BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 202/09

Verkündet am:
8. März 2012
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 133 C, § 157 Ge; VOB/B § 2 Nr. 5

a) Ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B kann dem der Verlängerung der Bindefrist zustimmenden Auftragnehmer wegen einer verzögerten Vergabe grundsätzlich nur erwachsen, wenn diese eine Änderung der Leistungspflichten zur Folge hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47).

b) Maßgeblich für die in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B zu ermittelnde Höhe des Mehrvergütungsanspruchs, der auf einer durch eine verzögerte Vergabe verursachten Bauzeitverschiebung beruht, sind grundsätzlich nur diejenigen Mehrkosten, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind (Bestätigung von BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771 = ZfBR 2010, 89).

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann einem Auftragnehmer ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe des Betrages zustehen, der sich aus der Differenz zwischen den tatsächlich durch die Beauftragung eines Nachunternehmers entstandenen Kosten und denjenigen Kosten ergibt, die für ihn bei Einhaltung der ursprünglichen Bauzeit durch die Annahme des bindenden Angebots eines günstigeren Nachunternehmers entstanden wären.

BGH, Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 202/09 - KG
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick und den Richter Halfmeier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 1. Dezember 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 259.273,39 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Sache wird in diesem Umfang 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 - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - eine Mehrvergütung auf Grund eines verzögerten Zuschlags im Vergabeverfahren und der sich daraus ergebenden Veränderung der Bauzeit.

2 Die Klägerin unterbreitete der Beklagten nach öffentlicher Ausschreibung am 16. Dezember 2003 ein Angebot mit 26 Nebenangeboten für ein Teillos des

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Neubaus der Bundesautobahn A 38. Entsprechend den der Ausschreibung zugrundeliegenden Besonderen Vertragsbedingungen sollte die Ausführung der Arbeiten frühestens 14 Werktage nach Zuschlagserteilung beginnen und bis spätestens zum 30. September 2005 beendet sein.

3 Nach den Ausschreibungsbedingungen war die Klägerin an ihr Angebot bis zum Ende der Zuschlagsfrist am 24. März 2004 gebunden. Sie hatte für Brückenbauarbeiten als Nachunternehmerin die Sch. GmbH, deren Angebot an die Klägerin vom 10. Dezember 2003 mit einer Summe von 1.447.426,16 € netto endete und seinerseits bis zum 7. April 2004 befristet war, benannt.

4 Wegen der Wertung zahlreicher Nebenangebote erklärte sich die Klägerin auf Bitte der Beklagten mit einer Verlängerung der Bindefrist zunächst bis zum 30. April 2004 und schließlich bis zum 7. Mai 2004 einverstanden. An diesem Tag erteilte die Beklagte der Klägerin den Zuschlag für das Teillos 1 über 17.519.636,07 € netto.

5 Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Interesse - vorgetragen, die Sch. GmbH habe sich geweigert, ihre Bindungsfrist über den 7. April 2004 hinaus zu verlängern. Sie sei nach Erteilung des Zuschlags nicht mehr bereit gewesen, die Leistungen zu dem angebotenen Preis auszuführen. Die Klägerin habe daher als Nachunternehmerin die teurere E. GmbH & Co. KG beauftragen müssen, was zu einer Mehrvergütung von insgesamt 259.273,39 € brutto geführt habe. Unter anderem diesen Betrag macht sie als Mehrkosten wegen verzögerter Vergabe und Verschiebung der Ausführungszeit geltend.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden. Mit der vom Senat insoweit zugelassenen Revision

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

verfolgt die Klägerin ihren Mehrvergütungsanspruch in Höhe von 259.273,39 € weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I.

8 Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung wegen Vergabeverzögerung und Verschiebung der Ausführungsfristen für nicht gegeben. Es lässt offen, ob eine Verschiebung der Ausführungszeiten stattgefunden habe, weil die geltend gemachte Mehrvergütung nicht Folge eines etwa verschobenen Ausführungszeitraumes sei. Die Mehrkosten beruhten vielmehr allein darauf, dass der Zuschlag verspätet erfolgt sei. Selbst wenn dies eine Verschiebung der Ausführungszeit zur Folge gehabt habe, habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass die geltend gemachte Mehrvergütung darin begründet sei. Zwar komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Bezug auf Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 82/08, BGHZ 182, 218) bei verzögerter Vergabe eine Preisanpassung im Wege ergänzender Vertragsauslegung in Betracht, wenn der Vertrag eine Regelungslücke aufweise, weil sich

durch die Verzögerung die vereinbarten Leistungspflichten geändert haben und es bei den vereinbarten Ausführungsfristen nicht bleiben könne.

9 Die Klägerin trage aber weiterhin das kalkulatorische Risiko, dass sie infolge der Verzögerung des Vergabeverfahrens Fremdleistungen zu höheren Preisen einkaufen müsse. Dieses gehe nicht deshalb auf die Beklagte über, weil sich durch Vergabeverzögerung zugleich eine Bauzeitverschiebung ergebe. Auch bei Einhaltung der Bauzeit habe die Klägerin auf das teurere Angebot der E. GmbH & Co. KG zurückgreifen müssen, denn nach eigenem Vortrag der Klägerin sei die Sch. GmbH nach Erteilung des Zuschlages nicht mehr bereit gewesen, die Leistungen zu dem angebotenen Preis auszuführen. Das habe mit der Verschiebung der Ausführungszeit nichts zu tun.

10 Die Klägerin trage zwar in Reaktion auf das zitierte BGH-Urteil und in Widerspruch zum vorherigen Vortrag nunmehr vor, dass sie die Leistungen des Nachunternehmers E. GmbH & Co. KG deshalb teurer habe einkaufen müssen, weil die Ausführungszeit sich verlängert habe und die Sch. GmbH deshalb der Verlängerung ihrer Bindefrist nicht zugestimmt habe. Diese Behauptung sei jedoch unzureichend, weil die Klägerin zur Motivation der Sch. GmbH nicht ausreichend vortrage. Offenbar habe die Sch. GmbH zunächst einer Bindefristverlängerung bis 30. April 2004 zugestimmt. Es sei schwer vorstellbar, dass eine weitere Verzögerung um nur eine Woche bei einem solchen Großbauvorhaben den Ausschlag für die nunmehrige Verweigerung der Verlängerung der Bindefrist gegeben haben solle.

11 Der Auftrag an den Nachunternehmer E. GmbH & Co. KG beruhe daher allein auf der Verschiebung des Zuschlags. Damit habe sich lediglich das Kalkulationsrisiko der Klägerin verwirklicht.

II.

12 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

13 1. Voraussetzung für eine Anpassung der Vergütung ist eine durch die verzögerte Vergabe bedingte Änderung der vertraglichen Bauzeit (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 44 ff.). Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob der vertragliche Ausführungszeitraum verschoben wurde. Davon ist jedoch nach den getroffenen Feststellungen ohne Weiteres auszugehen. Nach dem Vertrag sollte die Bauausführung frühestens 14 Werktage nach Erteilung des Zuschlags beginnen. Danach liegt eine zur Vertragsanpassung führende Bauzeitverschiebung schon dadurch vor, dass der Vertrag einen frühesten Baubeginn ermöglichte, der nach der Verschiebung des ursprünglich vorgesehenen Zuschlagstermins nicht eingehalten werden kann.

14 2. Der Senat hat in einem gleichgelagerten Fall (Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771 = ZfBR 2010, 89) bereits darauf hingewiesen, dass für die Ermittlung der Höhe der nach ergänzender Auslegung des Vertrages zu zahlenden Mehrvergütung nur diejenigen Mehrkosten Berücksichtigung finden, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind. Sie ergeben sich im rechtlichen Ausgangspunkt aus der Differenz zwischen den Kosten, die bei dem Auftragnehmer für die Ausführung der Bauleistung tatsächlich angefallen sind und den Kosten, die er bei Erbringung der Bauleistung in dem nach der Ausschreibung vorgesehenen Zeitraum hätte aufwenden müssen (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, aaO Rn. 42). Diese Preise entsprechen nicht notwendig den in der Angebotskalkulation des Unternehmers angesetzten Beschaffungskosten. Zwar ist davon auszugehen, dass er seine Preise für die

ausgeschriebene Bauzeit kalkuliert und angeboten hat. Aus diesen Angebotspreisen ergeben sich mithin die Preisgrundlagen, die nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B Ausgangspunkt für die Bildung eines neuen Preises unter Berücksichtigung der Mehrkosten sind. In welchem Umfang es zu Erhöhungen der Einkaufspreise gekommen ist, die bei der Bildung des neuen, diese Mehrkosten umfassenden Preises zu berücksichtigen sind, hängt indes nicht von den kalkulatorischen Annahmen des Unternehmers ab. Denn diese Annahmen gehören nicht zur Geschäftsgrundlage. Maßgebend sind vielmehr die Preise, die der Auftragnehmer bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätte zahlen müssen (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, aaO Rn. 43).

15 Auf dieser Grundlage hat der Senat für die Berechnung des Mehrvergütungsanspruches bei einer durch Vergabeverzögerungen bedingten Bauzeitverschiebung weiter ausgeführt, dass die für die Berechnung der Preissteigerung auf der einen Seite relevanten Aufwendungen für Baustoffe, Material und die hier in Rede stehenden Nachunternehmerleistungen, welche der Auftragnehmer bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätte tragen müssen, in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte den Marktpreisen im Zeitpunkt des geplanten Baubeginns entsprechen können. Soweit der Auftragnehmer allerdings schlüssig darzulegen vermag, dass er bei geplantem Bauablauf - der Üblichkeit entsprechend oder aufgrund besonderer Umstände im konkreten Einzelfall - Nachunternehmerleistungen zu einem früheren Zeitpunkt oder zu anderen Preisen eingekauft hätte, ist dies maßgeblich (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, aaO Rn. 44).

16 3. Bei Anwendung dieser Grundsätze, an denen der Senat festhält, kann der Klägerin ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe des Betrages zustehen, der sich aus der Differenz zwischen den tatsächlich durch die Beauftra-

gung der E. GmbH & Co. KG entstandenen Nachunternehmerkosten und denjenigen Kosten ergibt, die für die Klägerin bei Ausführung der Nachunternehmerleistungen zu den von der Sch. GmbH mit Bindung bis zum 7. April 2004 angebotenen Preisen angefallen wären.

17 a) Die Klägerin hat schlüssig dargelegt, dass sie bei Einhaltung der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit die Sch. GmbH zu den von dieser am 10. Dezember 2003 angebotenen Preisen beauftragt hätte.

18 Mit Rücksicht auf die im Ausgangsvertrag getroffene Bauzeitregelung musste sich die Klägerin darauf einrichten, frühestens 14 Werktage nach der Erteilung des Zuschlags zum ursprünglich vorgesehenen Zeitpunkt am 24. März 2004 mit der Ausführung der Bauarbeiten beginnen zu müssen, also am 10. April 2004. Weil die Beauftragung eines Nachunternehmers vor der Erteilung des Zuschlags regelmäßig nicht in Betracht kommt, hätte sie hier erst nach dem 24. März 2004 erfolgen können. Um die in ihr Angebot eingestellten Nachunternehmerpreise gleichwohl abzusichern, hatte die Klägerin mit der Sch. GmbH über den ursprünglich vorgesehenen Zuschlagstermin hinaus eine Preisbindung bis zum 7. April 2004 vereinbart. Bei dieser Sachlage kann es keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, dass sie der Sch. GmbH in Ansehung des unmittelbar bevorstehenden frühesten Baubeginns den Auftrag für die Ausführung der Brückenbauarbeiten vor dem 7. April 2004 und damit zu den von dieser bis zu diesem Zeitpunkt bindend angebotenen Preisen erteilt hätte. Ein solches Vorgehen ist selbst dann üblich und sinnvoll, wenn, was hier in Betracht kommt, die Nachunternehmerleistungen nicht schon sogleich mit Beginn der Baumaßnahme, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt während der Bauausführung erbracht werden müssen. Denn der Klägerin musste im Interesse einer geordneten, kalkulierbaren Abwicklung der von ihr vertraglich übernom-

menen Bauleistung daran gelegen sein, schon vor Baubeginn durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen für die plan- und zeitgerechte Ausführung der Nachunternehmerleistungen zu festgelegten Preisen zu sorgen.

19 b) Tatsächlich hat die Klägerin für die Nachunternehmerleistungen nach ihrem Vorbringen zu von der E. GmbH & Co. KG berechneten Preisen einkaufen müssen, weil die Sch. GmbH bei Beginn der infolge der Vergabeverzögerung verschobenen Bauzeit nicht mehr bereit war, die Leistungen zu den von ihr mit Bindung bis zum 7. April 2004 angebotenen Preisen auszuführen.

20 c) Die sich danach aus dem Sachvortrag der Klägerin ergebenden Mehrkosten für Nachunternehmerleistungen sind ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen. Zu Unrecht hält das Berufungsgericht der Klägerin entgegen, dass sie auch bei Einhaltung der Bauzeit auf das Angebot der E. GmbH & Co. KG hätte zurückgreifen müssen, weil die Sch. GmbH nach der Erteilung des Zuschlags nicht mehr bereit gewesen sei, die Leistungen zu den von ihr mit Bindung bis zum 7. April 2004 angebotenen Preisen auszuführen. Grundlage für den Mehrvergütungsanspruch der Klägerin ist die nach ergänzender Auslegung des Vertrages von den Parteien getroffene Abrede, die Bauzeit den durch die verzögerte Vergabe veränderten Verhältnissen anzupassen. Erst daraus folgt, dass auch die Vergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B in einer Weise angepasst werden muss, die dem Auftragnehmer einen angemessenen Ausgleich für die ursächlich auf die vertragliche Verschiebung der Bauzeit zurückzuführenden Änderungen der vertraglichen Preisgrundlagen gewährt (grundlegend zum Ganzen: BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 44 ff.). Maßgebend für die Berechnung des Mehrvergütungsanspruches des Auftragnehmers sind deshalb die hypothetischen Beschaffungskosten, die bei Erteilung des Zuschlags recht-

zeitig vor dem geplanten Baubeginn angefallen wären. Dass die Klägerin hier mangels Zuschlags vernünftigerweise davon absehen musste, das bis zum 7. April 2004 befristete Vertragsangebot der Sch. GmbH anzunehmen, führt folglich nicht dazu, dass die von der Sch. GmbH angebotenen Preise für die Ermittlung der Mehrvergütung außer Betracht bleiben.

21 d) Dem stehen die Ausführungen am Ende des Senatsurteils vom 10. September 2009 (VII ZR 152/08, aaO, Rn. 45) nicht entgegen, wie das Berufungsgericht offenbar meint. Dort hat der Senat darauf hingewiesen, dass der Auftragnehmer sich auch dann nicht auf ein geschütztes Vertrauen in die Realisierbarkeit seiner Angebotskalkulation berufen kann, wenn er seine kalkulatorischen Ansätze für Beschaffungskosten durch entsprechende Preisabsprachen mit seinem Nachunternehmer absichert. Maßgebend für die Entstehung eines Mehrvergütungsanspruchs ist vielmehr, ob er bei der nach obigen Ausführungen gebotenen hypothetischen Betrachtungsweise das preisgebundene Angebot des Nachunternehmers angenommen hätte, wenn die ursprünglich vorgesehene Bauzeit eingehalten worden wäre. Damit ist dem Grundsatz Rechnung getragen, dass der Auftragnehmer trotz der Verfehlung seiner kalkulatorischen Annahmen keine Mehrvergütung erhält, wenn der Zuschlag ohne Auswirkung auf die Bauzeit verspätet zu einem Zeitpunkt erteilt wird, in dem die Preisbindung des Nachunternehmers bereits ausgelaufen war und er die Nachunternehmerleistungen deshalb zu einem höheren Preis einkaufen musste (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 82/08, BGHZ 182, 218 Rn. 28).

22 Nichts anderes gilt in den Fällen, in denen die Vergabeverzögerung zwar zu einer Verschiebung der Bauzeit geführt hat, nach den Umständen allerdings nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Auftragnehmer bei Einhaltung der ursprünglichen Bauzeit das preisgebundene Nachunternehmerangebot an-

genommen hätte. Solche Konstellationen sind denkbar. Sie entstehen beispielsweise, wenn der Auftragnehmer über die Dauer der Preisbindung des Nachunternehmers hinaus zunächst einer Verlängerung der Bindefrist bis zu einem Zeitpunkt zustimmt, in dem der Zuschlag ohne Einfluss auf die Bauzeit hätte erteilt werden können, der Zuschlag infolge weiterer Bindefristverlängerungen dann jedoch erst so spät erteilt wird, dass die Bauzeit nicht mehr eingehalten werden kann. Jedenfalls in einem solchen Fall kann sich der Auftragnehmer nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er bei Einhaltung der ursprünglich vereinbarten Bauzeit die Nachunternehmerleistungen durch Annahme des preisgebundenen Nachunternehmerangebots zu den danach kalkulierten Preisen hätte erbringen können. Eine Beauftragung der Nachunternehmerleistungen vor Ablauf der erstmalig verlängerten Zuschlagsfrist kam für ihn vernünftigerweise nicht in Betracht. Wäre der Zuschlag zu diesem Zeitpunkt erteilt worden, hätte er das preisgebundene Nachunternehmerangebot schon nicht mehr annehmen können und er hätte bei unveränderter Bauzeit die Nachunternehmerleistungen anderweitig zu neu ausgehandelten Preisen einkaufen müssen. Bei einem solchen Verlauf des Vergabeverfahrens hat folglich nicht die Verschiebung der Bauzeit, sondern bereits die vom Auftragnehmer mit der ersten Bindefristverlängerung ermöglichte Verzögerung des Zuschlags dazu geführt, dass er den Nachunternehmer nicht mehr zu den bindend angebotenen Preisen hätte beauftragen können. Dann kommt es für die Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs nach den vom Senat hierzu entwickelten Grundsätzen auf die vom Auftragnehmer für die Nachunternehmerleistungen einkalkulierten Preise nicht an.

23 Hier liegen die Dinge anders. Bei Einhaltung der Bauzeit hätte die Klägerin das Angebot der Sch. GmbH angenommen, das nach obigen Grundsätzen

deshalb für die Ermittlung des Mehrvergütungsanspruchs der Klägerin heranzuziehen ist.

III.

24 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil ausreichende Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen. Die Beklagte hat bestritten, dass die von der Klägerin ursprünglich vorgesehene Nachunternehmerin Sch. GmbH nach Erteilung des Zuschlags nicht mehr bereit gewesen sei, zum ursprünglich angebotenen Preis tätig zu werden. Sie stellt auch die Notwendigkeit der erhöhten Kosten für den Nachunternehmer E. GmbH & Co. KG in Frage, weil die Klägerin nichts dazu vorgetragen habe, warum es ihr nicht möglich gewesen sei, einen anderen Nachunternehmer zu finden, der die Arbeiten zum gleichen Preis wie die Sch. GmbH durchgeführt hätte. Hierzu wird das Berufungsgericht

den Parteien nach der Zurückverweisung Gelegenheit zu ergänzender Stellungnahme geben und gegebenenfalls Beweis erheben müssen.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Eick Halfmeier

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 13.06.2007 - 23 O 152/06 -
KG Berlin, Entscheidung vom 01.12.2009 - 21 U 148/07 -