

## Änderung von Aufträgen

# Klare Klauseln erleichtern eine Vertragsänderung



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht, Partner,  
Rödl & Partner, Nürnberg

Ein laufender Vertrag kann geändert werden, wenn die ursprünglichen Vergabeunterlagen dazu klare, präzise und eindeutig formulierte Angaben zu möglichen Änderungen des Auftrags enthalten. Das wird in den sogenannten Überprüfungs-klauseln festgelegt. In den Klauseln wird definiert, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang Änderungen am Auftrag vorgenommen werden können, ohne dass ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist.

**NÜRNBERG.** Paragraph 132 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) legt fest, wann Änderungen während der Vertragslaufzeit eines öffentlichen Auftrags ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen. Die Norm, die europäisches Recht umsetzt, gründet auf Urteilen des Europäischen Gerichtshofs. Diese Entscheidungen bestimmen, dass solche Vertragsänderungen nur dann erlaubt sind, wenn die ursprünglichen Auftragsunterlagen solche Änderungen vorsehen und die spezifischen Bedingungen dafür klar definieren. Das wird in sogenannten Überprüfungs-klauseln festgelegt.

### Überprüfungs-klauseln müssen eindeutig und klar formuliert sein

Die Überprüfungs-klauseln müssen eindeutig, genau und klar formuliert sein, wie Paragraph 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB vorschreibt. Es bleibt jedoch unklar, wie genau diese Anforderungen zu formulieren sind. Es scheint sicher, dass die Begriffe „eindeutig, genau und klar“ als synonym

betrachtet werden können. Der Europäische Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass eine präzise Bestimmung ausdrücklich in den Vergabeunterlagen aufgeführt sein muss. Demnach definiert eine klare, genaue und eindeutige Überprüfungs-klausel die Bedingungen, nach denen Änderungen des Auftrags ausdrücklich möglich sind.

In den Überprüfungs-klauseln müssen Umfang, Art und Voraussetzungen für mögliche Auftragsänderungen klar angegeben werden. Dies zielt darauf ab, die häufige Praxis zu beenden, die Änderungsbefugnis zu weit zu interpretieren.

### Kein Freibrief für Auftragsänderungen

Die Definition des „Umfangs“ scheint durch Erwägungsgrund 111 der EU-Vergaberichtlinie beispielhaft erläutert zu werden: „Es sollte daher klar gestellt werden, dass mit hinlänglich klar formulierten Überprüfungs- oder Optionsklauseln etwa Preisindexierungen vorgesehen werden können oder beispielsweise sichergestellt werden kann, dass Kommunikationsgeräte, die während eines bestimmten Zeitraums zu liefern sind, auch im Fall veränderter Kommunikationsprotokolle oder anderer technologischer Änderungen weiter funktionsfähig sind. Des Weiteren sollte es möglich sein, mittels hinlänglich klarer Klauseln Anpassungen des Auftrags vorzusehen, die aufgrund technischer Schwierigkeiten, die während des Betriebs oder der Instandhaltung auftreten, erforderlich werden. Ebenfalls sollte darauf hingewiesen werden, dass Aufträge beispielsweise sowohl laufende Wartungsmaßnahmen beinhalten als auch außerordentliche Instandhaltungsarbeiten vorsehen können, die

erforderlich werden könnten, um die Kontinuität einer öffentlichen Dienstleistung zu gewährleisten.“

Der EU-Richtliniengeber hat, wenn auch indirekt, darauf hingewiesen, dass ebenso die Vergütung des Auftragnehmers änderbar ist. Das Gleiche gilt für Zahlungstermine und Zahlungsmodalitäten. Die zusätzliche Angabe der „Art“ der Änderung dient wahrscheinlich dazu, zu unterscheiden, ob die Überprüfungs-klausel automatische Anpassungen oder Verhandlungen ermöglicht.

Überprüfungs-klauseln gewähren den Parteien aber keine absolute Freiheit, einen öffentlichen Auftrag zu ändern. Insbesondere ist eine Klausel unzureichend, die lediglich Verhandlungen über Vertragsänderungen vorsieht. Weiterhin muss eine Überprüfungs-klausel bei den „Voraussetzungen“ für Änderungen auch die Umstände festlegen, unter denen eine Änderung des festgelegten Umfangs möglich ist. Veränderungen eines öffentlichen Auftrags, die in einer Überprüfungs-klausel festgelegt sind, dürfen schließlich den grundlegenden Charakter des Vertrags nicht verändern. Dies gilt besonders für die Art des Vertrags und den Gegenstand der Beschaffung.

### Dienstleistungen dürfen nicht in Bauarbeiten umgewandelt werden

Zum Beispiel darf ein Vertrag für Dienstleistungen nicht in einen Vertrag für Bauarbeiten oder eine Konzession in einen Auftrag umgewandelt werden. Dies scheint dem Verständnis zu entsprechen, das im Erwägungsgrund 109 der EU-Vergaberichtlinie dargelegt ist. Auch die Umwandlung eines befristeten Vertrages in einen unbefristeten dürfte den Gesamtcharakter des öffentlichen Auftrags unzulässig ändern.

### Ein Ersatz des Auftragnehmers ist möglich

Durch eine Überprüfungs-klausel kann auch der bisherige Auftragnehmer durch einen neuen ersetzt werden, ohne ein neues Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Das ist in Paragraph 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 Buchstabe a) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt.

Dabei sollte jedoch grundsätzlich vermieden werden, dass der Auftrag von einem neuen Auftragnehmer übernommen wird, der nicht die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien erfüllt. Andernfalls könnte gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen werden.



Vertragsänderungen sind erlaubt, wenn die ursprünglichen Auftragsunterlagen solche Änderungen vorsehen und die Bedingungen dafür klar definiert sind. FOTO: DPA/IVANA KOJIC