BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 11/08

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 133 B, 157 D; VOB/A § 28; VOB/B § 2 Nr. 5

a) Ein Zuschlag in einem durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können.

b) Der so zustande gekommene Bauvertrag ist ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen sind.

BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 5. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin fordert als Auftragnehmerin von der beklagten Bundesrepublik Deutschland Mehrvergütung wegen erhöhter Stahl- und Zementkosten nach einem verzögerten Vergabeverfahren.

2 Die Klägerin unterbreitete der Beklagten nach öffentlicher Ausschreibung für die Lose 4 A und 4 B der Bundesautobahn A 113 (Autobahnzubringer D.) ein Vertragsangebot vom 10. Februar 2003 mit einer Angebotssumme von 4.639.587,70 €. Für das Los 4 A waren als Baubeginn der 31. Juli 2003 und als Fertigstellungstermin der 20. Januar 2005, für das Los 4 B war als Fertigstellungstermin der 20. September 2004 vorgesehen.

3 Die ursprünglich bis zum 11. Juli 2003 laufende Bindefrist für das Vertragsangebot der Klägerin wurde von beiden Seiten einvernehmlich und kommentarlos im Hinblick auf die "umfangreiche Prüfung und Wertung der Angebote" bis zum 12. September 2003 verlängert. Im Anschluss daran wurde sie wegen eines im August 2003 durch einen Konkurrenten eingeleiteten Vergabenachprüfungsverfahrens mehrfach weiter verlängert, zuletzt bis zum 30. Juli 2004. Die Einverständniserklärungen der Klägerin hierzu erfolgten nach einem ihr von der Beklagten übersandten Formular mit folgendem Wortlaut: "Sehr geehrte Damen und Herren, mit der von Ihnen vorgeschlagenen Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bin ich einverstanden."

4 Der Zuschlag durch die Beklagte erfolgte mit Schreiben vom 20. Juli 2004, in dem sie Bezug nahm auf das Angebot der Klägerin, das Verzeichnis der Nachunternehmer vom 15. April 2003 sowie auf das letzte Schreiben zur Bindefristverlängerung vom 19. Juni 2004. Die Klägerin bestätigte den Zuschlag mit Schreiben vom 2. September 2004. Am selben Tag fragte sie bei der Beklagten wegen neuer Ausführungsfristen an. Eine Einigung über einen Terminplan erfolgte nicht. Das Bauvorhaben wurde durchgeführt.

5 In den Jahren 2003 und 2004 war der Stahlpreis erheblich gestiegen. Die Klägerin behauptet Gleiches für den Betonpreis. Mit Schreiben vom 5. November 2004 forderte die Klägerin eine Anpassung der Einheitspreise wegen der Veränderung der Stahl- und Zementpreise auf dem Weltmarkt. Die Beklagte lehnte dies unter Hinweis auf das vorbehaltlos erklärte Einverständnis mit den Bindefristverlängerungen ab.

6 Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin eine von ihr errechnete Mehrvergütung im Vergleich zu den Vertragspreisen in Höhe von 466.445,41 € geltend. Das Landgericht hat die Klage mit Zwischenurteil dem Grunde nach für

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

gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist nicht begründet. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

I.

8 Das Berufungsgericht, dessen Urteil u.a. in BauR 2008, 887 veröffentlicht ist, hält den Anspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt. Aus dem besonderen Verhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer folge die Pflicht der Beklagten, einer Preisanpassung zuzustimmen, soweit diese durch Änderung der Materialkosten verursacht sei, die auf die Verzögerungen durch das Nachprüfungsverfahren nach Ablauf der ursprünglichen Bindefrist des Angebots der Klägerin bis zum 11. Juli 2003 zurückzuführen sei. Diesen Anspruch könne die Klägerin auch im Wege der unmittelbar auf Leistung gerichteten Klage durchsetzen. Es könne offenbleiben, ob sich der Anspruch aus einer Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder unmittelbar aus § 242 BGB im Hinblick auf die die Bauvertragsparteien verbindende Pflicht zur Kooperation ergebe.

9 Der Vertrag sei nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen mit dem Zuschlagsschreiben zustande gekommen. Die Beklagte habe die Annahme nicht

unter Änderungen erklärt; dies folge auch nicht daraus, dass die Ausführungsfristen erkennbar unmöglich einzuhalten gewesen seien. Es sei auch nicht überzeugend, den Erklärungen zur Bindefristverlängerung oder zum Vertragsschluss im Wege der ergänzenden Auslegung einen Aussagewert zuzuweisen, den sie ihrer objektiven Bedeutung nach aus maßgeblicher Sicht des jeweiligen Erklärungsempfängers nicht hätten. Der unverändert geschlossene Vertrag enthalte keine ausdrückliche Regelung über eine Preisanpassung bei Verzögerung der Vertragsannahme.

10 Die Ausführungsfrist für die vorgesehene Leistung stelle sich als Geschäftsgrundlage dar. Sie sei zwar einerseits Vertragsinhalt, aber zugleich auch Grundlage von Erwartungen über die Vertragsabwicklung und somit Basis für die Kalkulation des Bieters. Dieser könne nur bestimmte Preise als eigene Kosten seinem Angebot zugrunde legen und diese würden nur für eine bestimmte Zeit gelten. § 313 Abs. 1 BGB setze zwar voraus, dass sich die Grundlagen des Vertrags nach Vertragsschluss geändert hätten. Im Falle des gestreckten Vertragzustandekommens unter den besonderen Bedingungen des Vergabeverfahrens könne aber bereits der Zeitpunkt nach Beginn des Vorgangs des Vertragsschlusses als Zeitpunkt nach dem Vertragsschluss angesehen werden. Hieran ändere auch die Zustimmung der Klägerin zur Bindefristverlängerung nichts. Denn diese sei Teil der sachgemäßen Abwicklung des Nachprüfungsverfahrens. Die Klägerin könne keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt mehr nehmen, außer entgegen der Intention des Vergabeverfahrens auf den Vertragsschluss zu verzichten.

11 Soweit man dieser Konstruktion nicht folge, sei der Anspruch auf Vertragsanpassung jedenfalls damit zu begründen, dass es Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Kooperationspflicht der Bauvertragsparteien gebiete, die Grundsätze des § 313 BGB entsprechend heranzuziehen. Dass

bei erheblichen Preissteigerungen, die durch Eigenheiten des Vergabeverfahrens Eingang in die Vertragssituation fänden, der Werklohn angepasst werden müsse, verstehe sich von selbst; der Besteller werde hierdurch nicht überrascht. Dass andererseits bei einem Großprojekt die genaue Feststellung der Kalkulationsgrundlagen komplizierter, Zeit in Anspruch nehmender Prüfungen bedürfe, sei nachvollziehbar und verbiete das Erfordernis, im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertragsschluss eine geänderte Kalkulation zu verlangen. Die Grundsätze des § 313 BGB stellten eine angemessene Lösung für die durch die gesetzliche Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens hervorgerufene, durch den Gesetzgeber aber nicht gelöste Interessenkollision dar.

12 Hiernach begründe nicht jede Enttäuschung der dem Vertragsschluss zugrunde gelegten Erwartungen einen Anspruch auf Vertragsanpassung, sondern nur eine solche, die die unveränderte Hinnahme des Vertrags für eine Seite unzumutbar mache. Der Stahlpreis sei am Weltmarkt von Mitte 2003 von 330 € je Tonne auf 468 € je Tonne im Jahr 2004 gestiegen. Dies sei gerade angesichts knapper Gewinnmargen im Baubereich erheblich. Entsprechendes gelte für die - streitige - Frage der Erhöhung des Zementpreises.

13 Die Anpassung des vertraglichen Vergütungsanspruchs habe in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B zu erfolgen. Dies folge aus dem Sinn des Ausschreibungsverfahrens nach der VOB/A. Die einmal abgegebenen Gebote blieben auf diese Weise in ihrer Ausgangskalkulation erhalten.

II.

14 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

15 1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass mit dem Zuschlagsschreiben der Beklagten der Vertrag mit dem Inhalt des Angebots der Klägerin, wie es wörtlich zu verstehen ist, zustande gekommen ist. Die dort genannte Vergütung und die Ausführungsfristen der Verdingungsunterlagen sind hierdurch zunächst unverändert vereinbart worden.

16 a) Nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont des Erklärungsempfängers konnte das ohne ausdrückliche Ergänzungen oder Änderungen abgegebene Angebot der Klägerin nur so verstanden werden, dass es die Bedingungen der Ausschreibung akzeptierte. Der Ausschreibungstext der Beklagten enthält keine Regelung für den Fall einer verzögerten Vergabe. Er kann auch nicht über seinen Wortlaut hinaus dahin verstanden werden, dass im Fall einer verzögerten Vergabe Abweichungen oder ergänzende Regelungen gelten sollten.

17 aa) Allerdings wird in der Literatur vertreten, die Angebotserklärung eines Bieters sei so auszulegen, dass er eine Leistung mit einem Beginntermin und einer Zeitdauer anbiete, die sachgerecht an die Verschiebung des Zuschlags unter Berücksichtigung der vertraglichen Bedingungen angepasst seien (Kapellmann, NZBau 2003, 1, 4 ff.; derselbe, NZBau 2007, 401 ff.; Ingenstau/Korbion/Portz, VOB, 16. Aufl., § 28 VOB/A Rdn. 17). Dies folge aus einer ergänzenden Auslegung des Bieterangebots, eventuell im Zusammenhang mit der Bindefristverlängerung (zu Letzterem vergleiche unten b). Außerdem sei das Angebot so zu verstehen, dass dem Bieter der Mehraufwand zu ersetzen sei, der sich aus der Verschiebung ergebe (Kapellmann, NZBau 2003, 1, 5; derselbe, NZBau 2007, 401, 406 f.). Ausgangspunkt der Überlegung sei, dass der Auftraggeber das Risiko der Verzögerung des Vergabeverfahrens zu tragen habe. Das Angebot des Bieters weise eine Regelungslücke auf. Die Parteien hätten übersehen, dass sich nach Abfassung der Ausschreibungsbedingungen

und nach Abgabe des Angebots eine Sachlage ergeben könne, die eine Anpassung der Ausführungsfristen und der Vertragspreise notwendig mache. Es sei auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, also darauf, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall vorausgesehen hätten. Hinsichtlich der Ausführungsfristen müsse beachtet werden, dass kein Bieter eine zeitlich unmögliche Leistung anbieten wolle. Seine Erklärung müsse deshalb den zusätzlichen Inhalt haben, dass die Leistungszeit angemessen an die Verschiebung des Zuschlags anzupassen sei. Konsequent weitergedacht müsse der Erklärung auch der Inhalt hinzugefügt werden, dass dem Bieter der Mehraufwand ersetzt werde, der sich aus der Verschiebung ergebe. Dieser sei in entsprechender Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bestimmen (Kapellmann, aaO).

18 bb) Dem ist nicht zu folgen. Die in der Ausschreibung enthaltenen Vertragsbedingungen, auf die sich der Bieter bezieht und die deshalb Inhalt seines Angebots werden, enthalten keine derartigen Eventualregelungen für etwaige Verzögerungen des Zuschlags. Sie können weder mit einer ergänzenden Auslegung des Angebots erklärt werden noch, sind sie hierin stillschweigend enthalten.

19 Einzelne Willenserklärungen unterliegen mit der Ausnahme einseitiger Rechtsgeschäfte keiner ergänzenden Auslegung, weil sie noch keine Rechtswirkungen erzeugen; deshalb kann das Angebot des Bieters nicht isoliert ergänzend ausgelegt werden (Hormann, Kostensteigerung infolge Nachprüfungsverfahren, S. 89 f.). Mit einer ergänzenden Auslegung können nur Lücken eines Rechtsgeschäfts geschlossen werden, indem an den in ihm enthaltenen Regelungsplan angeknüpft wird und hieraus unter Berücksichtigung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte Regelungen für offengebliebene

Punkte abgeleitet werden (st. Rspr. seit BGH, Urteil vom 22. April 1953 - II ZR 143/52, BGHZ 9, 273).

20 Ausschreibung und Angebot können auch nicht dahin verstanden werden, dass sie stillschweigend Regelungen für noch völlig ungewisse Verzögerungen enthalten. Bei der Auslegung von Erklärungen im formalisierten Vergabeverfahren ist zu berücksichtigen, dass diese regelmäßig so zu verstehen sind, dass sie im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehen (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64). Wenn der Wortlaut der Erklärungen diesem Erfordernis ohne weiteres genügt, kann ihnen deshalb nicht ein weiterer, stillschweigender Inhalt beigemessen werden, der vergaberechtlich bedenklich wäre. Bei der unter anderem von Kapellmann (aaO) befürworteten Auslegung ist dies jedoch der Fall. Die nach § 97 Abs. 1 GWB erforderliche Transparenz des Vergabeverfahrens, die auch möglichst klare Verdingungsunterlagen erfordert, würde hierdurch eingeschränkt. Zum einen zeigt § 11 VOB/A, dass etwaige Ausführungsfristen in die Verdingungsunterlagen aufzunehmen sind und bestimmte Vorgaben eingehalten werden müssen oder sollen. Wenn das geschehen ist, muss im Zweifel davon ausgegangen werden, dass sie hierbei vollständig beschrieben sind. Zum anderen ergibt sich aus § 15 VOB/A, dass unter bestimmten Voraussetzungen bei Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen eine angemessene Änderung der Vergütung vorgesehen werden kann, wobei die Einzelheiten festzulegen sind. Eine allgemeine stillschweigend enthaltene pauschale Preisänderungsklausel für den Fall veränderter Bauzeiten lässt sich mit diesem Erfordernis nicht vereinbaren (Gröning, BauR 2004, 199, 204).

21 cc) Dieses sich bereits aufgrund der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens ergebende Auslegungsergebnis wird durch die Regelung in Abschnitt 2.5 Abs. 5 des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleis-

tungen im Straßen- und Brückenbau in der mit Allgemeinem Rundschreiben Straßenbau (ARS) 20/2001 vom 25. Juni 2001 eingeführten Fassung (im Folgenden: HVA B-StB a.F.) bestätigt. Dort wird ausgeführt, dass bei notwendigen Verlängerungen der Zuschlags- und Bindefrist zu prüfen sei, ob die Vertrags-(Ausführungs-)fristen zu verlängern seien und inwieweit sich voraussichtlich Auswirkungen auf die Grundlage der Preisermittlung für die Angebote ergeben würden; unter Umständen sei die Ausschreibung aufzuheben. Diese Handlungsanweisungen lassen es fernliegend erscheinen, den Ausschreibungstext so zu verstehen, dass hierin Auswirkungen eines verspäteten Zuschlags bereits geregelt seien. Die Klägerin konnte mangels anderer Anhaltspunkte davon ausgehen, dass sich die Beklagte an das vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen an die Straßenbaubehörden gerichtete und öffentlich bekannt gegebene Allgemeine Rundschreiben und damit an das HVA B-StB a.F. halten wollte.

22 b) Auch den Erklärungen der Klägerin, der Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei lediglich die Bedeutung zugemessen, dass das ursprüngliche Vertragsangebot inhaltlich konserviert und die rechtsgeschäftliche Bindungsfrist an das Angebot gemäß § 148 BGB, zugleich Bindefrist nach § 19 Nr. 3 VOB/A, verlängert werden sollte. Aussagen dazu, was vertraglich zu gelten hatte, wenn die Ausführungsfristen der Ausschreibung und des Angebots nicht mehr würden eingehalten werden können, waren damit nicht verbunden.

23 aa) In der Literatur wird allerdings demgegenüber teilweise der Erklärung des Bieters, der ohne sonstige klarstellende Handlungen oder Erklärungen lediglich der Verlängerung der Bindefrist zustimmt, eine weitergehende Bedeutung beigemessen. Es wird einerseits vertreten, der Bieter verzichte hiermit im Ergebnis konkludent auf Mehrvergütungsansprüche, weil er die ursprünglichen

Preise vorbehaltlos aufrechterhalte (Dabringhausen, VergabeR 2007, 176, 177 f.; Bröker, BauR 2008, 591 ff.). Nach anderer Auffassung soll spätestens diese Fristverlängerung so auszulegen sein, dass neue Ausführungsfristen mit einer eventuellen Anpassung der Vergütung aufgrund hierdurch entstehender Mehrkosten angeboten würden (Kapellmann, BauR 2003, 1, 4 f.).

24 bb) Diesen Auffassungen ist das Berufungsgericht zu Recht nicht gefolgt.

25 Auch bei der Auslegung solcher Erklärungen zur Bindefristverlängerung ist zu berücksichtigen, dass diese regelmäßig so zu verstehen sind, dass sie im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64). Eine Änderung des Angebots stünde jedoch im Widerspruch zu vergaberechtlichen Grundsätzen. Denn nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A sind Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig. Ein Verstoß hiergegen führt zum zwingenden Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Bieter eine Erklärung mit einer (stillschweigenden) Änderung an den Verdingungsunterlagen abgegeben habe und damit riskierte, aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.

26 Das gilt in der Regel selbst dann, wenn im Zusammenhang mit einer Bindefristverlängerung erklärt wird, man behalte sich im Falle verschobener Ausführungsfristen und hierdurch erhöhter Kosten die Geltendmachung einer Mehrvergütung vor. Denn dies bedeutet im Zweifel nicht, das Angebot modifizieren zu wollen, sondern nur, gegebenenfalls mögliche Ansprüche aus dem später abgeschlossenen, nach den Vergabebedingungen zustandegekommenen Vertrag auch geltend machen zu wollen.

27 Die erstgenannte Auffassung (Bröker, aaO) verkennt, dass kein Vorbehalt notwendig ist, um die grundsätzliche Möglichkeit zu behalten, die angebo-

tenen Preise im Falle einer Änderung der vertraglichen Ausführungsfristen nach Vertragsschluss anpassen zu können. Denn die Preise beziehen sich zunächst nur auf die angebotenen Vertragsbedingungen und damit auch auf die zunächst vorgesehenen Fristen. Eine Verlängerung der Bindefrist ändert hieran nichts. Es ist entgegen dieser Ansicht deshalb auch keine vergaberechtswidrige Angebotsänderung notwendig, um sich die Möglichkeit zu erhalten, gegebenenfalls eine Preisanpassung zu verlangen. Umgekehrt kann dies ohne Angebotsänderung aber auch nicht positiv vereinbart werden. Richtig ist vielmehr, dass es nach wie vor dabei bleibt, dass über die Auswirkungen einer eventuellen zeitlichen Überholung gar nichts geregelt ist.

28 c) Die Auslegung des Zuschlagsschreibens durch das Berufungsgericht ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Mit ihm hat die Beklagte das vorliegende Angebot der Klägerin unverändert angenommen.

29 aa) In Literatur und Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten dazu vertreten, wie ein Zuschlag zu bewerten ist, wenn im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung im Vertrag vorgesehene Ausführungsfristen nicht mehr oder nur noch erheblich erschwert eingehalten werden können. Dabei sind allerdings verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden.

30 (1) In Fällen, in denen der Zuschlag erteilt wird, ohne dass zuvor oder gleichzeitig Erklärungen zur Frage der Ausführungszeiten und -fristen oder zu hiervon abhängenden Mehrvergütungen abgegeben werden, soll es nach einer Meinung dabei bleiben, dass der Vertrag hiermit zu den ursprünglichen Bedingungen - auch hinsichtlich der Bauzeit - geschlossen wird, obwohl diese bereits tatsächlich obsolet geworden sind (BayObLG, NZBau 2002, 689; OLG Hamm, BauR 2008, 1622 = NZBau 2008, 508; Behrendt, BauR 2007, 784, 795 f.; Bröker, BauR 2008, 591, 599; Diehr, ZfBR 2002, 316, 318; Gröning, BauR

2004, 199, 207; Heiermann in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 11. Aufl., § 19 VOB/A Rdn. 4 a; Kuhn, ZfBR 2007, 741, 744; Putzier/ Goede, VergabeR 2003, 391, 394).

31 Nach anderer Auffassung beinhaltet in einem solchen Fall das Zuschlagsschreiben an den Bieter eine Änderung der vertraglichen Bedingungen mindestens hinsichtlich der Bauzeit. Damit handele es sich um eine Annahme unter Änderungen, die nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Antrag gelte (Bornheim/Badelt, ZfBR 2008, 249, 255).

32 (2) Teilweise wird die letztgenannte Auffassung jedenfalls für Fälle vertreten, in denen die Parteien bereits Erklärungen zur Anpassung der vorgesehenen Regelungen zur Bauzeit oder zur hiervon abhängenden Vergütung abgegeben haben, ohne dass allerdings eine ausdrückliche Erklärung hierzu zusammen mit dem Zuschlag erfolgt ist (OLG Celle, BauR 2009, 252).

33 (3) Schließlich werden die Fälle diskutiert, in denen beim Zuschlag ausdrücklich neue Bauzeitenregelungen angesprochen werden. Darin wird ganz überwiegend eine Annahme unter Änderungen gesehen (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03, BGHZ 162, 259, 268 f.; OLG Hamm, BauR 2007, 878 = NZBau 2007, 312 = ZfBR 2007, 375; Bitterich, NZBau 2007, 354; Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 3. Juni 2008, § 631 Rdn. 33 ff.; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl., Rdn. 1961; a.A. Breyer/Burdinski, VergabeR 2007, 38 ff.; a.A. wohl auch Kuhn, ZfBR 2007, 741, 744).

34 bb) Jedenfalls für die soeben unter (1) und (2) genannten Fallgruppen ist der erstgenannten Auffassung zu folgen. Es verbleibt dabei, dass auch die Zu-

schlagserklärung keinen anderen Inhalt hat als bereits die Ausschreibung und das Angebot des Bieters.

35 (1) Im Rahmen des auch für den modifizierten Zuschlag geltenden § 150 Abs. 2 BGB sind die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden. Sie erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots, wenn er von dem Vertragswillen des Anbietenden abweichen will, dies in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt. Erklärt der Vertragspartner seinen vom Angebot abweichenden Vertragswillen nicht hinreichend deutlich, so kommt der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande (BGH, Urteil vom 18. November 1982 - VII ZR 223/80, BauR 1983, 252, 253).

36 (2) Zwar liegt es in Fällen, in denen die vorgesehenen Ausführungsfristen bereits abgelaufen oder jedenfalls offensichtlich nicht mehr einhaltbar sind, nach allgemeinem Verständnis nicht fern, dass sich eine Vertragsannahme hierauf nicht bezieht, weil die Vereinbarung eines solchen Vertragsinhaltes normalerweise nicht gewollt sein kann. Es spricht dann einiges dafür, in einer gleichwohl erklärten Annahme tatsächlich eine solche mit Änderungen, nämlich hinsichtlich der Fristen und Termine, zu erblicken.

37 (3) Ein solches Verständnis ist jedoch für die Auslegung eines Zuschlags im öffentlichen Vergabeverfahren wegen dessen Besonderheiten nicht möglich. Ein Zuschlag in einem solchen Verfahren ist regelmäßig so auszulegen, dass er sich auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht (ebenso OLG Hamm, BauR 2008, 1622 = NZBau 2008, 508).

38 Zum einen ist dies die einzige Möglichkeit, das wesentliche Ziel des Vergabeverfahrens, es mit einem Vertragsschluss zu beenden, mit Sicherheit zu erreichen. Ginge man von einer Annahme unter Abänderungen aus, hätte es der Bieter in der Hand zu entscheiden, ob das bis dahin ordnungsgemäß

durchgeführte Vergabeverfahren letztlich vergeblich war; er wäre an sein Angebot gerade im Widerspruch zu den erklärten Bindefristverlängerungen faktisch nicht mehr gebunden. Außerdem bestünde die Gefahr, dass es möglicherweise nie zu einem Vertragsschluss kommt. Denn auch bei jedem mangels Vertragsschluss neu durchgeführten Vergabeverfahren könnten Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren eintreten, die wieder dieselben Folgen hätten. An einem solchen Ergebnis kann niemand interessiert sein; es muss tunlichst vermieden werden (vgl. Gröning, BauR 2004, 199, 201).

39 Im Übrigen ist es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht gestattet, mit den Bietern über Änderungen der Angebote und Preise zu verhandeln, § 24 Nr. 3 VOB/A. Eine Änderung des Angebots liegt auch vor, wenn die Bauzeit abweichend von den Ausschreibungsbedingungen bestimmt werden soll, wobei hier dahinstehen kann, ob eine geringfügige Änderung der Bauzeit in entsprechender Anwendung des § 24 Nr. 3 VOB/A (unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs) zulässig ist. Ein Verstoß gegen dieses Nachverhandlungsverbot führt zwar nicht zum Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A, doch wäre eine Wertung der Änderung verboten (BGH, Urteil vom 6. Februar 2002 - X ZR 185/99, BauR 2002, 1082 = NZBau 2002, 344 = ZfBR 2002, 509). Da dem Auftraggeber nicht unterstellt werden kann, gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen zu wollen, kann in einem Zuschlag, der dem Wortlaut nach das ursprüngliche Angebot akzeptiert, keine stillschweigende Anfrage nach Veränderung der angebotenen Ausführungsfrist, weder mit gleichbleibender noch veränderter Vergütungsvereinbarung, gesehen werden. Nachvollziehbare Versuche, nach Ablauf der Angebotsfrist den in Aussicht genommenen Vertrag im Hinblick auf Verzögerungen durch Auslegung des Zuschlags anzupassen (OLG Jena, BauR 2000, 1611; wohl auch OLG Celle, BauR 2009, 252, 254), kollidieren sowohl mit dem Wettbewerbsprinzip gemäß § 97 Abs. 1 GWB als auch mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97

Abs. 2 GWB und dem in § 24 Nr. 3 VOB/A statuierten Nachverhandlungsverbot (Gröning, BauR 2004, 199, 201). Jedenfalls im Zeitpunkt der Erklärung des Zuschlags gegenüber dem Bieter ist der Auftraggeber hieran noch gebunden, weil anderenfalls der hiermit verbundene Schutz des Wettbewerbs und der Bieter im Vergabeverfahren unvollkommen wäre (OLG Naumburg, ZfBR 2008, 83; OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 226; Beck´scher VOB-Kommentar/Jasper, A § 24 Rdn. 7 f., 46; Hormann, Kostensteigerung infolge Nachprüfungsverfahren, S. 76; a.A. OLG Hamm, BauR 2007, 878 = NZBau 2007, 312 = ZfBR 2007, 375).

40 Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A. Denn diese Regelung erlaubt einen veränderten Zuschlag nur dann, wenn nicht gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen wird (Kapellmann/Messerschmidt-Stickler, VOB, 2. Aufl., § 28 VOB/A Rdn. 41; Franke/Mertens: in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar, 3. Aufl., § 28 VOB/A Rdn. 16).

41 (4) Vertragsrechtliche Prinzipien stehen einem solchen Verständnis nicht entgegen. Es handelt sich bei einem Bauvertrag in der Regel - so auch hier - nicht um ein Fixgeschäft, so dass die vertraglichen Hauptleistungspflichten unabhängig davon wirksam sind, inwieweit zeitliche Leistungsstörungen eintreten. Das ergibt sich aus den Regeln des allgemeinen Schuldrechts zu zeitlichen Leistungsstörungen. Deshalb entstehen die vertraglichen Hauptleistungspflichten auch, wenn die zeitlichen Vertragsvorgaben durch den Zeitablauf bereits bei Vertragsschluss überholt sind (vgl. OLG Hamm, BauR 2008, 1622 = NZBau 2008, 508). Auch aus dem Willen der Vertragsparteien ergibt sich nichts anderes: Eine Gleichsetzung mit dem Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptleistungspflicht ist von ihnen nicht gewollt, weil beide Parteien, wie ihr gesamtes Verhalten während des Vergabeverfahrens durchgehend zeigt, gerade die Durchführung des Vertrages wollen.

42 cc) Danach hat die Beklagte mit ihrem Zuschlagsschreiben das Angebot der Klägerin unverändert angenommen. Modifizierungen sind hierin nicht angesprochen worden.

43 Diese Auslegung wird auch durch die Regelung in Abschnitt 2.5 Abs. 6 des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau in der mit Allgemeinem Rundschreiben Straßenbau (ARS) 15/2003 vom 13. März 2003 (VkBl. 2003, 215) eingeführten Fassung (im Folgenden: HVA B-StB) gestützt. Mit dieser Fassung wurde der Unterabschnitt "Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist" der HVA B-StB a.F. grundlegend überarbeitet (vgl. ARS unter II. Abs. 4). Hier wird nunmehr ausgeführt, dass trotz Verlängerung der Bindefrist der Zuschlag auf das ursprüngliche Angebot mit den darin enthaltenen Vertragsbedingungen zu erteilen sei. Etwaige Auswirkungen des verspäteten Zuschlags seien im Rahmen der Vertragsabwicklung zu regeln. Damit hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen mit seinem an die Straßenbaubehörden gerichteten und in seinem Amtsblatt öffentlich bekannt gegebenen Allgemeinen Rundschreiben ersichtlich den oben genannten Besonderheiten des Vergabeverfahrens Rechnung tragen wollen. Mangels abweichender Erklärungen oder sonstiger besonderer Umstände konnte auch danach der Zuschlag durch eine für die Beklagte handelnde Straßenbaubehörde nicht anders als im HVA B-StB vorgesehen verstanden werden.

44 2. a) Nach einem solchen Vertragsschluss kann es bei den vereinbarten Fristen nicht verbleiben. Sie sind aus tatsächlichen Gründen bereits gegenstandslos. Ein ersatzloser Wegfall entspricht jedoch nicht dem Willen der Parteien. Das ergibt sich daraus, dass sie im Vertrag Regelungen zur zeitlichen Durchführung vereinbart haben. Das Verhalten der Parteien ist deshalb dahin auszulegen, dass sie den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue,

dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch noch eine Einigung herbeiführen wollen. Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB greift in einem solchen Fall nicht (vgl. Palandt/Ellenberger, 68. Aufl., § 154 Rdn. 2 m.w.N.), sofern sich die bestehende Vertragslücke ausfüllen lässt (BGH, Urteil vom 20. September 1989 - VIII ZR 143/88, NJW 1990, 1234). Fehlen hierfür geeignete dispositive Gesetzesvorschriften, sind die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung anzuwenden (BGH, Urteil vom 19. März 1975 - VIII ZR 262/73, NJW 1975, 1116; Staudinger/Herbert Roth (2003), § 157 BGB Rdn. 17). Kommt es nicht zu der von den Parteien erwarteten nachträglichen Einigung, existiert eine zu füllende Regelungslücke.

45 b) So liegt der Fall hier. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es bei den in der Ausschreibung genannten Fristen nicht verbleiben konnte. Eine Einigung über die Folgen haben die Parteien jedoch nicht getroffen.

46 c) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichthofes ist bei der ergänzenden Auslegung darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner für den von ihnen nicht geregelten Fall vereinbart hätten. Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen; die darin enthaltenen Regelungen und Wertungen, sein Sinn und Zweck sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung. Handelt es sich - wie hier - um einen so genannten Austauschvertrag, so besteht die Vermutung, dass nach dem Geschäftswillen der Parteien Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis standen (BGH, Urteil vom 17. April 2002 - VIII ZR 297/01, NJW 2002, 2310 m.w.N.).

47 Die Anwendung dieser Grundsätze führt zu folgenden Ergebnissen:

48 aa) Die Bauzeit ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzupassen. Besonderheiten, wie etwa Bauerschwernisse oder -erleichterungen durch jahreszeitliche Verschiebungen, sind unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien und vor dem Hintergrund, dass der Auftragnehmer der Bindefristverlängerung zugestimmt hat, zu berücksichtigen. Die Grundsätze des vereinbarten § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B sind sinngemäß zu berücksichtigen.

49 bb) Zugleich ist der vertragliche Vergütungsanspruch 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. 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 15. April 2008 - X ZR 129/06, NZBau 2008, 505 = ZfBR 2008, 614). Deshalb hat die durch ein verzögertes Vergabeverfahren bedingte Änderung der Leistungszeit auch zur Folge, dass die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, sich auf eine angepasste Vergütung zu verständigen.

50 (1) Soweit die durch ein Vergabenachprüfungsverfahren verursachte Verzögerung zu einer Änderung der Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung führt, ist dies einer nach Vertragsschluss durch den Auftraggeber veranlassten Änderung vergleichbar. Denn in beiden Fällen besteht nach Treu und Glauben keine Veranlassung, das Risiko von Änderungen der Grundlagen des Preises dem Auftragnehmer zuzuweisen.

51 Der Auftraggeber kann sich dem Bieter gegenüber nicht darauf berufen, kein Verschulden an der Verzögerung zu haben, die durch ein unberechtigtes Nachprüfungsverfahren entstanden ist. Der Rechtsordnung ist es nicht fremd, dass dem Auftraggeber auch Risiken zugewiesen werden, die durch unverschuldete Verzögerungen eintreten. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er im Rahmen eines abgeschlossenen Bauvertrags unverschuldet das Baugrundstück nicht zur Verfügung stellen kann (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, 39). Deshalb ist es nicht von vornherein verfehlt, dem Auftraggeber als Herrn des Vergabeverfahrens die Risiken einer zeitlichen Verzögerung durch Einleitung eines unberechtigten Nachprüfungsverfahrens zuzuweisen.

52 Die Verzögerung des Vergabeverfahrens darf nicht zu Lasten des Bieters gehen, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat. Die Einrichtung des Vergaberechtsschutzes nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll die Rechtsstellung der Bieter gegenüber den Auftraggebern stärken, nicht schwächen. Wird diese Rechtsposition in Anspruch genommen, darf das nicht dazu führen, dass die Bieterseite am Ende wirtschaftlich schlechter dasteht als zuvor, indem die Verzögerungskosten auf sie übergewälzt werden. Bestünde diese latente Gefahr, würde der Rechtsschutz dadurch entwertet (Gröning, BauR 2004, 199, 207 f.).

53 Außerdem bestünde die Gefahr, dass der gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter einer durch das Nachprüfungsverfahren erforderlich werdenden Verlängerung der Bindefrist nur deshalb nicht zustimmt, weil er nicht bereit ist, das Risiko der durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens entstehenden Kostensteigerungen zu tragen. Dadurch würde der Weg frei gemacht für Bieter, die den Zuschlag bei erfolglos

gebliebenem Nachprüfungsverfahren nicht erhalten hätten. Das würde den Wettbewerb verzerren und letztlich auch zu Lasten des Auftraggebers gehen.

54 (2) Der Auftraggeber wird unter Umständen zwar mit in dem ursprünglichen Vertragspreis nicht enthaltenen Mehrkosten belastet. Das ist aber nicht unbillig. Denn ein Vergleich mit dem ursprünglichen Preis ist in diesem Zusammenhang nicht maßgebend. Eine Bauausführung zu dem vorgesehenen Termin war nicht möglich, was auf der Entscheidung des Gesetzgebers zur Eröffnung eines Vergabenachprüfungsverfahrens beruht. Der Auftraggeber wird im Grundsatz durch die Belastung mit den Mehrkosten nicht unangemessen benachteiligt, weil er auch bei einer zeitnah zur tatsächlichen Ausführung erfolgten Ausschreibung diese Kosten in der Regel in ähnlicher Weise zu tragen gehabt hätte.

55 Zwar kann dadurch, dass die Mehrvergütung ausschließlich mit dem Vertragspartner unter Ausschluss des Wettbewerbs vereinbart wird, die Situation entstehen, dass der Auftraggeber ex post betrachtet nicht dem wirtschaftlichsten Bieter den Zuschlag erteilt hat. Dass der wirtschaftlichste Bieter sich im Nachhinein nicht als solcher erweist, ist nichts Außergewöhnliches. Vielmehr ist es bei einem Bauvertrag häufig so, dass sich im Verlauf der Durchführung der Arbeiten Änderungen ergeben, die auch zu Preisänderungen führen. Es ist nie ausgeschlossen, dass sich dadurch im Endergebnis im Gegensatz zum Zeitpunkt des Zuschlags der Auftragnehmer nicht mehr als der Wirtschaftlichste herausstellt. Die damit verbundene Einschränkung des Wettbewerbs ist unvermeidbar. Sie ließe sich in Fällen der vorliegenden Art nur verhindern, indem man bei jeder eingetretenen Verzögerung den Wettbewerb neu eröffnete. Dadurch würde aber der bisher wirtschaftlichste Bieter benachteiligt, weil alle anderen Bieter jetzt in Kenntnis seines Angebots neu bieten könnten; zum ande-

ren eröffnete dies die bereits dargestellte Gefahr einer endlosen Schleife von Vergabeverfahren, die nie durch einen Vertragsschluss beendet werden könnte.

56 (3) Ebenso nicht zu vermeiden ist der für den Auftraggeber verbleibende Nachteil, dass er unter Umständen mit für ihn nicht vorhergesehenen Gesamtkosten belastet wird. Auch dies ist wegen der einem Bauvertrag innewohnenden Änderungsrisiken nichts Außergewöhnliches. Der Auftraggeber ist diesem Risiko nicht schutzlos ausgeliefert. Sofern sich aufgrund von Vergabeverzögerungen gravierende Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen abzeichnen, hat er die Möglichkeit, die Ausschreibung unter den Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 c) VOB/A aufzuheben. Eine solche Prüfung sieht auch Abschnitt 2.5 Abs. 6 HVA B-StB vor. Entscheidet sich der Auftraggeber dagegen zur Erteilung des Zuschlags, kann ihm zugemutet werden, das Risiko von Preiserhöhungen zu tragen.

57 (4) Sämtliche genannten Erwägungen gelten unabhängig von dem Ausmaß der Änderungen der Grundlagen des Preises. Die auch vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, nach der auf die Änderung von Vertragsfristen zurückzuführende Preisänderungen nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB gerechtfertigt sind (so auch Putzier/Goede, VergabeR 2003, 391, 395; Hormann, Kostensteigerung infolge Nachprüfungsverfahren, S. 203 ff.), ist daher unzutreffend.

58 Die im Vertrag in § 2 Nr. 5 VOB/B zum Ausdruck gekommene Wertung zeigt, dass die Vertragsparteien nicht erst schwerwiegende Veränderungen der Preisgrundlagen zum Anlass für Vergütungsanpassungen nehmen wollen. Auch Änderungen geringeren Ausmaßes hätten bereits die oben dargestellten, nicht gewünschten Nachteile für den Bieter. Die Parteien hätten redlicherweise auch eine nicht schwerwiegende Änderung der Preisgrundlagen nicht dem Risikobe-

reich des Bieters zugeordnet, weil es hierfür keine Rechtfertigung gibt. Als einziger denkbarer Anknüpfungspunkt käme nur dessen Erklärung zur Bindefristverlängerung in Betracht. Nachteile aus der Verlängerung der Bindefrist dürfen dem Bieter, wie dargestellt, jedoch nicht entstehen, weil er keine andere Möglichkeit hat, die ihm günstige Position im Wettbewerb zu bewahren.

59 d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts besteht keine Veranlassung, erst Veränderungen zu berücksichtigen, die aufgrund der Bindefristverlängerungen ab dem 13. September 2003 eingetreten sind. Auch die erste Verlängerung ist grundsätzlich zu berücksichtigen. Es kommt nicht darauf an, dass ihr kein Vergabenachprüfungsverfahren zu Grunde lag. Denn diese Verlängerung war ausschließlich von der Beklagten verursacht und ist daher schon deshalb den Fällen des § 2 Nr. 5 VOB/B vergleichbar, so dass die Parteien auch hierfür redlicherweise eine entsprechende Anpassungsmöglichkeit vereinbart hätten.

60 3. Der Senat verkennt nicht, dass die Parteien nach der von ihm entwickelten Lösung sehenden Auges einen Vertrag schließen, der nicht in jeder Hinsicht wie vereinbart durchführbar ist. Auch ist ihm bewusst, dass im Hinblick darauf, dass die Vereinbarung über die verzögerungsbedingten Mehrkosten nur mit dem Auftragnehmer getroffen wird, das Gleichbehandlungsgebot tangiert sein könnte. Beides beruht darauf, dass der Gesetzgeber es insbesondere nach Einführung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens, das zu einem zeitlich befristeten Zuschlagsverbot (§ 115 GWB) und damit regelmäßig zu - teils erheblichen - Verzögerungen des Vergabeverfahrens führt, versäumt hat, hierauf abgestimmte Regelungen zum weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens und zum Zuschlag zu schaffen. Ebenso wenig ist die VOB/A hieran angepasst. Eine in jeder Hinsicht befriedigende und überzeugende Lösung der sich daraus ergebenden Probleme ist nicht möglich. Sie ist so vorzunehmen, dass die berech-

tigten Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Grenzen, die die Regelungen zum Vergabeverfahren setzen, bestmöglich berücksichtigt werden.

III.

61 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 15.11.2006 - 23 O 148/06 -
KG Berlin, Entscheidung vom 05.10.2007 - 21 U 52/07 -