abweichung von der Planung unter dem Aspekt der Schnittstellen zu anderen Professionisten berücksichtigt werden, zeigt sich zunächst einmal, dass es idR Handlungsbedarf (Bedarf nach einer Lösung) gibt, ohne dass schon feststehen muss, ob und in welchem Ausmaß diese Konsequenzen negativen Einfluss (idR auf Kosten, Termine oder Qualität) haben.

Diese Feststellung des Vorliegens einer Störung und des daraus abgeleiteten Handlungsbedarfs erfolgt (zunächst) unabhängig davon, wessen Sphäre die Ursache zuzuordnen ist. Sohin unabhängig davon, ob die Störung durch Zufall, Fehler eines Beteiligten oder Anordnung eines „Anordnungsbefugten“ entstanden ist. Daher auch unabhängig davon, ob sie nur den geplanten Zeitablauf stört (Verzögerung) oder (neben einem

ZVB 2020/96

§§ 1165 ff ABGB;
§§ 98, 363, 365,
374 BVergG;
Abschnitt 7
ÖNORM B 2110
und 2118

Projektstörung;
Projektbegleitendes Lösungsmanagement;
Kalkulierbarkeit;
Durchschaltung auf Subunternehmer;

wesentliche Vertragsänderung

durch die Verzögerung ausgelösten Mehraufwand) sonstige Behinderungen nach sich zieht.

Im Vordergrund steht die Kooperation zur Lösung als gemeinsame Verantwortlichkeit und nicht die Zuordnung der Verantwortlichkeit in eine der beteiligten „Sphären“. Zwar erfolgt auch im Rahmen des PLM eine Zuordnung des Ergebnisses gemäß den beteiligten Sphären an die Parteien. Vermieden wird jedoch, dass die Mitwirkung an der Lösung von vornherein durch jene Vorgaben eingeengt ist, die aus einer Zuordnung nach (Haftungs-)Sphären folgt und überdies auf jene Beteiligten beschränkt wird, deren Sphäre die Ursache der Störung zuzuordnen ist.

3. Abgrenzung zu den klassischen Werkzeugen der Konfliktlösung

PLM verhindert bereits die Entstehung eines Konflikts – im Unterschied zu Gerichtsverfahren oder zum Einsatz eines Schiedsmanns, aber auch im Unterschied zu den vielfältigen Werkzeugen der nachträglichen oder projektbegleitenden Schlichtung.

Schlichtung, Schiedsgutachter und Gerichtsverfahren haben eines gemeinsam: Sie werden erst eingesetzt, wenn zwischen den Projektbeteiligten auf Gesprächsebene „nichts mehr weitergeht“. Typische Voraussetzung ihres Einsatzes ist es daher, dass die Projektbeteiligten meinen, aus eigener Kraft keinen Konsens mehr zu schaffen.

Beim Schiedsgutachter, in der Regel aber ebenso bei der Schlichtung delegieren die Parteien ihre Entscheidungskompetenz. Die Entscheidung des Schiedsgutachters (oder Schlichters) ist im Regelfall für alle Parteien überraschend und für keine Partei zufriedenstellend. Das Risiko einer solchen Entscheidung ist hoch. Denn diese Entscheidung wird ohne die Verfahrensgarantien eines „Fair Trial“ getroffen und ist im Regelfall dennoch endgültig verbindlich.

Ein Gerichtsurteil kann nie zur Lösung im Projekt beitragen. Der staatliche Richter ebenso wie der Schiedsrichter findet für jedes Problem eine Lösung. Diese Lösung ist nachvollziehbar und begründet. Sie kommt jedoch stets zu spät. Das Urteil verteilt nur mehr die (meist gewaltig angewachsenen) Kosten auf die Beteiligten.

PLM greift hingegen ein, solange die Parteien noch im Gespräch sind und davon ausgehen, aufgrund eigener Kompetenz eine Lösung der Störung im Konsens zu finden.

Weder tritt PLM in Konkurrenz zu den im Projekt vorhandenen Werkzeugen des Projektmanagements, noch ersetzt es diese Werkzeuge. PLM lässt sich vielmehr friktionsfrei neben dem vorhandenen Projektmanagement abwickeln, im Regelfall auch in das vorhandene Projektmanagement integrieren.

Besonders effektiv ist PLM, wenn sein Einsatz beginnt, bevor es auf den bisherigen Gesprächsebenen „nicht mehr weitergeht“. Solange die Parteien noch „im Gespräch miteinander“ sind, ist die Fähigkeit des PLM, den Einigungsprozess zu unterstützen, deutlich effizienter eingesetzt, als wenn die Gesprächsbasis erst wieder hergestellt werden muss – was ebenfalls mit PLM funktioniert, doch idR Zeit und Aufwand kostet.

Die Resilienz des Projekts, sohin die Widerstandsfähigkeit des Projekts gegen die negativen Auswirkungen einer Störung, und die Fähigkeit des Projekts, solche Störungen positiv zu lösen (im Idealfall bis hin zu einer Verbesserung gegenüber dem ursprünglichen Soll), wird durch PLM nicht bloß deshalb verbessert, weil eine beide Vertragsparteien in der Einigung unterstützende weitere Ressource hinzukommt. Die Beziehung des neutralen PLM-Teams, das den Fortschritt der Lösung gegenüber der Zuordnung von Verantwortlichkeiten (Haftungen) priorisiert, erhöht die Chance, dass die Beteiligten „outside the box“ (gemeint: außerhalb des eigenen Leistungsbilds im Projekt) Entwicklungsmöglichkeiten des Projekts wahrnehmen und sie in die Lösung einbringen.

4. Grundzüge vertraglicher Umsetzung von PLM

Dass PLM zum Einsatz gelangt und wie es abläuft, bedarf grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Projektbeteiligten. Ob nun in jedem der Verträge mit Projektbeteiligten, sei es über die Beschaffung von Konsulentenleistungen, sei es in Verträgen mit Professionisten, PLM gleichlautend vereinbart wird oder ob (was wir für die bessere Lösung halten) von vornherein ein Mehrparteienvertrag vorgesehen wird, dem dann weitere Vertragsparteien im Zuge des Projekts beitreten – stets ist es zweckmäßig, dass der Einsatz von PLM aufgrund einer Vereinbarung aller von der Störung betroffenen Projektbeteiligten erfolgt. Das ist im Grundsatz auch auf den unteren Ebenen der Leistungspyramide so vorzusehen.

Allerdings stellen wir klar: Notwendig ist diese Zustimmung aller Projektbeteiligten nicht.

Selbst wenn nur einer der Projektbeteiligten den Einsatz von PLM beauftragt und sich alle übrigen Projektbeteiligten darauf beschränken, am PLM einfach faktisch teilzunehmen, ohne sich zu irgendetwas zu verpflichten, kann PLM erfolgreich sein. Dies haben wir aus einem kürzlich erfolgreich abgeschlossenen PLM-Projekt gelernt, in dem nur der AG das PLM beauftragt hatte und alle übrigen Projektbeteiligten (zwei Konsulenten und ein Professionist) vorab zu gar nichts zugestimmt hatten. Von ihnen gab es nur die (unverbindliche) Ankündigung, dass sie sich an den „Runden Tisch“ des PLM setzen werden, ohne irgendetwas (mit Ausnahme der Hemmung von Verfristung und Verjährung während laufender Gespräche) zuzusagen. Das war zwar für das PLM-Team eine ziemlich fordernde Aufgabenstellung, hat aber – im konkreten Fall – dennoch zum Erfolg geführt. Dies uE aus folgendem Grund: Auch in diesem konkreten Fall lag der Erfolg des PLM nicht in der Weisheit einer Entscheidung des PLM-Teams, sondern in der Fähigkeit der Projektbeteiligten, mit Unterstützung durch PLM zu einem Konsens „im Gespräch“ zu kommen, der die Probleme ausräumte und für alle Beteiligten akzeptabel (weil von allen Beteiligten mitgestaltet) war.

Nun ist es zwar der Idealfall, dass PLM bereits vorab (bei jedem Zuschlag eines Vertrags im Projekt) vereinbart wird. Möglich und auch durchaus noch funktionsgerecht ist es jedoch auch, dass PLM erst nach Auftrags-

erteilung im laufenden Projekt, das wird dann meist bei Auftreten einer Projektstörung der Fall sein, vereinbart wird. Wegen des Vorteils des einfachen Abrufs von Leistungen des PLM, wenn dieses einmal vereinbart ist, empfiehlt es sich, auch bei nachträglicher Vereinbarung von PLM ad hoc (aufgrund einer konkret aufgetretenen Projektstörung) die Weitergeltung dieser Regelungen bis zum Projektabschluss vorzusehen. Dies ohne Sorge vor unnützen Kosten. Dass PLM „projektbegleitend“ eingesetzt wird, bedeutet nicht, dass es das gesamte Projekt „begleiten“ muss. Die Vereinbarung des PLM hat vielmehr vorzusehen, dass PLM nur bei Bedarf abgerufen wird – und daher nur in diesem Fall des konkreten Einsatzes Kosten auslöst.

Kern der Vereinbarung über PLM ist die Festlegung der Abläufe (Verfahrensregeln etc) zur Herstellung eines Konsenses der Projektbeteiligten, wie dies im vorletzten Kapitel dieser Arbeit zusammengefasst geschildert ist.

Typischer Inhalt dieser Vereinbarung ist weiters die Festlegung, wer das PLM-Team bildet. Nach unserer Empfehlung ist dies stets ein aus zwei Personen bestehendes Team, sohin ein Baubetriebswirt und ein Jurist, die auch schon konkret benannt werden sollten. Entsprechend wird zu regeln sein, wie bei Ersatz dieser Personen (Ausfall, nachträgliche Befangenheit etc) vorzugehen ist.

Wird PLM eingesetzt, so sorgt das PLM-Team von Anfang an für organisatorische Unterstützung und Dokumentation der laufenden Gespräche bzw Einigungsbemühungen. Mit Fortschritt der gemeinsamen Lösungsfindung unterstützt PLM bei der Ausarbeitung und Bewertung von Lösungsvorschlägen und schließlich beim Abschluss einer Vereinbarung der Beteiligten, welche die Störung löst und Folgekonflikte aus eben dieser Störung vermeidet.

Nur im Ausnahmefall wird eine Schlichtungsentscheidung durch das PLM-Team notwendig. Diese ist nur vorläufig bindend. Doch bereits diese vorläufige Verbindlichkeit der Schlichtungsentscheidung genügt, damit der Projektfortschritt und in weiterer Konsequenz die fristgerechte Fertigstellung sichergestellt sind. Enthält diese Schlichtungsentscheidung doch jene Vorgaben (Lösungen), nach denen die Parteien das Projekt fortzuführen haben. Endgültig verbindlich wird die Schlichtungsentscheidung durch Ablauf der Frist zur Anrufung des Gerichts.

5. Typische Fälle des Einsatzes von PLM

Typische Fälle, in denen der Einsatz von PLM empfohlen wird, sobald eine Risikogeneignetheit der konkreten Projektstörung erkennbar wird, auch wenn die Gesprächsbasis der Projektbeteiligten noch bestens intakt ist, sind:

- Die Störung trägt die Ursachen für weitere Folgestörungen in sich bzw weist ein hohes Risikopotenzial auf.
- Die Störung ist in ihrer zeitlichen Dimension gewichtig – etwa weil sie zu terminrelevanten Verschiebungen im Projekt führt oder dazu führen kann oder weil sie über einen langen Zeitraum fortbesteht oder erst nach einem langen Zeitraum schlagend werden kann.

- Die Störung ist geeignet, hohe Kapazitäten zu binden.
- Die Störung wirkt sich in mehreren Gewerken oder in einem Gewerk mit (zeit-)kritischen Schnittstellen zu anderen Gewerken aus.

B. Vergaberechtliche Fragen

1. Rechtliche Rahmenbedingungen nach dem BVerG

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob und in welchem Umfang der Einbezug von Werkzeugen des Projektmanagements – wie eben hier PLM – in den Gegenstand der Vergabe durch vergaberechtliche Bestimmungen determiniert ist. Dies zunächst hinsichtlich der Frage, ob die Aufnahme solcher Bestimmungen in einen nach dem BVerG zu vergebenden Leistungsvertrag, etwa einen Bauauftrag, überhaupt zulässig oder der Einbezug solcher Vertragsregelungen vergaberechtsfremd und damit als vergaberechtlich problematisch zu beurteilen ist.

Obgleich PLM nicht der Konfliktlösung im engeren Sinn, sohin durch Gericht oder Schiedsgericht, zuzuordnen ist, geht es doch in beiden Fällen um Konflikte, die sich aus „Störungen“ (im hier verstandenen weiten Sinn) in der Abwicklung des Projekts ergeben oder ergeben haben. Im Falle des PLM unter dem Aspekt, zu verhindern, dass aus dieser Störung ein Konflikt entsteht. Im Falle der Klauseln über Gerichtsstand oder Schiedsgerichtsbarkeit unter dem Aspekt, wie ein bereits entstandener Konflikt zu lösen ist. Diese sachliche Nähe dieses Werkzeugs der Konfliktvermeidung zu den Regelungen über die Konfliktlösung rechtfertigt es uE, darauf einzugehen, wie das BVerG mit solchen Regelungen zur Konfliktlösung umgeht.

Seit eh und je gehören Gerichtsstandsklauseln und Bestimmungen über Schiedsgerichtsbarkeit zu den Angaben, für welche „erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind“.

Das stand stets in Z 8 und 9 des Abs 1, und zwar in § 80 BVerG 2002, § 99 BVerG 2006, und steht jetzt in § 110 BVerG 2018.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Aufnahme von Regelungen zur Konfliktlösung in den zu vergebenden Leistungsvertrag auch im Zuge eines Vergabeverfahrens nach dem BVerG nicht nur zulässig, sondern sogar („erforderlichenfalls“) geboten erscheint. Daraus ist abzuleiten, dass auch Regelungen, die vorbeugend vermeiden sollen, dass aus Störungen Konflikte entstehen, Gegenstand des zu vergebenden Leistungsvertrags sein können.

Im nächsten Schritt ist daher nach vergaberechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung solcher Regelungen zu fragen. Darauf wird im Folgenden eingegangen unter den Aspekten:

- § 374 BVerG 2018 – Bestimmungen über Schiedsgerichtsbarkeit
- Kalkulierbarkeit des Angebots?
- Verpflichtung zur Durchschaltung von PLM auf Subunternehmer?
- nachträgliche Vereinbarung von PLM als zulässige Vertragsänderung? →

2. Vergaberechtliche Anforderungen an PLM

a) § 374 BVergG 2018?

Nach § 374 BVergG ist für jene Fälle, in denen ein Schiedsgericht vereinbart ist, die Geltung der Vorschriften des vierten Abschnitts des sechsten Teils der Zivilprozessordnung, sohin die Geltung der §§ 577 ff ZPO, vorzusehen. Abweichungen zu diesen Vorschriften dürfen in der Ausschreibung nicht vorgeesehen werden.

Die bis zum BVergG 2018 durchaus kontrovers diskutierte Frage, ob – abweichend vom Wortlaut der Vorgängerbestimmungen – nur Abweichungen oder auch Ergänzungen zu den Vorschriften der ZPO untersagt seien, ist seit dem BVergG 2018 gelöst. Die Unzulässigkeit der Vornahme von Ergänzungen ist bereits im Gesetzestext nicht mehr vorgesehen, weshalb die Erläuterung auch ausdrücklich ausführen, dass zwar Abweichungen, nicht jedoch Ergänzungen untersagt seien.

Damit stellt sich die Frage, ob die Regelungen der §§ 577 ff ZPO in analoger Anwendung der Regelung des § 374 BVergG auch auf PLM anzuwenden sind.

Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn anders als bei Schiedsgerichtsvereinbarungen, die stets eine die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts ausschließende Zuständigkeit des Schiedsgerichts vorsehen, ist dies bei PLM gerade nicht der Fall.

Notwendiger Inhalt des hier erörterten PLM ist es, dass gegen die Entscheidung des PLM-Teams stets das ordentliche Gericht oder ein Schiedsgericht angerufen werden kann.

Da im Rahmen des PLM sohin nie die Möglichkeit ausgeschlossen wird, dass eine der Parteien gegen eine allfällige Schlichtungsentscheidung des PLM-Teams das ordentliche Gericht oder Schiedsgericht anruft, die Entscheidung des PLM -Teams sohin nie von vornherein endgültig verbindlich ist, unterliegen die Regelungen des PLM auch nicht den Anforderungen der §§ 577 ff ZPO. Mit dieser grundlegenden Unterscheidung gegenüber den in §§ 577 ff ZPO geregelten Schiedsverfahren scheidet daher uE auch eine analoge Anwendung des § 374 BVergG auf das hier erörterte PLM aus.

b) Kalkulierbarkeit des Angebots?

Ein weiterer vergaberechtsrelevanter Ansatz für die Beurteilung der Zulässigkeit von PLM in einem auszu-schreibenden Leistungsvertrag ist der Aspekt der Kalkulierbarkeit der mit solchen Regelungen verbundenen finanziellen Auswirkungen.

Das bezieht sich nicht auf die Frage der Verfahrenskosten. Denn dass Verfahrenskosten – gleichgültig, ob vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten – nie vorab, also bevor überhaupt noch der Streit begonnen hat, kalkuliert werden können, nimmt das BVergG als selbstverständlich in Kauf.

Gemeint ist hier vielmehr die Frage der Kalkulierbarkeit der mit dem Angebot verbundenen Risiken des Bieters. Denn der Einsatz eines PLM-Teams, das im Regelfall vom AG ausgewählt und eingesetzt wird, dann aber letztlich eine die Parteien bindende Entscheidung in Konfliktpunkten treffen kann, bietet durchaus Anlass für Risikoerwägungen. Eine solche

Entscheidung, die nicht mit den Verfahrens- und Unabhängigkeitsgarantien eines ordentlichen Gerichts oder Schiedsgerichts ausgestattet ist, kann für den Bieter zu unkalkulierbaren Projektrisiken führen.

Diese Gefahr besteht jedoch nicht, wenn gegen eine allfällige Entscheidung des PLM-Teams stets die Entscheidung durch das ordentliche Gericht oder Schiedsgericht angerufen werden kann.

Dass die Entscheidung des PLM-Teams vorläufig wirksam bleibt, bis sie durch eine abweichende Entscheidung des Gerichts ersetzt wird, ändert nichts an dieser Möglichkeit der Kontrolle der Entscheidung des PLM-Teams durch ein Gericht.

Damit ist unter dem Aspekt der Kalkulierbarkeit der Risiken die Situation für den Bieter nicht anders, als wenn von vornherein ein Schiedsgericht oder die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts vereinbart ist. Die Einführung von PLM in einen nach dem BVergG zu vergebenden Leistungsvertrag führt daher nicht zu Risiken, die für den Bieter bei Abgabe seines Angebots unkalkulierbar wären.

c) Verpflichtung zur Durchschaltung von PLM auf Subunternehmer?

Aus vergaberechtlicher Sicht ist die Frage, ob der AN in der Ausschreibung verpflichtet werden kann, das mit dem AG vereinbarte PLM auf seine Subunternehmer durchzuschalten, ungelöst.

Im Folgenden kann daher nur ein argumentativer Ansatz dargelegt werden, diesen Problemkreis, der – soweit zu sehen – bisher noch nicht behandelt wurde, vergaberechtskonform zu lösen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Leistungserbringung durch Subunternehmer aus zivilrechtlicher Sicht im alleinigen Verantwortungsbereich des AN liegt. Solange der AN seinen Leistungspflichten genügt, hat der AG keine Veranlassung, sich darum zu kümmern, wie die Leistungserbringung im Verhältnis zwischen dem AN und seinen Subunternehmern geregelt ist.

Von diesem Grundsatz kennt das Vergaberecht jedoch eine wesentliche Ausnahme. Das ist die Möglichkeit des AG, vom Bieter zu verlangen, die für die Auftrags Erfüllung vorgesehenen Subunternehmer im Angebot namhaft zu machen (§ 98 Abs 2 BVergG).

Hinsichtlich der Subunternehmer bestimmt § 98 Abs 3 BVergG, dass die Weitergabe von Leistungen nur an Subunternehmer zulässig ist, welche die erforderliche Eignung besitzen. Dieser Nachweis der Eignung hat, gemäß § 98 Abs 3 letzter Satz BVergG, nach den Regelungen des § 80 BVergG zu erfolgen. Die geforderten Nachweise sind dem AG im Wege des Bieters vorzulegen.

Die Eignung umfasst nach § 80 Abs 1 BVergG die berufliche Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die technische Leistungsfähigkeit.

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass das BVergG, unbeschadet der zivilrechtlichen Zuordnung der Verantwortung an den AN, das Interesse des AG anerkennt, Projektstörungen durch mangelnde Eignung desjenigen, der die geschuldete Leistung tat-

sächlich erbringt (des eingesetzten Subunternehmers), hintanzuhalten.

Dieses Zwischenergebnis wird auch durch die Regelung des § 363 BVergG gestützt, dass die nachträgliche Änderung eines namhaft gemachten Subunternehmers der Zustimmung des AG bedarf. Nachträglich namhaft gemachte Subunternehmer, welche nicht die erforderliche Eignung besitzen, hat der AG abzulehnen.

Zweck dieser Regelungen ist es, dem AG die Möglichkeit zu geben, Projektstörungen, die durch Einsatz nicht geeigneter Subunternehmer entstehen können, vorbeugend hintanzuhalten. Der AG muss (und darf) sich daher in diesen Fällen nicht mit seiner zivilrechtlichen Position begnügen, dass der AN bei Einsatz nicht geeigneter Subunternehmer und daraus folgenden Projektstörungen „ohnein haftet“.

Diese Überlegungen lassen sich auch auf die vorliegende Fragestellung übertragen. Dient doch PLM gerade dazu, Projektstörungen so rasch und effizient einer Lösung zuzuführen, dass kein das Projekt nachhaltig störender Konflikt entsteht.

Unter diesem Aspekt der vorbeugenden Vermeidung von Konflikten im Projekt erscheint daher die Position argumentierbar, dass sich der AG nicht mit der zivilrechtlich abgesicherten Position begnügen muss, dass es Risiko des AN sei, wie er die Lösungen des PLM auf seine Subunternehmer durchschaltet. Geht es doch im PLM gerade nicht um die Verteilung von Haftungen, sondern um die gemeinsame Herbeiführung von Lösungen, die dem Projektfortschritt dienen. Aus fachlicher Sicht erscheint es daher geradezu selbstverständlich, dass diejenigen Projektbeteiligten, welche die von der konkreten Störung betroffenen Leistungen erbringen sollen, auch in die Ausarbeitung jener Lösungen eingebunden sind, welche die negativen Folgen dieser Störung bestmöglich vermeiden.

Aus den dargelegten Gründen erscheint es uns daher aus vergaberechtlicher Sicht zulässig, in der Ausschreibung vorzusehen, dass das im Leistungsvertrag vereinbarte PLM vom Bieter auf seine namhaft gemachten Subunternehmer durchzuschalten ist.

Die vergaberechtliche Umsetzung dieses Gebots ist einfach. Das für den Nachweis der Befugnis vorgesehene Mittel der Eigenerklärungen ist hier vollständig ausreichend. Es genügt sohin die Erklärung des namhaft gemachten Subunternehmers, dass er den vorgesehenen Regelungen des PLM beiträgt.

Wenngleich uns bewusst ist, dass für das hier erzielte Ergebnis der Zulässigkeit der Durchschaltung dieser Verpflichtung zum PLM keine klare vergaberechtliche Grundlage gefunden werden kann, ist dennoch festzuhalten:

Es ist auch keine Regelung des BVergG vorhanden, die diesem Ergebnis widerspricht.

d) Nachträgliche Vereinbarung von PLM als zulässige Vertragsänderung?

Aus vergaberechtlicher Sicht ist schließlich weiters zu prüfen, ob PLM nur bereits in der Ausschreibung des Leistungsvertrags und damit bei Zuschlagserteilung vorgesehen werden kann oder ob es zulässig ist, PLM

auch nachträglich, im Einvernehmen der Vertragsparteien, im Projekt vorzusehen, ohne dass eine wesentliche und damit unzulässige Vertragsänderung vorläge.

Nach dem BVergG sind nachträgliche Vertragsänderungen nur eingeschränkt zulässig. Das Überschreiten dieser Grenzen löst Neuvergabepflicht aus. Denn gemäß § 365 Abs 1 BVergG sind wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während der Laufzeit nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig.

Zur Konkretisierung, wann eine Vertragsänderung als „wesentlich“ anzusehen ist, stellt § 365 Abs 1 Satz 2 BVergG darauf ab, ob diese Änderung dazu führt, dass sich der Vertrag vom ursprünglichen Vertrag „erheblich“ unterscheidet.

Zunächst hat diese Konkretisierung nach § 365 Abs 2 BVergG zu erfolgen. Dieser listet jene Änderungen auf, die „jedenfalls“ als wesentlich anzusehen sind.

Der Anwendungsbereich der vorgenannten Generalklausel beschränkt sich daher auf jene Fälle, die zwar vom Wortlaut des Abs 2 nicht umfasst, nach der Art der dort beschriebenen Änderung jedoch als gleichgewichtig anzusehen sind.

Dieser Ansatz, im Ergebnis den Anwendungsbereich der Generalklausel auf die in Abs 2 ausdrücklich genannten Fälle und auf gleichgewichtige Fälle zu beschränken, wird zutreffend auch auf § 365 Abs 3 Z 4 BVergG gestützt. Danach sind Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert nicht als wesentliche Änderung iSd Abs 1 und 2 anzusehen sind, als unwesentliche Änderungen anzusehen.

Keiner der in § 365 Abs 2 BVergG genannten Fälle umfasst die nachträgliche Einführung eines Werkzeugs, wie es das hier geschilderte PLM ist. PLM im hier geschilderten Anwendungsbereich, insbesondere mit dem schon mehrfach betonten zentralen Ziel, einen Konsens der Vertragsparteien durch projektbegleitendes Lösungsmanagement herbeizuführen und die ohnehin nur als Ausnahmefall zur Lösung eines nicht konsensfähigen Restbestands vorgesehene Schlichtungsentscheidung der nachprüfenden Kontrolle durch ein Gericht zu unterwerfen, ist auch nicht annähernd gleichgewichtig mit einem der in § 365 Abs 2 BVergG genannten Fälle.

Die vergaberechtlichen Beschränkungen nachträglicher Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit stehen daher einer nachträglichen Einführung von PLM bei laufendem Projekt nicht entgegen. Dass dies nur im Konsens der Vertragsparteien erfolgen kann, ist bereits aus zivilrechtlicher Sicht selbstverständlich.

C. Verfahrensgrundsätze und Ablauf des PLM im Überblick

Das Verfahren, nach dem PLM abgewickelt wird, folgt zwei zentralen Grundsätzen:

- Schnelle Abläufe – rasche Ergebnisse
- Bestmöglicher Ausgleich aller Interessen

Das Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Grundsätzen prägt jedes Verfahren, in dem PLM umgesetzt wird.

Das ist einerseits die Anforderung, dass möglichst rasch Ergebnisse erzielt werden, welche die Projektstö-

rung und damit verbundene konkrete Meinungsverschiedenheiten der Parteien lösen und festlegen, wie es im Projekt weitergeht, ohne dass ein Konflikt entsteht, der den Projektablauf stört.

Andererseits die Anforderung eines bestmöglichen, fairen und ausgewogenen Ausgleichs der Interessen der Beteiligten, weil sonst kein Konsens erzielt werden kann.

Dieser Ausgleich hat sich sowohl aus fachtechnischer Sicht als auch aus rechtlicher Sicht an dem Interessenausgleich zu orientieren, der im (Haupt-)Vertrag vereinbart wurde.

All dies unter strikter Unparteilichkeit des PLM-Teams und Gleichbehandlung der Beteiligten. Dieses Gebot strikter Neutralität des PLM-Teams entspricht nicht nur dem allgemeinen Gebot eines „Fair Trial“. Es ergibt sich geradezu zwingend aus der Vorgabe des PLM, dass primär die Herstellung einer Einigung der Parteien angestrebt wird und der Konsens gerade nicht durch eine Schlichtungsentscheidung ersetzt werden soll.

Wurde PLM vereinbart – sei es vorab oder während des laufenden Projekts –, so startet das Verfahren typischerweise dadurch, dass einer der Beteiligten den Einsatz von PLM abrufen.

Binnen kurzer Frist wird sodann vom PLM-Team ein Termin anberaumt, in dem der Gegenstand des PLM konkretisiert und der weitere Ablauf des PLM erörtert wird.

Auf Basis der von den Parteien mitgeteilten Informationen erstellt das PLM-Team zunächst eine zusammenfassende Darstellung des Sachverhalts, die mit den Parteien erörtert und dann als verbindlich für die weitere Vorgangsweise festgelegt wird.

Nächster Schritt ist eine zusammenfassende Darstellung der von den Parteien eingeholten Lösungsvorschläge. Diese werden nach Verteilung vorab und Erörterung in Gesprächsrunden im Konsens zu einem gemeinsamen Lösungsvorschlag zusammengefasst, allseitig geprüft, idR mehrfach angepasst und schließlich in einer Endfassung als akkordierter Lösungsvorschlag verteilt.

Auf Basis dieses Lösungsvorschlags erfolgt dann wiederum nach demselben System (Aussendung von Vorschlägen, Einholung und Diskussion der Antworten etc) die gemeinsame Ausarbeitung der Vorgangsweise zur Umsetzung inklusive der Verteilung der damit verbundenen Leistungen und Kosten.

Wird auch hier Konsens erzielt, wird dieser Konsens in einer kurzen Vereinbarung, die inhaltlich im Wesentlichen auf die drei vorgenannten Dokumente verweist, zusammengefasst und von allen Beteiligten unterschrieben.

Nur wenn und soweit kein Konsens erzielt wurde und die Parteien das PLM-Team zu einer (vorläufigen) Schlichtungsentscheidung ermächtigt haben – dies kann schon vorab, kann aber auch während des laufenden PLM erfolgen – erstattet das PLM-Team einen Einigungsvorschlag in den noch ungelösten Punkten.

Dieser Einigungsvorschlag wird dann mit allen Beteiligten erörtert, ist vom PLM-Team im Sinne der oben genannten Verfahrensgrundsätze an gegen diesen Vorschlag erhobene Einwendungen anzupassen und

wird erneut in einer Verhandlungsrunde mit allen Beteiligten erörtert.

Bleiben danach noch Punkte offen, in denen kein Konsens erzielt werden kann, so versendet das PLM-Team den Entwurf seiner Schlichtungsentscheidung, die sich auf die noch offenen Punkte beschränkt, jedoch auf dem Niveau eines Gutachtens zu begründen ist, an alle Beteiligten und erörtert diesen Entwurf wiederum in einer Verhandlung mit allen Beteiligten. Lässt sich auch damit kein vollständiger Konsens erzielen, trifft das PLM-Team seine (vorläufige) Schlichtungsentscheidung mit Begründung, wobei jene Standpunkte, denen in der letztgenannten Verhandlung von einem der Beteiligten ausdrücklich widersprochen worden war, vertieft zu begründen sind.

Binnen einer festgesetzten Frist ab Zugang der Schlichtungsentscheidung kann jede Partei ankündigen, dass sie die Schlichtungsentscheidung nicht akzeptiert und das (ordentliche oder Schieds-)Gericht anrufen werde. Auch dies hat innerhalb einer festgesetzten Frist zu geschehen.

Mangels fristgerechter Ankündigung der Anrufung des Gerichts oder Anrufung des Gerichts wird die Schlichtungsentscheidung endgültig verbindlich.

Im Falle fristgerechter Ankündigung und Anrufung des Gerichts bleibt die Schlichtungsentscheidung zwar vorläufig verbindlich, verliert jedoch mit Entscheidung des angerufenen Gerichts ihre Gültigkeit insoweit, als sie mit der Entscheidung des Gerichts im Widerspruch steht.

D. Zusammenfassende Argumentation für den Einsatz von PLM

Die Fortsetzung des Dialogs zur Lösung durch PLM bewirkt:

- Die Lösungskompetenz bleibt bei den Beteiligten.
- Das Fach- und Projektwissen der Beteiligten wird unmittelbar genutzt.
- Die gemeinsam gefundene Lösung wird umgesetzt, weil sie gemeinsam gewollt und nicht vorgegeben ist.

PLM ist vorwärts orientiert zur Lösung statt Pathologie zur Problemursache. Daraus folgt:

- Der Diskurs ist kooperativ statt kontradiktorisch.
- Ziel ist die beste Lösung: Qualität, Kosten und Zeit.
- Nichtziel: Was kann ich maximal fordern – was muss ich mindestens leisten?
- Die Beteiligten ziehen am selben Strang in dieselbe Richtung.

Vorteile gegenüber Schlichtung:

- Keine Delegation an (externe) Entscheidungsinstanz.
- Kein Ergebnis, das alle überrascht und keinen zufrieden stellt.
- Diejenigen, welche die Lösung umsetzen müssen, haben die Lösung festgelegt.

Zeitgewinn und Nachhaltigkeit:

- Kein hemmender Vorlauf – schlichter Abruf durch jeden Beteiligten.
- Kein Verzug durch Einarbeitungsaufwand Externer.
- Kein Zeitverlust durch „externe Entscheidungsfindung“.

- To-dos wie Doku, Termine, „was bis wann durch wen“ etc, erledigt das PLM-Team.
- PLM-Team sorgt für vollständige, im Projekt nachhaltige Lösung (Blick nach vorn).
- Vereinfachung, da keine neue Projektstruktur und keine weitere „Instanz“ im Projekt.

Kostensparnis:

- Gemeinsam gefundene Lösung stets kostengünstiger als externe Lösung.
- Zeitersparnis in der Umsetzung senkt die Kosten.
- Keine frustrierten Kosten durch Reibungsverlust, Blockaden, verlorenen Aufwand.

→ In Kürze

Projektbegleitendes Lösungsmanagement unterstützt bei der Bewältigung von Projektstörungen, sohin bei jeder Abweichung der Realität von der Planung und bevor diese Störung zum Konflikt wird. Dies primär durch Herbeiführung eines Konsenses der Projektbeteiligten darüber, wie die Störung zu lösen sei. Vertragsrechtlich kann dieses Werkzeug des Projektmanagements sowohl vorab, bei Ausschreibung, als auch im Nachhinein, bei Auftreten einer Störung, vereinbart werden. Aus vergaberechtlicher Sicht ist sowohl die Integration von PLM bereits in die Ausschreibung als auch die nachträgliche Vereinbarung von PLM zulässig. Sonstige vergaberechtliche Bedenken gegen PLM können bei entsprechender Gestaltung ausgeräumt werden. Auch eine Durchschaltung des PLM auf

die nachgeordneten Ebenen der Leistungspyramide kann vertragsrechtlich so vorgesehen werden, dass dies effizient und vergaberechtlich zulässig ist.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

em. o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher war bis zu seiner Emeritierung von 1982 bis 2016 am Institut für Österreichisches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht tätig. Prof. Dr. Rudolf Lessiak ist Honorarprofessor am Institut für Zivilrecht der Universität Wien und Rechtsanwalt in der Kanzlei Lessiak & Partner, Börseplatz – Börsegasse 10, 1010 Wien. E-Mail: lawyers@lessiak.at
Internet: www.lessiak.at

