

Der Generalübernehmervertrag

Mag. Dietmar Huemer, Mag. Franz Flotzinger

Vorwort:

Der Generalübernehmervertrag (GÜV) stellt ein relativ neues Instrument zur Abwicklung von Hochbauvorhaben der Gemeinden dar. Zielsetzung dieses Beitrags zum Amtsleiterseminar 2014 ist es, die wesentlichen Konstruktionsmerkmale sowie Vor- und Nachteile des GÜV darzustellen. Wesentliche Bedeutung kommt dabei der Schnittstellenthematik zu, die in weiterer Folge noch mehrmals angesprochen werden wird.

Der Generalübernehmervertrag stellt, wenn man so will, eine Art des „outsourcings“ dar. Funktionen wie Bauherreneigenschaft, vergebende Stelle aber auch Betreuung der Abwicklung werden mit dieser Vereinbarung an einen Privaten übertragen. Ganz zentral ist zu beachten, dass es sich um eine zivilrechtliche Vereinbarung handelt, sodass der Grundsatz der Privatautonomie zur Anwendung kommt. Das bedeutet, dass der Vertragsgestaltung besonderes Augenmerk geschenkt werden muss, da keine gesetzliche Festlegung der wechselseitigen Rechte und Pflichten im Rahmen des Generalübernehmervertrags existiert, sondern ausschließlich die vertragliche Vereinbarung maßgeblich ist.

Da es sich, wie gesagt, um ein relativ neues Rechtsinstrument handelt, findet sich auch bisher noch wenig Judikatur zu den Generalübernehmerverträgen.

Die vorliegende Zusammenfassung basiert auf der Vortragsreihe im Rahmen des Amtsleiterseminar 2014 und versucht, die wesentlichen Inhalte für die Seminarteilnehmer nochmals zusammenzufassen.

1. Der Generalübernehmer

Der „Generalübernehmer“ ist wie schon angedeutet kein fest definierter, insbesondere kein gesetzlich normierter Begriff. Die Festlegung hat im Einzelfall durch entsprechende Vertragsgestaltung zu erfolgen. Dabei zählt natürlich nicht die Überschrift der Vereinbarung, sondern deren Inhalt. Es ist daher unbedingt erforderlich, insbesondere Mustervereinbarungen oder sonstige Vorlagen – woher immer diese stammen mögen – auf Herz und Nieren zu prüfen.

Zentrales Element des Generalübernehmervertrages ist es, dass der Generalübernehmer (GÜ) die Gesamtverantwortung für die Herstellung des Bauwerks übernimmt. Dabei errichtet der Generalübernehmer im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Er übt die Bauherrnfunktion anstelle der Gemeinde aus. Das unterscheidet den Generalübernehmervertrag von anderen Baubetreuungsmodellen. Der Generalübernehmer vergibt die Gewerke im eigenen Namen. Die von den einzelnen Werkunternehmern dem GÜ in Rechnung gestellten Beträge werden vom GÜ, der auf seinem Geschäftspapier eine idente

Rechnung ausstellt, als Durchläufer an die Gemeinde weiterverrechnet. Insgesamt ist das GÜ-Modell daher grundsätzlich steuerneutral.

Als GÜ treten im Wesentlichen Wohnbaugesellschaften und Bauträger auf. In letzter Zeit kamen auch noch verschiedene private Bauunternehmen und Architekten.

Das typische Leistungsbild ist, wie dargestellt, die Übernahme der Gesamtverantwortung für die Herstellung des Bauwerks. Dabei sind auf der einen Seite Eigenleistungen, die vertraglich zu definieren sind und die oben dargestellten „Durchläufer“ zu unterscheiden.

Eigenleistungen, also solche, die der GÜ selbst erbringt, sollten – in Anlehnung an die Honorarordnungen der Architekten – die Erstellung der Kostenermittlungsgrundlage bzw. der Ausschreibungsunterlagen, die geschäftliche Oberleitung, die örtliche Bauaufsicht, die Baustellenkoordination und das Projektmanagement bzw. die Bauverwaltung sein. Damit wäre der Rest eben Durchläufer, die dem GÜ von seinen Werkunternehmern in Rechnung gestellt und von diesem der Gemeinde weiterverrechnet werde.

Neben diesem zentralen und typischen Leistungsbild enthalten GÜ-Vereinbarungen zum Teil auch Zwischenfinanzierungsregelungen. Dies zumeist in der Form, dass die „Durchläufer“ nicht laufend, sondern erst nach Fertigstellung des Bauwerks gesamt an die Gemeinde weiterverrechnet werden. Natürlich wird in diesem Fall vom GÜ ein Finanzierungsentgelt verrechnet. In der Praxis kann man diese Zwischenfinanzierung bei der Ausschreibung des GÜ-Vertrags durchaus als Alternative mit anbieten lassen, um vergleichen zu können, welche Finanzierungsvariante (z.B. Darlehen oder Zwischenfinanzierung durch GÜ) die günstigere ist.

Ein Aspekt, den man im Zusammenhang mit GÜ-Verträgen besonders betonen muss, ist der, dass die Planung und Überlegung gar nicht früh genug ansetzen kann. Dies vor allem auch deshalb, um Überschneidungen bei den Leistungsbildern zwischen GÜ und insbesondere den planenden Architekten von vornherein zu vermeiden. Es ist ja durchaus denkbar, dass die Gemeinde mit den üblichen Vertragsmustern die Planungsleistungen für Hochbauvorhaben ausschreibt. Hier wäre die örtliche Bauaufsicht mit enthalten, sodass es in der Folge, wenn man diese auch als Eigenleistung des GÜ vorsehen will, zu einer Überschneidung und Kollision kommen würde. Daher muss die Entscheidung, ein Hochbauvorhaben im Rahmen eines GÜ-Vertrags abzuwickeln, schon sehr bald gefällt werden.

Schon an dieser Stelle der Hinweis, dass dem GÜ auch die Planung mit übertragen werden kann (sogenannter Totalübernehmer). Die Empfehlung geht in diesem Fall allerdings dahin, dass der GÜ – selbst wenn er die diesbezüglichen Kapazitäten hätte – nicht selbst plant, sondern die Planung sowie die übrigen Gewerke ausschreibt und vergibt. Dabei wäre es durchaus auch möglich, dass der GÜ den Planer im Rahmen eines Wettbewerbs, wie dieser von der Aufsichtsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen gefordert wird, sucht. Dieses Gesamtübernahmemodell, das sich in letzter Zeit durchzusetzen beginnt, vermeidet zusätzlich das Problem, dass zwischen von der Gemeinde beauftragtem Planer und von der Gemeinde beauftragtem GÜ kein unmittelbares Vertragsverhältnis besteht, sodass es hier unter Umständen zu Reibungsverlusten kommen kann. Der Totalübernehmer hat bei dieser Variante nicht nur die Verträge mit den einzelnen Erbringern der Gewerke, sondern eben auch mit dem Architekten bzw. Planer abgeschlossen und daher einen unmittelbareren Zugriff auch auf diesen.

Als kleinen Exkurs an diese Stelle die Abgrenzung zum Generalunternehmer. Dieser erbringt die Bauleistungen zum Unterschied zum GÜ selbst. Weiters wird bei einem Generalunternehmervertrag ein fixer Pauschalpreis vereinbart, sodass dieser wesentlich weniger flexibel gehandhabt werden kann, als ein GÜ-Vertrag.

Der GÜ – und das ist ebenfalls von besonderer Bedeutung – ist auch der alleinige Ansprechpartner der Gemeinde im Fall von Gewährleistungsansprüchen. Der GÜ haftet, wie schon gesagt, für die ordnungsgemäße Herstellung des Bauwerks. Diese Haftung stellt eine Erfolgshaftung dar. Wieder ist zu betonen, dass dies aber in den Verträgen so vorgesehen sein muss. Wenn der GÜ auch die Planung übernommen hat (Totalübernehmer) haftet er weiters auch für Planungsfehler und nicht nur für Ausführungsfehler. Der GÜ haftet für die Werkunternehmer, die in seinem Auftrag tätig sind, als seine Erfüllungsgehilfen. Dabei ist seine Haftung unabhängig von der Haftung der Werkunternehmer gegenüber dem GÜ. Dies wieder nur dann, wenn es im Vertrag so geregelt ist. Hier ist besondere Vorsicht geboten, weil gerade dieser Aspekt ein zentraler Vorteil des GÜ-Vertrags ist. Wenn der Vertrag richtig gestaltet ist, hat die Gemeinde daher die Haftung aus einer Hand und kein Schnittstellenrisiko. Das heißt, selbst wenn ein Werkunternehmer in Konkurs geht, haftet der GÜ der Gemeinde weiter aus dem Titel der Gewährleistung für das Bauwerk auch hinsichtlich des Gewerks des dann insolventen Unternehmens.

Neben diesem zentralen Punkt der Gewährleistung haftet der GÜ auch für die Einhaltung des vereinbarten Kostenrahmens. Es ist am GÜ in laufender Kontrolle die Gemeinde als Vertragspartnerin zu warnen, dass es zu einer Kostenüberschreitung kommen könnte. Zusätzlich muss der GÜ Vorschläge unterbreiten, wie man dies vermeiden könnte. Wenn eine Kostenüberschreitung droht, muss er diese im Extremfall durch das Einstellen der Bauarbeiten verhindern. Auch das ein zentrales Element des GÜ-Vertrags.

Wie schon gesagt, vergibt der GÜ die einzelnen Gewerke im eigenen Namen. Sofern der GÜ – was den Regelfall darstellt – selbst kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes ist, unterliegt er dabei nicht den strengen Vorschriften des Vergaberechts.

Die Gemeinde kann in diesem Bereich natürlich mitwirken. So ist die Vereinbarung, dass die Liste der zur Anbotslegung einzuladenden Unternehmen von oder gemeinsam mit der Gemeinde zu erstellen ist, unseres Erachtens auch vergaberechtlich unproblematisch. Weiters kann sich die Gemeinde im GÜ-Vertrag ein Vetorecht in der Form einräumen lassen, dass sie der Beauftragung eines vom GÜ vorgesehenen Unternehmens widerspricht. Jedenfalls wird man vertraglich eine umfassende Informationspflicht des GÜ vereinbaren. Unzulässig wäre jedoch eine Weisungsbefugnis der Gemeinde, dass ein bestimmtes Unternehmen mit einem bestimmten Auftrag zu betrauen ist.

Interessant ist natürlich vor allem die Frage der Entgeltkalkulation. Die Errichtungskosten selbst sind – wie bereits mehrfach angesprochen – reine „Durchläufer“. Dazu kommt der sogenannte Generalübernehmeraufschlag. Wieder liegt es an der Vertragsgestaltung, wie sich dieser zusammensetzt. Hier ist insofern Vorsicht geboten, als der Generalübernehmeraufschlag natürlich zum Einen davon bestimmt wird, welche Eigenleistungen der GÜ erbringen muss. Zum Zweiten hängt der zumeist in einem Prozentsatz festgelegte Aufschlag natürlich ganz wesentlich davon ab, welche

Bemessungsgrundlage für die Errechnung des Prozentsatzes herangezogen wird. Im bei der Aufsichtsbehörde aufliegenden Mustervertrag wird der Aufschlag auf die „Baukosten“ (Kostengruppen 1 – 6) abzüglich der Kosten für Mobilien und abzüglich der vom Auftraggeber schon getragenen Kosten (soweit in Kostengruppen 1 – 6 enthalten, z.B. Abbruchkosten) vorgeschlagen. Die Kalkulation erfolgt dabei auf Basis der Honorarordnung der Architekten plus Einrechnung der vom GÜ selbst zu tragenden Kosten und Nebenkosten (z.B. Bauversicherung etc.). Teilweise wird zusätzlich noch ein Risikoaufschlag verrechnet. Je nach gewählter Variante kommen dazu noch die Finanzierungskosten für die Zwischenfinanzierung.

2. Vorteile und Nachteile

Das dargestellte Generalübernehmermodell bietet sicher den großen Vorteil der Haftung aus einer Hand, insbesondere wenn die Variante Totalübernehmer gewählt wurde. Im Unterschied zu anderen Abwicklungsmöglichkeiten z.B. dem Generalunternehmervertrag, weist das GÜ-Instrument eine doch wesentlich höhere Flexibilität auf. Wenn man den empfohlenen Gestaltungsvorschlägen folgt, sieht dieses Modell in weiten Teilen ein Vier-Augen-Prinzip vor, da neben dem Planer der GÜ mit seinen fachkundigen Mitarbeitern nochmals detailliert und mit dem Fokus auf Einhaltung des Kostenrahmens nachprüfend tätig wird. Da der GÜ selbst wie dargestellt nicht an die Vorgaben des Vergaberechts gebunden ist, ergibt sich für die Gemeinde auch ein gewisser „Vergabevorteil“. Nicht zu unterschätzen ist auch die im Normalfall größere „Marktmacht“ des GÜ. Ein Wohnbauträger ist ständig auf dem Markt mit eigenen Projekten präsent. Eine Gemeinde führt größere Hochbauvorhaben doch in größeren zeitlichen Abständen durch. Die am Markt tätigen Unternehmen wissen das, was zum Einen bei der Anbotslegung aber auch und insbesondere zum Anderen bei der Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen positiv wirken kann. Üblicherweise hat der GÜ natürlich darüber hinaus eine bessere Marktübersicht und hinsichtlich der Abwicklung von Hochbauvorhaben das qualifiziertere Personal.

Die Nachteile auf der anderen Seite sind überschaubar. Zum Ersten ist natürlich der GÜ-Aufschlag zu beachten. Wenn man dabei aber die vom GÜ zu erbringenden Eigenleistungen, die ja mit dem Aufschlag abgegolten werden, berücksichtigt und die Ersparnis an Personaleinsatz im Gemeindeamt einrechnet, relativiert sich dieses Thema doch deutlich. Weiters wird bisweilen – quasi als Gegenstück zum Vorteil des Vier-Augen Prinzips – das Vorliegen eines Synergieverlustes als Nachteil genannt. Der Umstand, dass die Detailplanung von einem weiteren Experten, der vor allem auch den Kostenrahmen im Blick hat, nochmals geprüft wird, ist in letzter Konsequenz wohl doch eher ein Vorteil als ein Nachteil.

3. Vergabe Generalübernehmer

Während der GÜ selbst nicht ans Vergaberecht gebunden ist, ist die Gemeinde selbstverständlich verpflichtet, bei der Beauftragung eines GÜ die Bestimmungen des BVergG 2006 einzuhalten. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG 2006. Vertragsgegenstand ist die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Als Schwellenwert ist die Summe aller

Bauleistungen und Materialien (entspricht im Wesentlichen den Baukosten ohne mobile Errichtungsgegenstände) zuzüglich des GÜ-Aufschlags zugrunde zu legen.

Als anzuwendendes Verfahren kann das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, und zwar schon im Unterschwellenbereich als auch im Oberschwellenbereich, empfohlen werden. Gerechtfertigt wird die Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit vorherigen Bekanntmachung gemäß § 28 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 durch das natürlich vorliegende komplexe Leistungsbild. An dieser Stelle der Hinweis, dass bei Überschreitung der Schwelle von derzeit Euro 5,186.000,-- netto eine EU-weite Ausschreibung erforderlich ist. Die Praxis hat gezeigt, dass diese zumeist unproblematisch durchgeführt werden kann.

Um einen GÜ-Vertrag ausschreiben zu können, ist grundsätzlich kein bestimmter Planungsstand Voraussetzung. Regelmäßig wird der GÜ-Vertrag nach Vorliegen der Einreichungsplanung vergeben. Eine Vergabe bei einem früheren Planungsstand ist möglich, bzw. dann, wenn ein Totalübernehmervertrag abgeschlossen werden soll, faktisch zwingend notwendig. Der zugrunde zu legenden Kostenrahmen ergibt sich aus dem in diesem Zeitpunkt noch zukünftig durchzuführenden Kostendämpfungsverfahren.

Schlussbemerkung

Natürlich ist es nicht möglich, ein derartig komplexes Instrument im Rahmen eines knapp zweistündigen Vortrags umfassend und bis ins letzte Detail darzustellen. Wesentliches Anliegen auch dieser Zusammenfassung ist es daher, für das Thema zu sensibilisieren und vor allem die Einleitung der entsprechenden Schritte in der Gemeinde möglichst frühzeitig sicherzustellen. Bei Beachtung dieser Eckpunkte und bei sorgfältiger Ausarbeitung des wie wiederholt betont alles entscheidenden Vertragswerks ist der GÜ für die Gemeinde ein besonders gut geeignetes Instrument zur Abwicklung von Hochbauvorhaben.