

## Nachtragsschleusen geöffnet

Bundesgerichtshof: Preissteigerungen berücksichtigen

**(BS/Martin Schellenberg\*) Wenn öffentliche Auftraggeber das Unwort des Jahrzehnts wählen dürften, so wäre es wahrscheinlich "Nachtrag". Insbesondere im Straßenbau, jedoch auch in allen anderen Beschaffungsbereichen sind die Auftraggeber regelmäßig mit Nachtragsforderungen konfrontiert. Kaum ist der Zuschlag erteilt, ist schon der erste Nachtrag auf dem Tisch. Zuvor müht sich die Vergabestelle monatelang, durch ein möglichst wettbewerbsintensives und transparentes Vergabeverfahren den wirtschaftlichsten Bieter zu identifizieren. Kaum hat sie den Zuschlag erteilt, mutiert der überaus preisgünstige Bieter zu einem im Ergebnis durchaus hochpreisigen Auftragnehmer. Diese Erfahrung frustriert öffentliche Auftraggeber nicht nur in den Straßenverwaltungen.**

Nun hat der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 11.05.2009 (Az.: VII ZR 11/08) noch eine weitere Nachtragsschleuse geöffnet. Wenn öffentliche Auftraggeber die Kontrolle über diese Schleuse behalten wollen, so sind ganz erhebliche Änderungen in den Vergabeabläufen erforderlich.

### Gestiegene Materialkosten

Aber worum geht es eigentlich? Die Berliner Straßenbauverwaltung hat 2002 Bauarbeiten für die Anbindung des Flughafens Berlin-Schönefeld in den Berliner Stadtring (BAB 113) ausgeschrieben. Aufgrund verwaltungsinterner Verzögerungen und eines Nachprüfungsverfahrens konnte der Zuschlag jedoch erst Mitte 2004 erteilt werden. Von Mitte 2003 bis zum Zuschlag hat die Vergabestelle die Bieter in regelmäßigen Abständen dazu aufgefordert, Bindefristverlängerungen zuzustimmen. Die Bieter haben sich hierzu jeweils vorbehaltlos erklärt.

Nach Zuschlag hat der Auftragnehmer jedoch aufgrund gestiegener Materialkosten bei Stahl und Beton Nachtragsforderungen in Höhe von ca. zehn Prozent der Auftragssumme geltend gemacht. Die Behörde hat die Forderung zurückgewiesen, da sich der Auftragnehmer vorbehaltlos mit der Bindefristverlängerung einverstanden erklärt habe und damit zugesichert habe, er könne zum ursprünglich angebotenen Preis leisten.

### Anspruch auf Nachträge

Der Bundesgerichtshof hat dem Auftragnehmer Recht gegeben und dies wie folgt begründet:

Mit Zuschlag ist der Vertrag zwar wirksam zustande gekommen, allerdings müsse die in der VOB/B enthaltene Nachtragsregelung entsprechend angewandt werden (§ 2 Nr. 5 VOB/B). Deshalb habe der Auftragnehmer auf der Basis seiner tatsächlichen Kosten einen Anspruch auf Nachträge. Damit hat der Bundesge-



Die Meeresnymphe Galatea, hier in Brunnenform vor dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe, wurde oft als Galionsfigur für Segelschiffe genutzt. Der Bauindustrie wird sie als gerichtliche Galionsfigur dienen, um bei der Dämpfung der Zusatzkosten durch verzögerte Vergabeentscheidungen mehr Fahrt zu bekommen. Die BGH-Entscheidung wurde von dieser Seite lebhaft begrüßt. Bei den Badenweiler Gesprächen des forum vergabe e. V. bezeichnete Bundesrichter Wolfgang Eick das Urteil als "zivilrechtlich bedenklich, aber vergaberechtlich notwendig". Foto: BS/BGH

richtshof einer im Vorfeld diskutierten Lösung einer Absage erteilt. Nach dieser Lösung sollte zwar auch der Vertrag angepasst werden, jedoch auf der Basis eines "Wegfalls der Geschäftsgrundlage". Dies hätte bedeutet, dass nicht jegliche Mehrkosten, sondern lediglich im Falle einer wesentlichen Kostensteigerung Nachträge generiert werden können.

In den einschlägigen vergaberechtlichen Diskussionszirkeln wie z. B. den der Badenweiler Gesprächen des forum vergabe e. V., wo Bundesrich-

ter Dr. Wolfgang Eick die noch nicht ausgefertigte Fassung des Urteils erläuterte, hat nun das Nachdenken über die Konsequenzen dieser Entscheidung begonnen.

### Großzügige Zuschlagsfrist?

Zunächst stellt sich die Frage, wie komplexe Verfahren so gestaltet werden können, dass entweder keine Bindefristverlängerungen erforderlich werden oder entsprechende Verzögerungen nicht zu Nachträgen führen können.

Denkbar wäre einfach die ursprüngliche Zuschlagsfrist so großzügig zu bemessen, dass sie alle Eventualitäten abdeckt. Dies stößt jedoch auf drei Hindernisse: Zum ersten sehen Verdingungsordnungen eine Rügefrist von 30 Kalendertagen vor und gestatten nur in Ausnahmen eine Verlängerung (vgl. beispielsweise § 19 Nr. 2 VOB/A). Zum zweiten führt eine extensive Verlängerung von Bindefristen zu Risikoaufschlägen in den Angeboten. Sind beispielsweise Finanzierungsanteile im Angebot enthalten, wie dies beispielsweise bei PPP-Verfahren regelmäßig der Fall ist, so lassen sich insbesondere in der aktuellen Situation kaum Zinsfestschreibungen über 30 Tage hinaus erhalten. Zuschlagsfristen, die weit darüber hinaus gehen, führen entweder zu unwirtschaftlichen Risikoaufschlägen oder gar zu ungewöhnlichen Wagnissen und damit zu unzulässigen Vorgaben. Drittens ist eine Zuschlagsfrist, die wirklich alle Eventualitäten abdeckt, nicht realistisch im Vorhinein zu kalkulieren. Nachprüfungsverfahren können zwischen drei und neun Monaten dauern. Verwaltungsinterne oder politisch motivierte Aufschübe können leicht ein Mehrfaches davon erreichen.

### "Auf Abruf" oder Bindefristverlängerung

Weiterhin wird diskutiert, ob eine Bindefristverlängerung mit ausdrücklicher Bestätigung, zu den ursprüng-

lich angebotenen Preisen zu leisten, erfolgversprechend wäre. Eine solche Bestätigung hätte sicherlich moralische Wirkung auf den Auftragnehmer. Ob sie allerdings rechtlich einen wirksamen Schutz gegen Nachtragsforderungen bilden kann, erscheint zweifelhaft. Immerhin ist die ausdrückliche Bestätigung nichts anderes als die mit der Bindefristverlängerung ohnehin abgegebene Erklärung, am ursprünglichen Angebot, nämlich Preis und Leistung, festzuhalten.

Denkbar wäre auch, in die Verdingungsunterlagen gar keinen konkreten Leistungsbeginn mehr einzutragen sondern die Leistung "auf Abruf" zu fordern. Eine derartige Möglichkeit sehen Verdingungsordnungen zwar vor, allerdings hat auch hier die Rechtsprechung nur in sehr begrenztem Umfang dem Auftraggeber Flexibilität zugewilligt. Deshalb wäre auch bei einer Leistungsabforderung auf Abruf zu beachten, dass die Bieter entsprechende Risikozuschläge kalkulieren müssten.

### Preis Anpassung während des Verfahrens?

Schließlich könnte das Verfahren so gestaltet werden, dass eine Anpassung des Preises bei Verzögerungen auch innerhalb des Verfahrens erfolgt. Die Preis Anpassung innerhalb des Verfahrens hätte gegenüber dem Nachtrag nach Abschluss des Verfahrens den Vorteil, dass die Bieter noch im Wettbewerbsdruck stünden.

Eine solche Anpassung vor Zuschlag ist jedoch nur im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens möglich. Diese Verfahrensart ist aber nur in Ausnahmefällen zulässig. Ein solcher Ausnahmefall liegt indes regelmäßig dann vor, wenn eine komplexe Leistung nur mithilfe unverhältnismäßigen Aufwandes konkretisiert werden kann. Im Ergebnis ist die Rechtsprechung bei der Annahme derartiger Fälle eher großzügig. Auch Bieter lassen sich in der Regel auf diese Verfahrensart ein. Sieht der Auftraggeber

ein Verhandlungsverfahren vor und erhält er hierauf keine unverzügliche Rüge, kann er davon ausgehen, dass die Durchführung des Verhandlungsverfahrens rechtlich nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg angegriffen wird.

### **Umfang der Kostenerhöhung**

Kommt es tatsächlich zu einer Verzögerung der Auftragsvergabe und werden im Anschluss daran Nachtragsforderungen geltend gemacht, so stellt sich die Frage nach der Höhe der Kosten. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass nicht nur Preiserhöhungen weitergegeben werden können. Die Auftraggeber können auch

Kostenreduzierungen geltend machen und eine entsprechende Herabsetzung des Preises verlangen. Vor dem Hintergrund der in den vergangenen Monaten stetig gesunkenen Energiepreise handelt es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Überlegung (Hinweise auf BME Erhebung). Macht der Auftragnehmer allerdings Kostensteigerungen geltend, so muss wohl anerkannt werden, dass sich diese nicht nur auf Materialkosten wie Stahl und Beton beziehen. Vielmehr kann der Auftragnehmer auch geltend machen, dass er durch die Verzögerung eigene Ressourcen anders verplant hat und für entsprechen-

de Mehrbeträge Nachunternehmer einschalten muss. Auch die dadurch verursachten Zusatzkosten können im Wege des Nachtrages geltend gemacht werden.

### **Gesetzgeberschelte**

Wenig tröstlich ist in diesem Zusammenhang die Gesetzgeberschelte, die der Bundesgerichtshof in seinem Urteil betreibt. Es sei ihm bewusst, so der Bundesgerichtshof, dass die ausgerichtete Lösung im Ergebnis unbefriedigend sei. Sie verletze das Gleichbehandlungsgebot dadurch, dass lediglich der Zuschlagsinhaber die Möglichkeit erhalte, der geänder-

ten Situation in seinem Angebot Rechnung zu tragen. Auch sei nicht befriedigend, dass die Parteien "sehenden Auges" einen Vertrag schließen, der in der Praxis gar nicht durchführbar sei. Die Schuld trage, so der Bundesgerichtshof, der Gesetzgeber. Er habe es versäumt, bei Einführungen des Nachprüfungsverfahrens eine sachgerechte Lösung zu entwickeln, die der Verzögerung derartiger Verfahren Rechnung trage.

*\*Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg*