BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 201/08

Verkündet am:
25. November 2010
Schick,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 133 B, 157 D

Ein Zuschlag in einem durch ein Planfeststellungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt im Zweifel auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können und das Zuschlagsschreiben des Auftraggebers den Hinweis auf später "noch mitzuteilende exakte Fristen" enthält (Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH, Urteil vom 25. November 2010 - VII ZR 201/08 - OLG Dresden
LG Dresden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Kuffer, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 10. September 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage hinsichtlich des Nachtrags 15 abgewiesen worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin fordert als Auftragnehmerin von der beklagten Bundesrepublik Deutschland Mehrvergütung aufgrund einer Veränderung der Bauzeit.

2 Die Beklagte schrieb Bauarbeiten für zwei Brückenbauwerke (BW 38 und BW 40) im Rahmen des Ausbaus der BAB A 4 aus. Das Los war gemäß den Ausschreibungsbedingungen in zwei Bauabschnitte unterteilt, wobei die Arbeiten am ersten Bauabschnitt vom 1. Februar 1995 bis 31. August 1995 dauern sollten; im zweiten Bauabschnitt war der 2. Januar 1996 als Baubeginn und der

31. Juli 1996 als Fertigstellungstermin vorgesehen. Die Klägerin gab am 29. November 1994 ein Angebot ab. Wegen Verzögerungen im Planfeststellungsverfahren bat die Beklagte die Klägerin in der Folgezeit zweimal um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist. Die Klägerin war damit einverstanden, bei der zweiten Zustimmungserklärung "vorbehaltlich der noch ausstehenden Klärung der Vergütung der Mehrkosten durch die Bauzeitverschiebung". Am 13. Februar 1995 führten die Parteien ein Aufklärungsgespräch durch; in der hierüber gefertigten Niederschrift wurde unter anderem vermerkt, dass die genauen Ausführungsfristen mit dem Zuschlagsschreiben benannt würden. Am 4. April 1995 erhielt die Klägerin den Zuschlag. In dem Schreiben heißt es u.a.:

> "... Ihr Angebot vom: 29.11.1994 ... aufgrund Ihres vorbezeichneten Hauptangebotes ... erhalten Sie ... den Zuschlag.
> Die Niederschrift vom 13.02.1995 ist Vertragsbestandteil.
> Die Bauzeiten werden wie folgt festgelegt:
>
> | | |
> |---|---|
> | BW 38 und 40 | BA I |
> | Baubeginn: | 18.04.1995 |
> | Bauende: | 30.10.1995 ... |
>
> Nach Überarbeitung der Gesamtablaufplanung werden Ihnen kurzfristig die exakten Fristen für die II. Bauabschnitte mitgeteilt ..."

3 Diese Mitteilung erfolgte mit Schreiben vom 3. Juli 1996, in dem der Baubeginn für den 1. August 1996 und das Bauende für den 11. April 1997 (BW 38) bzw. den 13. Juni 1997 (BW 40) vorgesehen war.

4 Die Klägerin führte die Arbeiten durch. Mit Schreiben vom 13. März 1996 meldete sie Mehrkosten wegen der Verschiebung des Baubeginns im zweiten Bauabschnitt an, die sie im Nachtragsangebot Nr. 15 vom 22. Januar 1998 nä-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

her aufschlüsselte. Darin machte sie Kosten für zusätzliche Geräte- und Gerüstvorhaltung, für Gehälter der Bauleiter und des Poliers sowie deren Fahrtkosten und Mehrkosten wegen des strengen Winters geltend. Die Beklagte lehnte eine Zahlung ab.

5 Das Landgericht hat der Klage insgesamt in Höhe von 217.901,18 € stattgegeben, hinsichtlich des Nachtrags 15 in Höhe von 40.536,29 €. Auf die Berufung der Beklagten hin hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat bezüglich des Nachtrags 15 zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren um weitere Zinsen erhöhten zweitinstanzlichen Antrag verfolgt.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt im Umfang der Zulassung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass ein Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung nicht bestehe.

8 Ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. komme nicht in Betracht, weil es an einer Anordnung der Beklagten nach Vertragsschluss fehle. Es ergebe sich bereits aus den Ausschreibungsunterlagen, dass zwischen den beiden Bauabschnitten eine viermonatige Pause liegen solle. Zudem sei bei der Besprechung

vom 13. Februar 1995 darauf hingewiesen worden, dass die Ausführungsfristen erst mit dem Zuschlag benannt würden. Damit habe die Klägerin das Risiko der zeitlichen Verschiebung schon vor dem Vertragsschluss gekannt. Das Zuschlagsschreiben, in dem die Festsetzung der Ausführungsfristen angekündigt werde, enthalte eine Änderung gegenüber der Ausschreibung. Darin liege ein geändertes Angebot, sodass gemäß § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A a.F. zunächst kein Vertrag zustande gekommen sei. Durch die widerspruchslose Aufnahme der Arbeiten habe die Klägerin dieses geänderte Angebot angenommen. An dem bewusst übernommenen Risiko müsse sie sich festhalten lassen. Die Fallgestaltung sei nicht mit den Fällen vergleichbar, in denen eine verspätete Zuschlagserteilung erfolge. Denn anders als dort habe die Klägerin hier gewusst, dass sie sich auf ein kalkulatorisches Risiko einlasse. Zwar dürften dem Bieter in einem Vergabeverfahren keine ungerechtfertigten Wagnisse aufgebürdet werden. Andererseits bestehe auch kein Grund, ihm die Übernahme klar erkennbarer Risiken im Wettbewerb zu versagen. Das Verzögerungsrisiko habe für alle Bieter gleicher Weise bestanden.

II.

9 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

10 1. Ein Mehrvergütungsanspruch der Klägerin kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden. Diese beruht auf einer unzutreffenden Auslegung der von den Parteien im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebenen Willenserklärungen.

11 Die dem Tatrichter obliegende Auslegung von Individualvereinbarungen unterliegt allerdings nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung

dahin, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, BauR 2010, 1921 = NZBau 2010, 622, Rn. 13, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 255/08, BauR 2009, 1908 = NZBau 2009, 781 = ZfBR 2010, 94, Rn. 18 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Auslegungsstoff unberücksichtigt gelassen, die Interessen der Parteien in seine Erwägungen nicht genügend einbezogen und den Grundsatz einer im Zweifel vergaberechtskonformen Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt. Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis nicht gebunden; da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, kann er die Auslegung selbst vornehmen.

12 2. a) Noch zu Recht ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den vom Senat im Urteil vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47, Rn. 22-27) entwickelten Grundsätzen stillschweigend davon ausgegangen, dass die einfache Bindefristverlängerung durch einen Bieter nur die Bedeutung hat, dass das ursprüngliche Vertragsangebot inhaltlich konserviert und die rechtsgeschäftliche Bindungsfrist an das Angebot gemäß § 148 BGB, zugleich Bindefrist nach § 19 Nr. 3 VOB/A a.F., verlängert werden soll. Eine Abänderung des Angebots hinsichtlich der Ausführungstermine ist damit nicht verbunden (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, aaO, Rn. 14). Ohne Belang ist, dass sich die Klägerin in ihrer zweiten Zustimmungserklärung die Klärung der Vergütung der Mehrkosten wegen der Bauzeitverschiebung vorbehalten hat. Denn damit hat sie die Vergabebedingungen nicht abändern wollen, sondern sich lediglich eventuelle Rechte aus dem abzuschließenden Vertrag vorbehalten. Ebenso lässt es keinen Rechtsfehler erkennen, dass das Berufungsgericht stillschweigend davon ausgegangen ist, der in der Niederschrift

des Aufklärungsgesprächs vom 13. Februar 1995 aufgenommene Vermerk, wonach die genauen Ausführungsfristen im Zuschlagsschreiben benannt würden, beinhalte weder eine Abänderung des Angebots der Klägerin noch der Ausschreibungsbedingungen der Beklagten.

13 b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, die Beklagte habe das hiernach unveränderte Angebot der Klägerin vom 29. November 1994 mit ihrem Zuschlagsschreiben vom 4. April 1995 in der Weise verändert angenommen, dass anstelle der Vereinbarung über die ausgeschriebenen Fristen eine Vereinbarung derart getroffen worden sei, dass die Beklagte berechtigt ist, die Ausführungsfristen für den zweiten Bauabschnitt später bekannt zu geben und die Klägerin verpflichtet ist, ihre Leistungen zu dem bekannt gegebenen Zeitpunkt und zur angebotenen Vergütung zu erbringen.

14 aa) Der Grundsatz der vergaberechtskonformen Auslegung bedingt, dass der Zuschlag in einem Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung von Bauleistungen regelmäßig so auszulegen ist, dass er sich auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht und zwar auch dann, wenn eine neue Bauzeit angesprochen wird, das Zuschlagsschreiben insgesamt aber nicht eindeutig ergibt, dass der Vertrag nur zu bestimmten veränderten zeitlichen Bedingungen geschlossen werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, aaO, Rn. 18 zum Fall bereits im Zuschlagsschreiben genannter neuer Fristen). Denn dem öffentlichen Auftraggeber ist es grundsätzlich nicht gestattet, während des Vergabeverfahrens mit den Bietern über Änderungen der Angebote und Preise zu verhandeln. Der Auftraggeber ist an das Nachverhandlungsverbot noch im Zeitpunkt des Zuschlags an den Bieter gebunden, weil andernfalls der hiermit verbundene Schutz des Wettbewerbs und der Bieter im Vergabeverfahren unvollkommen wäre. Will der öffentliche Auftraggeber mit dem Zuschlag gleichwohl von dem Angebot eines Bieters ab-

weichen, muss er das in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringen. Geschieht dies nicht hinreichend deutlich, kommt der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, aaO, Rn. 19 m.w.N.).

15 Bei der Auslegung des Zuschlags muss zudem berücksichtigt werden, dass der Zuschlag auf das unveränderte Angebot mit den bereits obsolet gewordenen Fristen und Terminen die einzige Möglichkeit ist, das wesentliche Ziel eines Vergabeverfahrens, es mit einem Vertragsschluss zu beenden, mit Sicherheit zu erreichen. Damit entspricht es regelmäßig dem wohlverstandenen Interesse des öffentlichen Auftraggebers und der Bieter, den Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zu schließen. Das hat der Senat bereits im Einzelnen dargelegt. Hierauf wird Bezug genommen (BGH, Urteile vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, aaO, Rn. 20-23; vom 22. Juli 2010 - VII ZR 129/09, BauR 2010, 1928 = NZBau 2010, 628, Rn. 27-30).

16 bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht ausreichend beachtet. Es hat sich deshalb der Möglichkeit verschlossen, den Zuschlag in der Weise auszulegen, dass der Auftrag jedenfalls zum zweiten Bauabschnitt auch hinsichtlich der Bauzeit ohne Abweichungen zum Angebot erteilt wird und der Hinweis auf später mitzuteilende Fristen nichts anderes ist als die Einleitung einer derzeit noch nicht möglichen, später jedoch zwingend erforderlichen einverständlichen Anpassung der Bauzeit an die tatsächlichen Gegebenheiten.

17 Das Berufungsgericht hat sich schon nicht ausreichend mit dem gesamten Wortlaut des Zuschlagsschreibens auseinander gesetzt. Danach sollte der Klägerin unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ihr "Angebot vom 29.11.1994" und "aufgrund Ihres vorbezeichneten Angebotes" der Auftrag erteilt werden. Das spricht gegen eine Änderung der in den Ausschreibungsunterlagen vorge-

sehenen Bauzeit. Insbesondere lässt die Erklärung, die exakten Fristen für den zweiten Bauabschnitt würden nach Überarbeitung der Gesamtablaufplanung mitgeteilt, nicht erkennen, dass damit eine vom Vertrag abweichende Bauzeitenregelung getroffen werden sollte. Insoweit fehlt es bereits an der Benennung neuer Termine, die als verbindliche Abweichung von den in der Ausschreibung genannten Fristen verstanden werden könnten.

18 Der Verweis auf noch mitzuteilende "exakte Fristen" lässt sich bei interessengerechter Auslegung nicht so verstehen, dass damit, wie das Berufungsgericht offenbar meint, die ausgeschriebenen Fristen verbindlich entfallen bzw. nicht mehr gelten sollten. Denn Erklärungen im Rahmen des formalisierten Vergabeverfahrens sind regelmäßig so zu verstehen, dass sie im Einklang mit vergaberechtlichen Bestimmungen stehen (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771 = ZfBR 2010, 89, Rn. 20). Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung verstößt indes gegen § 9 Nr. 2 VOB/A a.F., weil der Klägerin ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet wird. Dieses liegt darin, dass sie an ihrem Angebotspreis ohne Kenntnis aller relevanten Umstände - wozu die Ausführungszeiten zentral gehören - festgehalten wird (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, aaO). Es wird entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dadurch beseitigt, dass die Klägerin das Risiko der Bauzeitverschiebung seit der Vergabeverhandlung kannte.

19 Ohne Relevanz ist auch, dass bereits in dieser Verhandlung festgehalten wurde, dass die Beklagte die genauen Ausführungsfristen mit dem Zuschlagsschreiben benennt. Hiermit ist offenbar lediglich dem Problem Rechnung getragen worden, dass die ausgeschriebenen Bauzeiten nicht eingehalten werden können. Der Beklagten ist die Initiative zugeteilt worden, neue Bauzeiten zu benennen. Das ist ein üblicher Vorgang, der den tatsächlichen Gegebenheiten

Rechnung tragen soll, jedoch weder mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck bringt, dass der Vertrag mit Änderungen geschlossen wird, noch der Notwendigkeit einer Einigung über die neuen Ausführungsfristen entgegensteht.

20 cc) Die interessengerechte Auslegung ergibt unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Zuschlagsschreibens vom 4. April 1995, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin jedenfalls hinsichtlich des zweiten Bauabschnitts, für den die Klägerin Mehrvergütung begehrt, unverändert auch hinsichtlich der Bauzeiten angenommen hat. Der mit der - unter Zugrundelegung einer viermonatigen Unterbrechung zwischen den Bauabschnitten - nicht mehr durchführbaren Bauzeit zustande gekommene Vertrag enthält nach der Rechtsprechung des Senats die Einigung darüber, dass die Parteien den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue, dem absehbaren Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch noch eine Einigung herbeiführen wollen. Ein ersatzloser Wegfall der Fristen entspricht nämlich nicht dem Interesse der Parteien. Diese sind nach dem Vertrag vielmehr verpflichtet, sich über eine neue Bauzeit zu einigen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Rn. 44). Dieser Verpflichtung entspricht der Hinweis der Beklagten im Zuschlagsschreiben auf die anstehende Mitteilung der exakten Fristen für den zweiten Bauabschnitt. Er leitet diese Einigung ein, ohne dass es darauf ankommt, inwieweit die Klägerin von vornherein bereit gewesen sein mag, die Vorschläge der Beklagten zu akzeptieren.

21 c) Zugleich mit der Bauzeit ist auch der vertragliche Vergütungsanspruch anzupassen. Die Vermutung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung gilt bei einem Bauvertrag nicht unabhängig von der vereinbarten Leistungszeit, weil diese regelmäßig Einfluss auf die Vereinbarung der Höhe der Vergütung des Auftragnehmers hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, aaO, Rn. 25). Deshalb hat die durch ein verzögertes Vergabe-

verfahren bedingte Änderung der Leistungszeit auch zur Folge, dass die Parteien sich über eine Anpassung der Vergütung verständigen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Rn. 49). Zu einer solchen Einigung ist es hinsichtlich des streitigen Nachtrags 15 nicht gekommen. Damit existiert eine zu schließende Regelungslücke. Der vertragliche Vergütungsanspruch ist in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Diese Vorschrift haben die Parteien mit der Einbeziehung der VOB/B als angemessene Regel bei einer durch den Auftraggeber veranlassten Änderung der Grundlagen des Preises vereinbart. Ihre Grundsätze führen auch im Falle der Verschiebung der Bauzeit aufgrund eines verzögerten Vergabeverfahrens im Rahmen der berechtigten Interessen der Parteien zu angemessenen Lösungen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Rn. 49-58).

III.

22 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da zu den weiteren Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs noch Feststellungen zu treffen

sind. Insoweit verweist der Senat auf seine Ausführungen im Urteil vom 10. September 2009 (VII ZR 152/08, aaO, Rn. 41-45).

Kniffka Kuffer Eick

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Dresden, Entscheidung vom 30.10.2007 - 3 O 2651/00 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 10.09.2008 - 6 U 1978/07 -