

## Kanzlei Heuking: Richter schließen Lücke im deutschen Vergaberecht



2. Juni 2009

Ein neues Urteil des Bundesgerichtshofs könnte die öffentliche Hand teuer zu stehen kommen. Die Richter hatten sich mit den Mehrkosten zu beschäftigen, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entstehen können. Genauer: Es geht um jene Kosten, die bei Verzögerungen durch ein sogenanntes Nachprüfungsverfahren entstehen. In einer heute verbreiteten Mitteilung analysiert die Rechtsanwaltskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek die Entscheidung.

In dem Fall hatte ein Bauunternehmen von der Bundesrepublik Deutschland eine Mehrvergütung wegen erhöhter Stahl- und Zementkosten verlangt. Auch hier waren die Mehrkosten durch eine nachprüfungsbedingte Verzögerung entstanden.

### Fristen und Termine

Laut Urteil werde ein Vergabevertrag wie ausgeschrieben geschlossen, so die Kanzlei Heuking. Fristen und Termine blieben zunächst unverändert, auch wenn sie nicht mehr einzuhalten seien. Die Parteien müssten sich aber über Termine und Kosten neu einigen, um die Vertragslücke zu schließen.

Einigen sie sich nicht, liegt eine Regelungslücke vor. Diese ist laut Bundesgerichtshof durch ergänzende Vertragsauslegung zu füllen. Dabei stellen die Richter darauf ab, „was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner für den von ihnen nicht geregelten Fall vereinbart hätten.“

Die Bauzeit sei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach den Grundsätzen von § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B anzupassen, heißt es im Urteil. Sie werde regelmäßig um die Zeit der Verzögerung auf einen späteren Zeitraum verschoben. Dabei könne dem Bieter der Nachteil ausgeglichen werden, der durch eine ungünstigere Jahreszeit entstehe (Urteil vom 11. Mai 2009, Aktenzeichen VII ZR 11/08).

### Anordnungen des Auftraggebers

Die Vergütung wird entsprechend der Mehr- oder Minderkosten geändert. Diese Rechtsfolge ist in der VOB/B vorgesehen, wenn sich durch Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung ändern.

Der Gesetzgeber hatte mit dem Nachprüfungsverfahren einen Rechtsschutz für unterlegene Bieter vorgesehen, dabei aber versäumt, dessen Auswirkungen auf das Vergabeverfahren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu regeln.

Mit seiner Entscheidung habe der Bundesgerichtshof eine der wichtigsten offenen Fragen des heutigen Vergaberechts beantwortet, sagt Ute Jasper, Partnerin im Düsseldorfer Büro der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek und Leiterin der Praxisgruppe Public Sector. „Für die öffentliche Hand bedeutet diese Entscheidung eine nicht unerhebliche Kostensteigerung, da der Zuschlag aufgrund von Nachprüfungsverfahren häufig erst verspätet erteilt werden kann“, so die Rechtsanwältin.

### Bereits in den Vergabeunterlagen

Die Expertin empfiehlt, die Konsequenzen von Nachprüfungsverfahren möglichst frühzeitig zu bedenken und die Vergabeunterlagen so formulieren, dass Anpassungen möglich sind. „Nur so können Rechtsunsicherheiten vermieden werden“, sagt Jasper.

*hklw/pan*

Fenster schließen