

Abteilung für Rechtspolitik

Kanzlei Schönherr, Barfuss,
Torggler & Partner
zHd. Herrn Hon.Prof.
Dr. Hellwig Torggler LL.M.

Wiedner Hauptstraße 63
Postfach 195
A-1045 Wien
Telefon (0222) 501 05DW
Telefax (0222) 502 06243

Tuchlauben 13
(Eingang Kleeblattgasse 4)
1014 Wien

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
To-Sn SVTHBA/02000	Rp 40/98/MSt/PN	4239	17.06.1998
	Mag. Maitz-Straßnig	4296	

**ARGE-Vertrag im Bereich Heizungs-,
Lüftungs- und Sanitäreanlagen;
Feststellung eines Handelsbrauches**

Die Wirtschaftskammer Österreich erlaubt sich mitzuteilen, daß das Umfrageverfahren über das Bestehen eines Handelsbrauches folgendes Ergebnis brachte: Wir haben einer größeren Anzahl von mit der Lieferung und Montage von Heizungs-, Lüftungs-, Kälte- und Sanitäreanlagen befaßten Unternehmen der Industrie und des Gewerbes die nachfolgenden Fragen gemeinsam mit der nachfolgenden Sachverhaltsdarstellung mit der Bitte um Beantwortung nach eigener Kenntnis und Erfahrung (ohne weiter Rückfragen und Erkundigungen) und mit der Zusicherung, daß die Namen der Auskunft erteilenden Betriebe nicht genannt werden, vorgelegt bzw. durch die zuständigen Fachorganisationen vorlegen lassen:

Einem Rechtsstreit zwischen zwei Unternehmen liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Die beiden Parteien hatten gemeinsam mit anderen Partnern einen Vertrag zur Gründung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zur Lieferung und Montage der Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage für ein Großbauprojekt geschlossen. Der ARGE-Vertrag enthält unter Punkt 2 folgende Bestimmung:

Die vertragschließenden Partnerfirmen vereinbaren, den gesamten Auftrag gemeinsam in einzelnen Teilleistungen auszuführen, und zwar derart, daß jede Partnerfirma die ihr zukommenden Teilleistungen selbständig, auf eigene Rechnung, Gefahr und Haftung, Gewinn und Verlust durchführt und zwar: (Es folgt eine tabellarische Aufstellung der Leistungsanteile).

2.1

Die Arbeiten werden nach den vereinbarten Richtlinien der Koordinierung und Zusammenarbeit, entsprechend den gefaßten Beschlüssen und nach den Planungs- und Koordinierungsangaben sowie Weisungen des AG erstellt.

2.2

Nachträge und Ergänzungen die über den Umfang des Hauptauftrages hinausgehen, sind von jenen Firmen auszuführen, in deren Teilleistungsbereich diese Nachbestellungen hineinfallen.

Es wird kein Ausgleich bezüglich der Anteile wegen der Nachträge und Ergänzungen bzw. Minderleistungen durchgeführt.

Die klagende Partei hat im Zuge der Auftragserfüllung Nachtragsaufträge in ihrem im Einvernehmen zwischen den Partnern übernommenen Teilleistungsbereich durchgeführt, die unter anderem auch durch den Konkurs eines der Partner erforderlich wurden. Die Beklagte fungierte als federführendes Unternehmen der ARGE und hat einen Wertschöpfungsabschlag auf die von der Klägerin durchgeführten Nachtragsaufträge einbehalten. Der Anspruch der Klägerin richtet sich auf Zahlung dieses einbehaltenen Betrages.

Nach den Ausführungen der Beklagten ist unter einem Wertschöpfungsabschlag ein von der ARGE vorzunehmender Abschlag von dem der ARGE in Rechnung gestellten Preis eines Leistungsgewerkes in Höhe der Wertschöpfung, soweit diese die Herstellungskosten übersteigt, zu verstehen; dabei sind bei der Ermittlung der „Herstellungskosten“ nur die direkten Fertigungslöhne einschließlich der unmittelbar lohngelundenen Gemeinkosten (höchstens 90 %), die direkten Materialkosten zu den Einkaufspreisen des Rechnungslegers sowie die auftraggebundenen Sonderkosten (ohne Gemeinkostenzuschlag) anzusetzen.

Die Beklagte behauptet, daß die Klausel in Punkt 2.2 des ARGE-Vertrages („Es wird kein Ausgleich bezüglich der Anteile wegen der Nachträge und Ergänzungen bzw. Minderleistungen durchgeführt“) keine Anwendung finde, wenn die Nachtragsaufträge einen bestimmten Umfang überschreiten und damit zu größeren Verschiebungen der ursprünglich ausgehandelten Anteilsverhältnisse der ARGE-Partner führen würden.

Kraft Handelsbrauches sei die Bestimmung so zu interpretieren, daß sie nur bei Abweichungen kleineren Umfangs, nicht aber dann Anwendung finden soll, wenn das ursprüngliche Auftragsvolumen des jeweiligen Partners um mehr als 10 % überschritten wird. In diesem Fall sei ein Ausgleich zwischen den ARGE-Partnern durchzuführen, zB dadurch, daß die die Herstellungskosten übersteigende Wertschöpfung im prozentuellen Beteiligungsverhältnis der ARGE-Partner zwischen diesen aufzuteilen sei.

1. Übernehmen Sie Aufträge zur Lieferung und Montage von Heizungs-, Lüftungs-, Kälte- oder Sanitäreanlagen?

Ja / Nein

2. Haben Sie mit anderen Partnern hinsichtlich der Ausführung eines Auftrages schon einmal eine Arbeitsgemeinschaft gebildet bzw. einen Arbeitsgemeinschaftsvertrag geschlossen?

Ja / Nein

3. Ist die Bestimmung eines Arbeitsgemeinschaftsvertrages (ARGE-Vertrag), wonach **kein Ausgleich bezüglich der Anteile wegen der Nachträge und Ergänzungen bzw. Minderleistungen durchgeführt wird**, in der Form auszulegen, daß sie nur **bei Abweichungen kleineren Umfangs**, nicht aber dann Anwendung finden soll, wenn das ursprüngliche Auftragsvolumen des jeweiligen Partners um mehr als rund 10 % überschritten wird?

Ja / Nein

Falls Sie Frage 3 bejaht haben, beantworten Sie bitte auch Frage 4!

4. Wäre im Fall der Überschreitung des ursprünglichen Auftragsvolumens des jeweiligen Partners um mehr als 10 % ein Ausgleich zwischen den ARGE-Partnern durchzuführen zB dadurch, daß die die Herstellungskosten übersteigende Wertschöpfung im prozentuellen Beteiligungsverhältnis der ARGE-Partner zwischen diesen aufzuteilen wäre?

Ja / Nein

Falls Sie Frage 4 bejaht haben, beantworten Sie bitte auch Frage 5.

Punkt 6 des ARGE-Vertrages enthält unter dem Titel „Haftung“ u.a. folgende Bestimmungen:

„Alle Partnerfirmen haften gegenüber dem AG (=Auftraggeber) für die Ausführung der gesamten Aufträge zur ungeteilten Hand. Im Innenverhältnis haften die Partnerfirmen bei Inanspruchnahme der ARGE für Schäden, die nicht eindeutig auf ein schuldfreies Verhalten einer Partnerfirma zurückzuführen sind, insoweit sich diese Schäden an deren jeweiligem Teilleistungsbereich ereignen. Die einzelnen Partnerfirmen tragen jede für ihren Ausführungsteil Haftung und Risiko ...

Jede Partnerfirma leistet nicht nur der ARGE, sondern auch jeder Partnerfirma gegenüber Gewähr für die ordnungsgemäße Funktion der von ihr ausgeführten Arbeiten. Für Ausführungs- und Materi-

almängel haftet jede Partnerfirma nur für jene Teile, mit deren Ausführung sie betraut war. Mängel in der Ausführung der einzelnen Anlageteile hat ohne Rücksicht auf Verschuldensfragen jene Partnerfirma auf ihre Kosten zu beheben, die mit der Ausführung des betreffenden Anlagenteils beauftragt war."

5. Gilt die Bejahung zu Frage 4 auch für den Fall, daß der ARGE-Vertrag dem Mehrleistenden die Haftung und Gewährleistung für die betreffenden von ihm übernommenen Arbeiten auferlegt?

Ja / Nein

ACHTUNG!

Nachdem seitens der Beklagten geltend gemacht wird, daß der behauptete Handelsbrauch zwischen Großunternehmen mit mindestens 100 Mitarbeitern bestünde, würden wir ergänzend auch um folgende Angaben ersuchen, auch wenn Sie Frage 3, 4 oder 5 verneint haben:

6. Unser Unternehmen beschäftigt 100 bzw. mehr als 100 Mitarbeiter

Ja / Nein

Wieviele Mitarbeiter genau?

Es liegen uns aufgrund der Umfrage insgesamt zunächst 19 verwertbare Äußerungen aus dem Bereich Gewerbe und Handwerk bzw. Industrie vor, in denen die Frage 1 und 2 bejaht wurde. Es ergibt sich hiebei folgendes Bild:

Frage 3 wurde von 6 Befragten bejaht und von 11 Befragten verneint. Zwei weitere Rückmeldungen haben die Frage nicht mit Ja oder Nein beantwortet, sondern schriftliche Ausführungen gemacht.

Einer dieser Befragten führte aus, daß jede Firma den vereinbarten Teil durchführt und auch sämtliche Zusatzaufträge ohne Begrenzung erhält. Die zweite dieser Rückmeldungen weist ebenfalls eine schriftliche Ausführung aus, wobei sinngemäß die von diesem Unternehmen ausgeübte Gepflogenheit in der Form dargestellt wird, daß, wenn das federführende Unternehmen die ganze Organisation für das Projekt innehätte, dem federführenden Unternehmen die Wertschöpfung, auch über den Anteil des Partners zustünde. Sollte jedoch jeder auf eigene Rechnung und mit eigener Organisation (Baubesprechungen, Absprachen mit Kunden, Materialbestellung etc.) das Projekt bearbeitet haben, wird die Meinung vertreten, daß die Wertschöpfung bei übersteigenden Herstellungskosten nicht neu aufzuteilen wären, sondern dem Partner zusteht, der die Arbeiten ausgeführt hat. Die Ausführungen dieser Befrag-

ten sind aber auch insofern nicht weiter zu berücksichtigen, als die Unternehmen weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigen. Einer dieser Befragten hat die Mitarbeiterzahl mit 54 angegeben und liegt somit weit unter der Grenze von 100 Mitarbeitern.

Von den 6 die Frage 3 Bejahenden haben 2 die Frage 6 verneint, wobei ein Befragter die Mitarbeiterzahl mit 60 angegeben hat und damit weit unter der Anzahl von 100 Mitarbeitern liegt. Ein anderer hat die Mitarbeiterzahl mit 96 angegeben, liegt also nur knapp unter der Zahl von 100 Mitarbeitern.

Insofern wären als verwertbare bejahende Äußerungen nur noch 5 Befragte zu berücksichtigen. Von diesen 5 Befragten haben 4 Befragte auch die Frage 4 und 5 bejaht, 1 Befragter hat die Frage 4 bejaht, Frage 5 dagegen verneint.

Schließlich ist hinsichtlich der 11 Befragten, die die Frage 3 verneinten, noch darauf hinzuweisen, daß von einem Befragten die Frage 6 verneint wurde, wobei die Mitarbeiterzahl mit 97 angegeben wurde, und damit nur knapp unter 100 liegt.

Insgesamt ist, wie bereits im Schreiben vom 13.2.1998 zu bedenken gegeben wurde, die Zahl der zur Verfügung stehenden bzw. verwertbaren Rückmeldungen eher gering.

Die Wirtschaftskammer Österreich nimmt das Bestehen eines Handelsbrauches regelmäßig nur dann als gegeben an, wenn mindestens zwei Drittel der verwertbaren Rückmeldungen positiv sind. Wenn mehr als die Hälfte, aber weniger als zwei Drittel der Befragten positiv antworten, lautet das Ergebnis regelmäßig, daß ein Handelsbrauch nicht festgestellt werden kann. Sind weniger als die Hälfte der verwertbaren Äußerungen positiv so wird davon ausgegangen, daß ein Handelsbrauch nicht besteht.

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien kommt die Wirtschaftskammer Österreich zum Ergebnis, daß die Anfrage des Gerichtes, ob zwischen Großunternehmen, d.h. Unternehmen mit mindestens 100 Mitarbeitern, der Bereiche Heizungs-, Lüftungs-, Kälte- und Sanitärinstallationen eine bei Großbauvorhaben gehandhabte Usance besteht, daß die Bestimmung eines ARGE-Vertrages, wonach kein Ausgleich bezüglich der Anteile wegen der Nachträge und Ergänzungen bzw. Minderleistungen durchgeführt wird, in der Form auszulegen ist, daß sie nur bei Abweichungen kleineren Umfanges, nicht aber dann Anwendung finden soll, wenn das ursprüngliche Auftragsvolumen des jeweiligen Partners um mehr als rund 10 % überschritten wird, sondern in diesem Fall ein Ausgleich zwischen den ARGE-Partnern durchzuführen ist, zB auch dadurch, daß die die Herstellungskosten übersteigende Wertschöpfung im prozentuellen Beteiligungsverhältnis der ARGE-Partner zwischen diesen aufzuteilen wäre, zu verneinen ist. Ein diesbezüglicher Handelsbrauch besteht nicht.

Mit freundlichen Grüßen

Univ.Doz. Dr. Hanspeter Hanreich
Abteilungsleiter

Nachrichtlich an:

alle Wirtschaftskammern
Bundessektion Industrie
Bundessektion Gewerbe