



universität
wien

Exposé zum Dissertationsvorhaben
mit dem vorläufigen Arbeitstitel

**„Nachträgliche Vertragsänderungen nach Zuschlagserteilung
und Abschluss des Vergabeverfahrens im Lichte des
Bundesvergabegesetzes 2018“**

vorgelegt von

Horst Lesacher, LL.M. (WU) LL.B. (WU)

Matrikelnummer: 01060554

E-Mail: horst.lesacher@univie.ac.at

Wien, 29. Juli 2019

angestrebter akademischer Grad:
Dissertationsfach:

Doktor der Rechtswissenschaften
Wirtschaftsrecht

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:
Betreut von:

A 783 101
Doktoratsstudium UG 2002 Rechtswissenschaften
Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M. (Columbia)

I. Einleitung

Gem § 146 BVergG endet ein erfolgreiches Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung und damit Zustandekommen eines privatrechtlichen Leistungsvertrages zwischen Auftraggeber (AG) und dem erfolgreichen Bieter bzw Auftragnehmer (AN).¹ Hingegen ist auch für diese Phase der Leistungsausführung nach eigentlicher Beendigung des Vergabeverfahrens das Vergaberecht beachtlich. Denn es kann, wenn es zu nachträglichen und insbesondere wesentlichen Vertragsänderungen kommt, eine erneute vergaberechtliche Ausschreibungspflicht ausgelöst werden.

Teilweise unklar bleibt jedoch und bedarf einer detaillierten Gesetzesauslegung, wann nunmehr im konkreten Einzelfall eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt.

1. Untersuchungsgegenstand, Problemstellung und Ausgangslage

Ihren Ursprung hat die Thematik zur Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderung während ihrer Laufzeit in der *pressetext*-Entscheidung des EuGH vom 19.06.2008.² In diesem Urteil wurde erstmalig festgehalten, dass ein vom Vergaberechtsregime erfasster AG für Änderungen von laufenden Verträgen die vergaberechtlichen Gesetzesbestimmungen zu beachten hat, die durch die Vergabegrundsätze vorgegeben sind. Die bei einer Änderung des Vertrages vergaberechtlich vorgegebene Beschränkung der Privatautonomie gem ABGB wurde entsprechend verdeutlicht. In einer weiteren Entscheidung des EuGH wurde zudem die Verknüpfung von Vergabe- und Vertragsrecht verdeutlicht.³

Die zuvor genannten Entscheidungen des EuGH führen zu dem Ergebnis, dass unwesentliche Änderungen unbeschränkt zulässig sind und wesentliche Änderungen grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren erfordern, aber bestimmte wesentliche Änderungen ausnahmsweise auch ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig sind. Eine (nachträgliche)

¹ § 146 BVergG 2018 BGBl I 2018/65.

² EuGH, C-454/06, *Pressetext*.

³ EuGH, C-549/14, *Finn Frogne*.

Vertragsänderung ist aber nicht nur vergaberechtlich von Relevanz, sondern auch stets vertragsrechtlichen Regeln unterworfen.⁴

Durch die europäischen Richtlinien wurden die Kriterien der „*presstext-Judikatur*“ des EuGH zu nachträglichen Vertragsänderungen weiterentwickelt und kodifiziert.⁵ Nachdem die Frage nach der Zulässigkeit von Änderungen der vertraglichen Leistung im Vergaberecht immer mehr an Bedeutung gewann, war einer der Eckpfeiler der Umsetzung des BVergG 2018 der § 365 BVergG. Nach § 365 Abs 1 Satz 1 BVergG sind nunmehr wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit lediglich nach erneuter Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig.⁶ Die Weichenstellung für die neuerliche Ausschreibungspflicht ist daran geknüpft, ob die nachträgliche Vertragsänderung „wesentlich“ oder „unwesentlich“ ist.

Für die Beurteilung der „Wesentlichkeit“ können im Grunde vier Kriterien herangezogen werden. Und zwar, wenn nachträglich Vertragsänderungen Bedingungen herbeiführen, die einen ursprünglich anderen Bieterkreis zugelassen hätten; Bedingungen herbeiführen, die die Annahme eines anderen Angebots erlaubt hätten oder wenn nachträglich Bedingungen eingeführt werden, die das wirtschaftliche Gleichgewicht zu Gunsten des AN verschieben oder auch den Leistungsumfang erheblich ausweiten.⁷ In all diesen Fällen liegt iSd BVergG eine wesentliche Vertragsänderung vor, welche dennoch einer detaillierteren Erläuterung und Gesetzesauslegung im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung bedarf.

Beispielsweise existiert nach § 365 Abs 3 Z 1 BVergG eine gewisse Geringfügigkeitsschwelle. Wenn nämlich die nachträgliche Vertragsänderung den vergabegesetzlichen Schwellenwert nicht übersteigt und zugleich 10 % der ursprünglichen Auftragssumme bei Lieferungen und Dienstleistungen bzw 15 % bei Bauaufträgen nicht übersteigt, dann unterliegt eine

⁴ *Gölles*, Vertragsänderung – mit oder ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens? (Teil I) in ZVB 2018/121, 505.

⁵ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABIL 2014/65; RL 2014/25/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG.

⁶ § 365 BVergG 2018 BGBl I 2018/65.

⁷ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁴ (2014), 164; *Oppel*, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017 in ZVB 2017/75, 318.

nachträgliche Vertragsänderung nicht dem Vergaberechtsregime – muss also nicht neuerlich ausgeschrieben werden.⁸

Bei den weiteren, noch darzulegenden Beispielen bzw Fallkonstellationen wird verdeutlicht, dass die Gesetzesbestimmung iSd § 365 BVergG gänzlich iSd obig zitierten (auch künftigen) Rechtsprechung auszulegen sein wird.⁹

Ein wesentlicher Aspekt, der für die Praxis zu erwähnen ist, ist jener Umstand, dass wenn nachträgliche Vertragsänderungen auf ursprünglich schon vertraglich vereinbarte Optionen zurückgehen oder auf Vertragsanpassungsklauseln im ursprünglichen Leistungsvertrag, dann sind auch solche nachträglichen Änderungen nicht vergaberechtspflichtig. Voraussetzung ist jedoch, dass diese ursprünglichen Vertragsänderungsklauseln klar, präzise und eindeutig formuliert sind.¹⁰ Zusammengefasst zeigt dies, wie wesentlich es ist, besonders aus AG-Perspektive, schon bei ursprünglicher Vertragsgestaltung umsichtig und vorausschauend vorzugehen, insbesondere was die Implementierung von Vertragsänderungsklauseln betrifft.

2. Zielsetzung

In der Praxis kommt es - insbesondere bei Verträgen mit langer Vertragsdauer – häufig vor, dass diese an veränderte Gegebenheiten angepasst werden müssen, um das Beschaffungsziel überhaupt noch verwirklichen zu können.¹¹ Demnach kommt es durch den AG selbst oder dem AN des Öfteren zum nachträglichen Bedürfnis, den Leistungsvertrag entsprechend anpassen zu wollen. Der Grund liegt meist darin, dass im Rahmen der ursprünglichen Auftragsvergabe nicht an alle technischen, wirtschaftlichen, rechtlichen oder tatsächlichen Entwicklungen Bedacht genommen wurde bzw meist gar nicht bedacht werden konnte. Etwaige Planungsfehler auf Seiten des AG und andere unvorhersehbare Umständen sind idR Themen, die einen Anpassungsbedarf begründen. Das Motiv einer

⁸ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 219.

⁹ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 218.

¹⁰ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 220.

¹¹ siehe dazu auch *Schramm/Feuchtmüller*, Konkretisierung der wesentlichen Vertragsänderung in ZVB 2008/46, 166 f.

Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens ist hingegen oft vom Wunsch geprägt, den bisherigen Vertragspartner, der den Anforderungen des AG uU seit Jahren ordnungsgemäß nachkommt, nicht wechseln zu müssen. Darüber hinaus ist ein Vergabeverfahren mit einem erheblichen Kostenaufwand und anderen Nachteilen für AG behaftet.

Bisher fand sich im BVergG keine ausdrückliche Regelung im Hinblick auf die Frage nach der Zulässigkeit der Änderung einer vertraglichen Leistung nach Zuschlagserteilung. Diese gesetzliche Unvollständigkeit wurde nunmehr mit dem neuen BVergG 2018 endgültig beseitigt. Ziel der Untersuchung soll nunmehr sein, die gesetzliche Normierung in Österreich betreffend Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit detailliert darzulegen und die damit zusammenhängenden Problemstellungen zu erörtern. Weiters soll aufgezeigt werden, wie sich in der Praxis mit Vertragsanpassungsklauseln im ursprünglichen Leistungsvertrag geholfen werden kann. Zudem werden die einzelnen Fallkonstellationen des § 365 BVergG anhand der bisherigen sowie künftigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auszulegen sein.

3. Gang der Untersuchung und methodische Erwägungen

Die vorliegende Arbeit setzt sich eine umfassende wissenschaftliche Aufarbeitung der Frage nach der Zulässigkeit von nachträglichen Leistungsänderungen nach Abschluss des Vergabeverfahrens und Zuschlagserteilung zum Ziel. Hierbei soll insbesondere die Entwicklung der bisherigen europäischen Rechtsprechung bis zur kürzlich eingeführten Gesetzesbestimmung des § 365 BVergG 2018 dargestellt werden und soll die Frage der „Wesentlichkeit“ anhand der normierten Fallkonstellationen den Schwerpunkt der Arbeit bilden, wobei in konkreten Einzelfallkonstellationen eine Gesetzesauslegung anhand aktueller Rechtsprechung anzustellen sein wird. In diesem Zusammenhang erscheint es erforderlich und sinnvoll zu sein, den Meinungsstand in der Literatur und Rechtsprechung umfassend zu erörtern.

Zentrale Aufgabenstellung wird sohin letztlich sein, im konkreten Einzelfall festzustellen, wann nunmehr eine Änderung als „wesentlich“ oder „unwesentlich“ einzustufen ist und somit eine Neuausschreibungspflicht begründet wird. Dabei wird auch auf die erläuternde

Regierungsvorlage zum neuen BVergG 2018 einzugehen sein. Ein besonderer Fokus soll darauf gelegt werden, worauf bei der Vertragsgestaltung geachtet werden soll, damit spätere Änderungen im Leistungsvertrag möglichst vergaberechtsfrei bleiben. Die Frage der konkreten Gestaltung dieser Vertragsanpassungsklausel legt ebenfalls eine detaillierte Analyse nahe. Last but not least sollen die jüngsten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte für die Auslegung der einzelnen Fallkonstellationen des § 365 BVergG herangezogen werden.

II. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

1.2. Ziel der Untersuchung

1.3. Gang der Untersuchung

1.4. Begriff der nachträglichen Leistungsänderungen

2. Ursprung

2.1. Rechtsquellen

2.2. Funktion des Vergaberechts

2.3. Ziel und Zweck des Vergaberechts

2.4. Beendigung des Vergabeverfahrens

2.4.1 Beendigungsarten

2.4.2. Zustandekommen des Leistungsvertrages

2.5. Zwischenergebnis

3. Das neue Bundesvergabegesetz 2018

4. Zulässigkeit von Leistungsänderungen nach Zuschlagserteilung

4.1. Einleitung

4.2. Kollision von Vertrags- und Vergaberecht

4.2.1. Rechtsprechung des EuGH

4.2.2. Werkvertragliche Anpassungsregeln

4.2.3. ABGB versus BVergG

4.3. Ausschreibungspflichtiger versus -freier Vorgang?

4.4. Zwischenergebnis

5. Entwicklung der Zulässigkeit von nachträglichen Leistungsänderungen aus der europäischen Rechtsprechung

5.1. Einleitung

5.2. RS *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*

5.2.1. Ausgangslage

5.2.2. Argumentation

5.2.3. Ergebnis

5.3. RS *pressetext Nachrichtenagentur*

5.3.1. Ausgangslage

5.3.2. Argumentation

5.3.3. Ergebnis

5.4. RS *Finn Frogne*

5.4.1. Ausgangslage

5.4.2. Argumentation

5.4.3. Ergebnis

5.5. RS *Borta*

5.5.1. Ausgangslage

5.5.2. Argumentation

5.5.3. Ergebnis

5.6. Zwischenergebnis

6. Die Neuregelung der Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit im BVergG 2018

6.1. § 9 Abs 1 Z 26 BVergG 2018

6.2. § 365 BVergG 2018

6.3. Konkurrenzen mit anderen Gesetzesbestimmungen

7. Das geltende vergaberechtliche Leistungsänderungsrecht im Lichte des BVergG 2018

7.1. Beispiele für Änderungen des Vertrages während ihrer Laufzeit

7.2. Zusätzliche Leistungen und Grundsätze

7.3. Inhaltliche Normierung in § 365 BVergG

7.3.1. Generalklausel des § 365 Abs 1 BVergG

7.3.2. Wesentliche versus unwesentliche Vertragsänderungen

7.3.3. Voraussetzungen für die Einstufung als wesentliche Vertragsänderung

7.3.3.1. *Fallkonstellation des § 365 Abs 2 Z 1 BVergG*

7.3.3.2. *Fallkonstellation des § 365 Abs 2 Z 2 BVergG*

7.3.3.3. *Fallkonstellation des § 365 Abs 2 Z 3 BVergG*

7.3.3.4. *Fallkonstellation des § 365 Abs 2 Z 4 BVergG*

7.3.4. Prüfungsschemata bei Änderungen von Verträgen

7.3.5. Katalog von unwesentlichen Vertragsänderungen

7.3.5.1. *§ 365 Abs 3 Z 1 BVergG – „safe haven-Klausel“*

7.3.5.2. *§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG – Vertragsänderungsklausel*

7.3.5.3. *§ 365 Abs 3 Z 3 BVergG – Auftragnehmerwechsel*

7.3.5.4. *§ 365 Abs 3 Z 4 BVergG – Auffangtatbestand*

7.3.5.5. *§ 365 Abs 3 Z 5 BVergG – zusätzliche Leistungen*

7.3.5.6. *§ 365 Abs 3 Z 6 BVergG – unvorhersehbare Umstände*

7.4. Zulässigkeit von Vertragsverlängerungen

7.5. Praxistipp: Verwendung von Vertragsänderungsklauseln im Leistungsvertrag

7.5.1. Vertragsänderungsklauseln in der Bauvertrags-ÖNORM B 2110

7.5.2. Preisveränderungsklauseln

7.6. Bekanntmachungspflichten des Auftraggebers nach § 365 Abs 4 BVergG

7.7. Zusammenfassung

8. Aktuelle Rechtsprechung zu den einzelnen Fallkonstellationen des § 365 BVergG

8.1. Österreichische Rechtsprechung

8.2. Deutsche Rechtsprechung

Zusammenfassung

Ausblick

Literaturverzeichnis

Rechtsprechungsverzeichnis

III. Vorläufiger Zeitplan

Wintersemester 2017/2018

- Vorlesung zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre

Sommersemester 2018

- Seminar zur Judikatur- und Textanalyse
- Seminar für Dissertanten

Wintersemester 2018/2019

- Seminar im Dissertationsfach (DWR: Seminar aus Privatrecht/Unternehmensrecht)

Sommersemester 2019

- Einreichen des Dissertationsvorhabens und Antrag auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens
- Seminar im Dissertationsfach zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens

Wintersemester 2019/2020 bis Wintersemester 2020/2021

- Verfassen der Dissertation

Wintersemester 2020/2021

- Abgabe des Erstentwurfs der Dissertation
- Überarbeiten des Erstentwurfs der Dissertation

Sommersemester 2021

- Abgabe der Dissertation
- Öffentliche Defensio

IV. Vorläufiges Literatur- und Rechtsprechungsverzeichnis

Aicher, Schlussbericht des Forschungsprojektes „Vergabe von Bauleistungen“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht in Korinek/Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 203 ff, 232 ff

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement I3 Rz 6 – 297

Boesen, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000)

Burgi, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29

Byok/Jaeger (Hrsg), Kommentar zum Vergaberecht² (2005)

Casati, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/18

Fössl, Vertragsrechtliche Aspekte bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen, Rahmenverträgen und Optionen, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005)

Gamerith/Hagen, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 1), ZVB 2005, 134

Gamerith/Hagen, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 2), ZVB 2005, 166

Grasböck, EuGH: Leiturteil zum Begriff der Vergabe iZm nachmaligen Vertragsänderungen, ZVB 2008, 249

Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)

Gölles, Zusätzliche Bauleistungen – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB 2007, 70

Gölles, Vertragsänderung – mit oder ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens?
in ZVB 2018, 505 (Teil I)

Gölles, Vertragsänderung – mit oder ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens?
in ZVB 2019, 5 (Teil II)

Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015)

Heiermann/Zeiss (Hrsg), Praxiskommentar Vergaberecht⁴ (2013)

Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁴ (2014), 1f

Holoubek/Fuchs in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I²
(2007) 801

Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im
Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6

Karasek, Leistungsänderungen beim Bauwerkvertrag, in FS Krejci (2001) II 1440

Knauff, Vertragsverlängerungen und Vergaberecht, NZBau 2007, 347

Korinek, *ecolex* 1999, 523 u *Gutknecht*, Aspekte des vergaberechtlichen
Wettbewerbsgrundsatzes, in FS Krejci (2001) II 1405 (1408)

Krohn, Vertragsänderungen und Vergaberecht – Wann besteht eine Pflicht zur
Neuausschreibung?, NZBau 2008, 619

Kulartz/Duikers, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, VergabeR 2008, 728

Marx, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, NZBau 2002, 311

Oppel, BVergG 2018: Eine Übersicht in ZVB 2018/79 (303)

Oppel, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017 in ZVB 2017/75 (326)

Pesendorfer/Hornbanger, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 113

Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg), Vergaberecht Kommentar⁴ (2017)

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² – Kommentar (2016)

Schwartz, Bundesvergabegesetz – Kurzkomentar (2003)

Strobl in Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz – Leitsatzkommentar (2010) zu § 133 BVergG-Wirksamkeit des Zuschlags, Seite 741

Ziekow, Ausschreibungspflicht bei Auftragnehmerwechsel, VergabeR 2004, 430

RV 1171 BlgNR 22. GP

ErläutRV 69 BlgNR 26. GP

RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 2014/65

EuGH Rs C-454/06, *pressetext*

EuGH Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*

EuGH Rs C-160/08, *Kommission gegen Deutschland*

EuGH Rs C-91/08, *Wall AG*

OGH, 10 Ob 94/04b

OGH, 4 Ob 2360/96d

VfGH, B 1560/00

VwGH, Ro 2014/04/0065

VwGH, Ra 2015/04/0071

VwGH, 2003/04/0145

VwGH 2008/04/0112, 2010/04/0128

VwGH 2013/04/0149, 2013/04/0097

VwGH, 2004/04/0054

VwGH 2010/16/0053

VwGH, Ra 2016/04/0064

BVwG, W134 2118711-2

BVwG, W134 2118747-2

LVwG Wien, VGW-123/061/11058/2018-66

LVwG Wien, VGW-123/061/11065/2015

LVwG Wien, VGW-123/061/11331/2015

LVwG Tirol, LVwG-2015/S1/2310-4

BVA, N-5/96-6

BVA 10F14/02-25

BVA, F-13/00

BVA 10F-14/02-25