BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 37/11

vom

10. Januar 2013

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Kosziol und Dr. Kartzke

beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 25. Januar 2011 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Gegenstandswert: 1.099.078,35 €

Gründe:

1 1. Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf es nicht. Der Senat nimmt insoweit zunächst Bezug auf seine Ausführungen im Urteil vom 22. Juli 2010 (VII ZR 213/08, BGHZ 186, 295 Rn. 26 - 43) und im Beschluss vom 23. September 2010 (NZBau 2010, 748).

2 a) Dort hat der Senat ausgeführt, dass er keine vernünftigen Zweifel daran hat, dass seine Lösung nicht gegen europarechtliche Vorgaben des Vergaberechts verstößt. Daran vermögen die Ausführungen der Beklagten in der Nichtzulassungsbeschwerde, die auch auf die Verfassungsbeschwerde der Beklagten gegen die Entscheidung des Senats Bezug nimmt, nichts zu ändern.

3 b) Allerdings ist der Beschwerde einzuräumen, dass die Frage, ob eine Mehrbelastung von rund 7 % des gesamten Auftragsvolumens eine wesentliche Vertragsänderung ist, nicht eindeutig geklärt zu sein scheint, nachdem der Vorschlag der Kommission für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2) unter Artikel 72 Abs. 4 - wenn auch für andere Sachverhalte - eine Grenze von 5 % für angemessen ansieht. Das ist jedoch nicht entscheidungserheblich. Der Senat hat dargelegt, dass seine Lösung in Übereinstimmung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union mit den Fällen steht, in denen die Parteien den Vertrag nachträglich ändern. Dabei hat er auch - allerdings nur in einer Hilfserwägung - darauf hingewiesen, dass diese Lösung im Einklang mit dem Rechtsgedanken aus Art. 7 Abs. 3 d) der Richtlinie 93/37 EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie) steht, der durch Art. 31 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ersetzt worden ist. Diese Rechtsauffassung wird bestärkt durch den Vorschlag der Kommission, denn auch danach wird die Möglichkeit eröffnet, mit dem beauftragten Unternehmer den Vertrag ändernde Vereinbarungen zu treffen, wenn diese erforderlich sind aufgrund von Umständen, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender öffentlicher Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert wird und die Preiserhöhung maximal 50 % des Werts des ursprünglichen Auftrags beträgt (Vorschlag der Kommission Art. 72 Abs. 6). Dies belegt, dass Vereinbarungen mit dem beauftragten Unternehmer unter den genannten Voraussetzungen unbedenklich sind. Auf die Grenze von 5 % des Auftragswerts kommt es dann nicht an.

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

4 c) Für die Entscheidung des Senats kommt es nicht darauf an, dass eine nachträgliche Vertragsänderung nach diesen Voraussetzungen nicht möglich ist, wenn sie auf Umständen beruht, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender öffentlicher Auftraggeber vorhersehen konnte. Die Beschwerde verkennt, dass der Senat nicht eine nachträgliche Vertragsänderung angenommen hat, sondern den Vertrag dahin ausgelegt hat, dass eine Anpassung der Bauzeit und gegebenenfalls auch der Vergütung von vornherein vereinbart ist. Mit dieser Vereinbarung haben die Parteien den jedenfalls in Grenzen voraussehbaren Fall geregelt, dass eine Verzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren stattfindet, die auch zu einer Veränderung der Bauzeit führt. Dass eine solche Regelung vergaberechtlich möglich ist, unterliegt keinem vernünftigen Zweifel.

5 d) Aus diesem Grunde kommt es auch nicht auf die Frage an, aus wessen Verantwortungsbereich eine solche Verzögerung herzuleiten wäre.

6 2. Der Senat kann es deshalb dahinstehen lassen, ob die Vorlage des Senats an den Gerichtshof der Europäischen Union auch deshalb nicht in Betracht kommt, weil eine andere Entscheidung des Senats selbst dann nicht gerechtfertigt wäre, wenn die Beklagte sich nicht vergabekonform verhalten hätte, weil sie den Wettbewerb nicht neu eröffnet hat, nachdem die Verschiebung der Bauzeit fest stand. Es erscheint ausgeschlossen, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber mit Erfolg einwenden könnte, der geltend gemachte Mehrvergütungsanspruch scheide deshalb aus, weil der Wettbewerb von ihr nicht eröffnet worden sei.

7 3. Dahinstehen kann auch, ob und inwieweit eine eventuelle Bindung des Berufungsgerichts und des Senats an das Urteil vom 22. Juli 2010 eine Vorlage

an Gerichtshof der Europäischen Union entbehrlich machte, weil eine abweichende Entscheidung nicht möglich wäre.

8 4. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kniffka Eick Halfmeier

Kosziol Kartzke

Vorinstanzen:
LG Aurich, Entscheidung vom 20.06.2008 - 3 O 1271/06 (317) -
OLG Oldenburg, Entscheidung vom 25.01.2011 - 12 U 76/08 -