

Nichtnachforderung fehlender Erklärungen (wertungsrelevante Erklärungen zu Brieflaufzeiten) seitens des Auftraggebers einen Ermessensfehler darstellte.

In seinen Entscheidungsgründen führte der Senat u.a. aus:

*„Es liegt auf der Hand, dass die Möglichkeit der Nachforderung nach Verstreichen der Angebotsfrist in besonderem Maße der Manipulationsgefahr ausgesetzt ist (...). Mangels Kenntnis der Bieter von der Bieterreihenfolge (nicht-öffentlicher Submissionstermin VOL) – anders als gemäß § 14 VOB/A – bestehen für die Bieter zwar weniger Möglichkeiten, durch Nachreichen von Erklärungen auf die Bieterreihenfolge Einfluss zu nehmen, aber (...).“*

Der Angebotseröffnungstermin im Anwendungsbereich der VOB/A ist teils öffentlich: die Bieter und ihre Bevollmächtigten dürfen zugegen sein, die Bieternamen und die Endbeträge der Angebote werden verlesen. Das hieraus sich ergebende Gefahrenpotenzial kann wie folgt beschrieben werden:

Bieter könnten bewusst und zielgerichtet zwingend vom Auftraggeber nachzufordernde Erklärungen und Nachweise in ihren Angeboten „vergessen“ und sich dann erst in Kenntnis der Angebotspreise der übrigen Bieter dazu entscheiden, ob sie (fristgemäß) nachliefern oder nicht.

Im Extremfall könnten sich gar miteinander korrespondierende Unternehmen – zumal in Fällen begrenzter Marktverfügbarkeit ausgeschriebener Produkte und Leistungen oder regional begrenzter Ausschreibungen – absprechen, wer nachliefert oder nicht, um öffentliche Aufträge untereinander zu verteilen.

Die Frage freilich stellt sich, ob und welche Reaktionsmöglichkeiten hierauf seitens der öffentlichen Auftraggeber bestehen.

Festzuhalten gilt zunächst, dass dem Auftraggeber die Hände gebunden sind: werden die von ihm verlangten aber fehlenden Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgereicht, ist das Angebot zwingend auszuschließen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 VOB/A).

Zu erwägen wäre, ob der öffentliche Auftraggeber bei künftigen Ausschreibungen die Eignung des Bieters in Frage stellen kann, falls dieser die fristgemäße Nichtnachreichung nicht plausibel erklärt hat. Ob dies de lege lata vergaberechtlich tatsächlich tragfähig ist, wird man indes mit guten Gründen durchaus auch in Frage stellen können; hierzu eine belastbare Antwort zu finden wird sicher noch einer zukünftigen Anstrengung be-

dürfen. Im Zuge der anstehenden Umsetzung der EG-Vergaberichtlinie 2014 in deutsches Recht hätte der Bundesgesetzgeber freilich für den Oberschwellenbereich hierzu die Gelegenheit.

### Fazit und Ausblick

Die Regelungen über die Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise erscheinen zwar auf den ersten Blick klar und deutlich, erweisen sich allerdings bei näherer Betrachtung doch als mit vielen Fragezeichen behaftet. Man kommt nicht umhin, sich den jeweiligen Sachverhalt genau anzuschauen und die Frage zu beantworten, ob etwas im körperlichen Sinne fehlt oder ob das Fehlen einer Erklärung sich (auch) auf den Angebotsinhalt auswirkt oder auswirken kann.

Die Rechtsprechungsbeispiele zeigen, dass hier durchaus Grauzonen bestehen, in denen nicht leicht Antworten zu finden sind.

Sicherlich verbessern die Nachforderungsmöglichkeiten bzw. die Nachfor-

derungspflichten die Bezuschlagung des jeweils wirtschaftlichsten Angebotes, mussten doch vor deren Einführung oftmals preislich deutlich günstigere Angebote wegen des Fehlens geforderter Erklärungen und Nachweise ausgeschlossen werden. Das verteuerte die Beschaffung in Einzelfällen teils erheblich.

Andererseits werden – wie aufgezeigt – hierdurch auch wiederum Manipulationsgefahren geschaffen, die es zu beseitigen gilt.

Einen wichtigen Beitrag zur Problemvermeidung – jedenfalls für den Bereich fehlender Nachweise – kann freilich auch der öffentliche Auftraggeber selbst leisten, indem er sich bei seinen Forderungen auf das Notwendigste beschränkt und nicht alles verlangt, was beispielsweise an Eignungsnachweisen auch forderbar ist. Hier und auch anderswo gilt nämlich: Weniger ist manchmal mehr.

## Ist der Streitwert den Streit wert?

### Unauskömmliche Honorarangebote von Planern und ihre vielen Folgen



*Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Ingenieurhonorare nach HOAI, Ingside, Bismarck*

**Immer häufiger weichen Planer bei der Berechnung ihres Honorars von ihrem ursprünglichen Angebot ab, sie fordern schlichtweg mehr Geld. Der Markt ist offenbar reif dafür. Welche Motive haben die Planer? Wie reagieren die öffentlichen Auftraggeber? Welche Rolle spielt das Vergaberecht und was kommt am Ende dabei heraus? Eine Analyse.**

#### Worum es geht

Unter dem Druck des Wettbewerbs machen Planer oft Angebote in denen sie die Leistung einseitig ändern und von denen sie genau wissen, dass sie zu diesen Konditionen nicht in der Lage sein werden die geforderten Leistungen zu erbringen. Sie versuchen später durch Vertrags- und Nachtragsmanagement das erforderliche Honorar nach zu verhandeln. Auftraggeber erteilen häufig auf solche Angebote

den Zuschlag. Am Ende kommt es zu deutlich höherem Honorar. Einigt man sich nicht, klagen die Planer zunehmend häufig das Mindesthonorar nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ein.

#### Was hat das mit dem Vergaberecht zu tun?

Während die Vergabe von Bau- und Lieferleistungen bis ins Kleinste geregelt ist,



kommt es bei der Vergabe von Planungsleistungen immer noch zu großen Unsicherheiten bzw. bewusster/unbewusster Kreativität. Das gilt vornehmlich für den Unterschwellenbereich. Über 90 % aller Vergaben von Ingenieur-/Architektenleistungen haben ein Volumen unterhalb des EU-Schwellenwertes. Sie könnten freihändig vergeben werden, was aber zumeist nicht geschieht. Vielmehr fertigen Auftraggeber mehr oder weniger ausführliche Texte für „Bieteranfragen“, „Angebotsaufforderungen“ o.Ä. und verschicken diese dann an mehrere Planungsbüros. Kern des Angebots sind dann die Planungsleistungen, bestehend aus den Leistungsphasen der HOAI. Beispiel:

„...fordere ich Sie auf, die Leistungsphasen 1–9 gem. dem Leistungsbild xy und Anlage xy zur HOAI anzubieten.“

Genau hierin liegt das Problem. Es ist immer auf der Leistungsseite und niemals auf der Honorarseite. Der Auftraggeber kann nicht beschreiben was er will, schreibt dies aber aus und unterwirft dessen Erfüllung dem Preiswettbewerb. Die einzige Krücke die er vermeintlich hat, ist die HOAI.

Der Planer/Bieter (hier Bieter A), der den Auftrag haben möchte, ist seinerseits kreativ und bietet die Leistungsphasen x + y zu einem gegenüber den preisrechtlichen Vorschriften der HOAI verminderten Satz an, was er regelmäßig damit begründet, dass man die eine oder andere Grundleistung dieser Leistungsphase gar nicht benötige.

Das bedeutet, dass der Auftraggeber die volle Leistung ausgeschrieben hat und Bieter A diese Leistungen und damit die Ausschreibungsbedingungen einseitig verringert. Im Anwendungsbereich von VOB/A und VOL/A würde dies zum sofortigen Wertungsausschluss des Bieters führen. Anders bei den Planungsleistungen: Statt Bieter A aus der Wertung zu nehmen oder zumindest die übrigen Bieter im Rahmen des unbedingten Gleichbehandlungsgrundsatzes über die verminderte Leistungsmenge (vorausgesetzt er ist damit überhaupt einverstanden) zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zu geben ihr Angebot darauf anzupassen, erteilt der Auftraggeber dem Mindestbietenden den Auftrag und teilt den übrigen Bietern mit, dass ihr Angebot bedauerlicherweise nicht das wirtschaftlichste sei.

Für die unterlegenen Bieter wird sich erst dann etwas an diesen Vergabeverstößen ändern, wenn sie auf einen wirksamen Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte zurückgreifen können.

## Das Verhalten der Planer

Sie stellen sich darauf ein und, sie machen mit. Denn der oben genannte Bieter A ist ja auch ein Planer.

Planer leben von Planungsaufträgen. Sie tun deshalb (fast) alles, um an solche Aufträge zu kommen. Sie unterscheiden sich dabei nicht von z.B. der Bauwirtschaft. Der Unterschied liegt im Bereich der Aufgabenbeschreibung (Leistungsanfrage), aber nicht im Angebotsverhalten.

Der Ordnungsgeber hatte in der amtlichen Begründung zur HOAI 2009 geschrieben, welches Ziel er verfolgt:

„Begründung

A. Allgemeines

1. Ausgangslage und Zielsetzung

*Mit der Reform der HOAI soll der Wettbewerb gefördert und der Bürokratieabbau vorangebracht werden. Deshalb wird der Anwendungsbereich der Honorarordnung in einen verbindlichen Teil und eine Anlage mit Kann-Vorschriften (ausgenommen die verbindlich geltenden Objektlisten) geteilt, um Auftraggeber/Auftraggeberinnen sowie Auftragnehmer/Auftragnehmerinnen mehr Freiraum zur Vertragsgestaltung zu lassen. Dies ist vor allem bei der Beauftragung moderner komplexer Planungsprozesse bedeutsam. Die Büros werden konsequenter als bisher zur betriebswirtschaftlichen Kalkulation und Vertragsgestaltung angehalten, was auch zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit und zu einer verstärkten Auslandsorientierung gerade von mittelständischen Büros beiträgt.“*

Mit anderen Worten: weg vom Preisrecht, hin zum Vertragsrecht! Die Planer beherzigen dies zunehmend und richten ein konsequentes Vertrags- und Nachtragsmanagement in ihren Unternehmen ein:

*„Wenn denn Preiswettbewerb gewollt ist, dann können wir den auch für unsere Zwecke nutzen“.*

meint man zu hören.

Bei den Privatgutachten wie bei den Gerichtsgutachten, die der Autor regelmäßig erstellt, zeigt sich immer, dass es an einer guten und richtigen Leistungsvereinbarung fehlt. Und genau das war schon immer das Einfallstor für Nachträge in der Bauwirtschaft. Warum sollte das bei den Planern anders sein?

Die Büros machen Angebote wie angefragt. Sie klären nicht mehr auf, geben keinen Rat mehr, zeigen den Auftraggebern nicht mehr auf, wie es besser gemacht werden könnte. Sie haben gelernt, dass der, der dies tut, verliert. Sie rüsten

sich und halten sich an das Vergaberecht. Sie fordern die Bedarfsplanung des Auftraggebers ein (vgl. erste Grundleistung in der Leistungsphase 1 in Anlagen 10 bis 15 HOAI).

Liegt diese nicht vor, schreiben die Planer eine Behinderungsanzeige. Sie tun es schon, noch vereinzelt, aber immer mehr. Was sie vorher, im Angebotsverfahren, am Honorar nachlassen mussten, holen sie sich später durch Nachträge zurück. Und, die HOAI gibt ihnen Recht. Das zwingende Preisrecht der HOAI ist so stark, dass es das Vertragsrecht bricht. Honorarvereinbarungen unterhalb der Mindestsätze sind unwirksam, mit der Folge, dass der Planer nach den Mindestsätzen abrechnen muss.

Am Ende wird also bezahlt, was man vorher ausrechnen konnte. Hatte das der Ordnungsgeber gemeint, als er mit der HOAI-Novellierung 2009 die Büros zu mehr betriebswirtschaftlicher Kalkulation und Vertragsgestaltung anhalten wollte?

## Ursache und Wirkung

Je größer eine Maßnahme ist, umso mehr geht es. Bieter buhlen mit den härtesten Bandagen um die größten Aufträge. Im Ergebnis werden nirgendwo so geringe Honorare (im Verhältnis zur Bausumme) vereinbart wie bei den großen Maßnahmen. Das hat System und unterliegt folgender Regel:

Der Auftraggeber weiß, dass er nach den Bestimmungen der HOAI für eine Planung z.B. 2,2 Mio. € Honorar zahlen müsste. Er weiß aber auch, dass er im Wettbewerb jemanden finden wird der bereit ist, die gleiche Leistung zu 1,0 Mio. € anzubieten, und, er findet ihn tatsächlich. Dem Auftraggeber ist auch bekannt, dass dieser Bieter später Nachträge stellen wird in einer Größenordnung von rd. 2,0 Mio. € und er weiß zuletzt, dass man sich einigen wird, auf etwa die Hälfte, also rd. 1,0 Mio. €. Im Ergebnis also hat der Auftraggeber statt 2,2 Mio. € „nur“ 1,0 + 1,0 = 2,0 Mio. € gezahlt und der Auftragnehmer hat bekommen was er wollte. Dass er zufrieden damit ist, liegt zum einen daran, dass er nicht wirklich um Honorar klagen will und zum anderen, dass die HOAI für große Maßnahmen „ordentliche“ Honorare verordnet.

Aus der Sicht des Auftragnehmers greift nach Auftragserteilung sein Vertrags- und Nachtragsmanagement und er „holt sich auf dem Nachtragswege das, was er eigentlich will“. Und er kann das, er hat die Macht dazu. Das Wirkgefüge der Macht und den typischen Eskalationsverlauf hat Rechtsanwalt Prof. Eschenbruch

(Kapellmann und Partner) in einer Grafik dargestellt.

Ab dem Point of no return ist der Auftraggeber an den Auftragnehmer gebunden. Er kann sich nicht mehr leisten, den Vertrag zu kündigen. Der finanzielle und der politische Schaden wären zu groß, der Zeitverzug wäre immens und Haushalte und Umzugstermine u.v.m. kämen restlos durcheinander.

Der Auftragnehmer seinerseits muss seine Ansprüche bis zu Abnahme durchgesetzt haben. Gelingt dies nicht, bleibt ihm zumeist nur die Klage, denn der Auftraggeber hat nun was er wollte, das fertige Bauwerk. Er hat nun kein Interesse mehr daran, den Auftragnehmer zur Fertigstellung zu motivieren.

Diese Machtkurve gilt für Planer genauso wie für die Bauwirtschaft und sie zeigt nichts anderes, als die Möglichkeiten konsequenten Vertragsmanagements.

## Die Reaktion der öffentlichen Auftraggeber

Ist also eigentlich alles ganz einfach und jeder macht am Anfang, was er will und erhält am Ende, was er möchte? Nicht ganz. Zunächst ist festzustellen, dass die Mehrheit der öffentlichen Auftraggeber schlichtweg nichts macht, um diese Situation zu verbessern. Sie wenden nach wie vor ihre Vertragsmuster an, in denen die Mutter aller Fehler enthalten ist, nämlich die Vermischung von Leistung und Honorar:

*„... beauftragen wir Sie mit den Leistungen der Leistungsphasen xxx gem. der HOAI.“*

Das Vertragsrecht (BGB) wird mit dem Honorarrecht (HOAI) vermischt, was zu den sattem bekannten Schwierigkeiten und vielen Honorarprozessen führt. Die einschlägigen Vertragsmuster enthalten sämtlich diesen Fehler. Betroffen sind die RBBau, das HVA-F-StB und das HIV-Was des Bundes ebenso wie das HIV-KOM in Bayern u.a.m.

Noch immer erteilen viel zu viele öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf Angebote von Planern, die einseitig die angefragten Leistungen abgeändert haben, statt sie nach den Bestimmungen des Vergaberechts von der Wertung auszuschließen.

Nur vereinzelt haben Auftraggeber erkannt, dass sie es sind, die am Ende doch die Zeche bezahlen, denn Preisrecht bricht Vertragsrecht.

Wie so oft im Leben fängt alles ganz vorn an, hier z.B. bei der Terminologie. Es wird „beschafft“ und „eingekauft“, von Einkäufern und zentralen Beschaf-

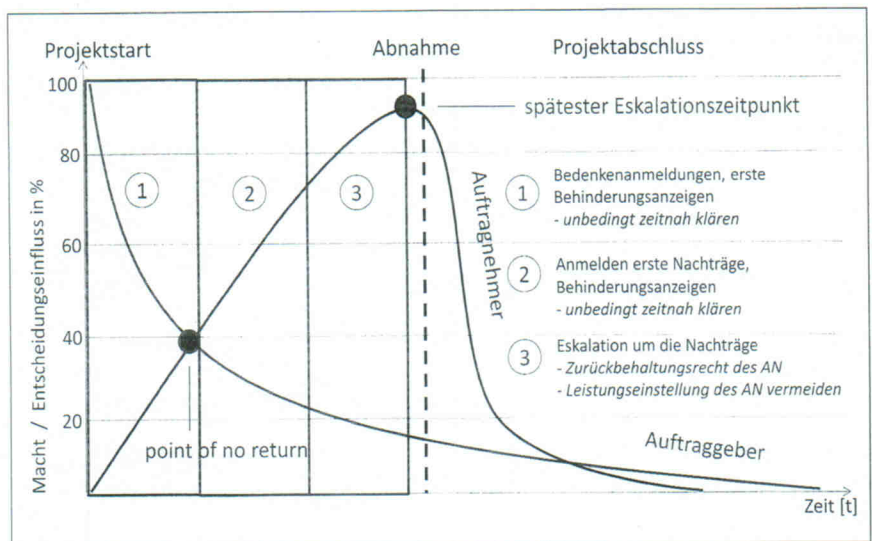


Bild 1: Die Machtkurve des Auftragnehmers, Quelle: RA Prof. Eschenbruch

fungsstellen. Dabei wissen viel zu oft die Auftraggeber wegen fehlender Bedarfsermittlung gar nicht, was sie eigentlich wollen, aber sie kaufen es schon einmal ein.

Es wäre auch im Interesse der Streitvermeidung (Honorarprozesse vor ordentlichen Gerichten) zu wünschen, dass bei der Vergabe von Planungsleistungen etwas mehr Energie in die Vorbereitung gesteckt wird. Diejenigen Auftraggeber, die das bereits tun, haben sehr gute Erfahrungen gemacht und zahlen keinen Cent mehr als die anderen. Aber sie wissen, was sie bekommen werden und die Bieter wissen, was sie anbieten (sollen).

## Was kommt denn am Ende heraus?

Der Streitwert kommt am Ende heraus. Wenn der Planer, der das Honorar nach den Mindestsätzen auf dem Klageweg beansprucht, seriös gearbeitet hat und sich bei der Ermittlung des Mindesthonorars an die Vorschriften der HOAI gehalten hat, dann kann er davon ausgehen, dass, sofern nicht einer der wenigen Ausnahmefälle vorliegt, ihm das Gericht das Mindesthonorar zusprechen wird, und zwar unabhängig davon, was er einmal angeboten hatte und was vertraglich vereinbart war.

Nun hat die EU ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet, mit dem Ziel, die HOAI als Handelshindernis abzuschaffen. Es ist anzunehmen, dass genau das irgendwann passiert, wahrscheinlich nicht so schnell wie die einen das wollen, aber wohl schneller als die anderen befürchten.

Die Frage ist, was kommt dann heraus? Wenn ein Auftrag, der weder eindeutig

noch erschöpfend beschrieben werden kann, aber im Preiswettbewerb vergeben wird, nicht einmal durch Mindestsätze begrenzt ist (mehr kann der Planer nämlich nicht fordern), dann werden die Auftraggeber wohl mehr zahlen müssen als sie heute denken.

## Gibt es Gewinner und Verlierer?

Projektmanagement wird schon seit langer Zeit von der Bauwirtschaft konsequent betrieben. Auftraggeber kennen das und ärgern sich oft darüber. Zumeist bleibt ihnen aber keine andere Wahl, als gute Miene zu bösem Spiel zu machen, denn in den allermeisten Fällen sind ihre nachträglichen Bauherrenwünsche und Änderungsanordnungen ausschlaggebend oder ihre Verträge sind schlichtweg schlecht.

Gewinner gibt es nicht, denn jeder erhält am Ende das, was er wollte: der eine das Bauwerk, für das er im Projektverlauf den Preis nachträglich bezahlt, den er im Vergabeverfahren zu verhindern suchte, von dem er aber genau weiß, dass er ihn wird bezahlen müssen. Der andere bekommt das Geld, was er benötigt und was er im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht anbieten konnte weil er sonst den Auftrag nicht erhalten hätte.

Verlierer gibt es in diesen Gruppen auch nicht. Denn niemand ist benachteiligt. Am Ende kommt genau das heraus, was Fachleute schon im Vorfeld wussten.

Verlierer aber gibt es bei denen, die sich bescheidener geben müssen, die nicht die großen Aufträge an Land ziehen können. Büros mit nur wenigen Mitarbeitern, die in ländlich geprägten Strukturen ihre Auftraggeber persönlich über viele Jahre hinweg kennen, können nicht so einfach mit Vertrags- und Nachtragsmanagement



ihre Situation verbessern. Sie setzen sonst ihre Existenz aufs Spiel. Aber die Auftraggeber in diesen ländlichen Strukturen handeln ebenso wie diejenigen in Ballungsgebieten. Auch sie fordern drei oder mehr Bieter auf zur Angebotsabgabe, auch sie erteilen den Zuschlag im Preiswettbewerb. D.h., in diesen „kleinen Strukturen“ stimmt die Machtkurve von Prof. Eschenbruch nicht, noch nicht.

Diejenigen Planer, die das Mindesthonorar erfolgreich eingeklagt haben, verlieren keineswegs automatisch den Auftraggeber. Vielmehr gibt es sehr viele Fälle, in denen die beiden Parteien weiterhin zusammenarbeiten.

Dennoch ist die Sorge um den Verlust des Auftraggebers berechtigt und hält insbesondere kleinere Büros davon ab, um das Honorar vor Gericht zu streiten.

Ob der Streitwert den Streit wert war, ist regelmäßig eine reine betriebswirtschaftliche Frage.

## Fazit

Planungsleistungen im Preiswettbewerb zu vergeben ist nur eine suboptimale Lösung. Der wahre Preis zeigt sich immer erst später, vor allem dann, wenn man wegen fehlender Bedarfsermittlung im Vorhinein gar nicht genau weiß, was man eigentlich braucht.

Den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, das die Leistungsanfrage einseitig geändert hat (reduzierte Leistungsphasen), verstößt gegen den vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung. Werden tatsächlich nicht alle Grundleistungen benötigt, dann sind die übrigen Bieter darüber zu informieren und ihnen ist Gelegenheit zu geben, ihr Angebot zu überarbeiten.

Das Verhalten der Auftraggeber, ohne Rücksicht auf Vergaberecht und Preisrecht Planungsaufträge zu erteilen, führt bei den Planern zu Lernprozessen, an deren Ende konsequentes Vertrags- und Nachtragsmanagement steht.

Sämtliche Versuche das erfolgreiche Nachtragsbegehren der Bauwirtschaft vertraglich zu unterbinden, sind gescheitert. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass das bei Planern anders ein sollte. Und das steht in keinerlei Zusammenhang mit dem Fortbestehen der HOAI.

Planer, die das HOAI-Mindesthonorar gerichtlich geltend machen, erhalten dies in aller Regel, gleich, was vertraglich vereinbart wurde.

Ob sich eine Honorarklage lohnt, ist eine rein betriebswirtschaftliche Frage.

# Gefahr erkannt, Gefahr gebannt

## Die Risikoanalyse in Rechtsgutachten am Beispiel von Inhouse-Geschäften



Thomas Lauterbach, Duisburg

**Führungskräfte in Behörden sind zur Vorbereitung von Entscheidungen mit großer wirtschaftlicher oder politischer Tragweite häufig auf juristische Gutachten angewiesen. Nach meiner Erfahrung beschränkt sich deren Inhalt jedoch allzu oft auf die Darstellung abstrakter juristischer Auslegungsfragen. Viel zu selten äußern sich die Gutachten zu dem tatsächlichen Risikopotenzial der vorgeschlagenen Lösung. Wie eine solche Risikoanalyse aussehen kann, zeigt der Beitrag am Beispiel eines geplanten Inhouse-Geschäfts.**

Nach meiner Erfahrung vermag der Leser vieler juristischen Gutachten, selbst wenn er über einschlägigen Sachverstand verfügt, Unwägbarkeiten nur schwer einzuschätzen. Vielfach besteht sogar die irrierte Vorstellung, dass ein Rechtsgutachten vor Schadenersatz und persönlicher Verantwortung befreien könne.

Nach herkömmlichem Verständnis analysiert der juristische Gutachter unter Auswertung gerichtlich entschiedener Einzelfälle, juristischer Kommentarliteratur und Äußerungen im Schrifttum einen konkreten Sachverhalt auf dessen mögliches Ergebnis hin. Dabei lässt er sich davon leiten, dass im Allgemeinen bereits entschiedene, ähnlich gelagerte Sachverhalte oder gar ständige Rechtsprechung der Gerichte erwarten lassen, dass man auch in dem aktuell zu begutachtenden Fall zu dem gleichen Ergebnis kommt.

Ein bestimmtes Ergebnis lässt sich immer dann nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersagen, wenn keine, widersprüchliche oder nur vereinzelte Erkenntnisse vorliegen. Der juristische Gutachter bezeichnet in diesen Fällen die von ihm favorisierte Lösung als „vertretbar“ oder „gut vertretbar“. Mit diesen Begriffen wird letztlich nur erklärt, dass der Verfasser sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen unter Beachtung der juristischen Methodik erstellt hat. Eine Aussage zu dem tatsächlichen Risikopotenzial des vorgeschlagenen Lösungsweges findet sich fast nie.

Oftmals ähneln derartige Begutachtungen einer juristischen Hausarbeit, für deren Erfolg die Auswertung und rechtliche Würdigung einer möglichst großen Bandbreite verfügbarer Äußerungen aus Rechtsprechung und Literatur gefordert ist. Was dieser Art juristischer Begutachtung fehlt, ist eine über die immanentjuristische Methodik hinausgehende Analyse konkreter wie allgemeiner, insbesondere wirtschaftlicher Risiken des vorgeschlagenen Lösungsweges.

Recht findet bekanntermaßen nicht in einem abstrakten Raum statt, sondern wird durch Personen gestaltet. Deshalb scheint es mir gerade bei Entscheidungen mit erheblichen wirtschaftlichen und/oder politischen Auswirkungen unbedingt angezeigt, auch das mögliche Verhalten am Geschehen konkret beteiligter Personen und Institutionen – Gerichte, Vertragsparteien, Verbände – in den Blick zu nehmen.

Das Vergaberecht mit häufigen Änderungen in der nationalen Gesetzgebung und mit der oftmals damit verbundenen zusätzlichen Verpflichtung, auch die europarechtlichen Grundlagen im Sinne der praktischen Wirksamkeit (effet utile) in die Beurteilung einzubeziehen, bietet mit seinen Unsicherheiten in der Würdigung eines komplexen Rechtsgeflechts ein gutes Beispiel für eine, über die reine juristische Deduktion hinausgehende Risiko-