

# BGH verfeinert Rechtsprechung zu Mehrvergütungsanspruch des obsiegenden Bieters bei verzögertem Vergabeverfahren

In drei Urteilen vom 10.09.2009 (Az. VII ZR 152/09, VII ZR 82/08 und VII ZR 255/08) hatte der Bundesgerichtshof erneut über Fallkonstellationen zu entscheiden, in denen sich die Zuschlagerteilung für Bauaufträge in europaweiten Ausschreibungen in Folge von Nachprüfungsverfahren verzögerte und die obsiegenden Bieter gestützt auf diesen Umstand jeweils einen Anspruch auf Mehrvergütung geltend machten. Der BGH erhebt dadurch Ceteris paribus, seine Grundsatzerklärung vom 1.05.2009 (VII 11/08) zu bestätigen und zugleich durch einige Differenzierungen zu vertiefen. In dem vorgenannten, lange erwarteten Urteil aus Mai 2009 hatte der Bundesgerichtshof erstmals höchststrichlich entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber das wirtschaftliche Risiko einer – in Folge von Nachprüfungsverfahren, besonders komplexer Angebotsverwertung oder auch der Notwendigkeit der Einbeziehung von (polnischen) Grenen – verzögerten Vergabe trägt und im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einen Anspruch des obsiegenden Bieters auf nachträgliche Erhöhung des Vergütungsanspruchs in Abhängigkeit an die Grundsatze des § 2 Nr. 5 VOB, 8 bezieht.

## Voraussetzung des Mehrvergütungsanspruchs: Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung durch die Verzögerung

Der BGH stellt nunmehr klar, dass ein Anspruch des besuchlagten Auftragnehmers auf Mehrvergütung nur dann bestehen kann, wenn sich infolge der verzögerten Zuschlagerteilung die vertraglich geschuldete Leistung ändert, das heißt konkreter: sich die in der Ausschreibung ursprünglich vorgesehene Ausführung der Bauleistungen verschiebt. Nur in diesem Fall kann der Auftragnehmer eine Anpassung der Vergütung mit dem Ziel der Berücksichtigung der Mehrkosten für die infolge der späteren Baubeginn- rung gestiegenen Materialpreise und/oder erhöhten Forderungen von Subunternehmern verlangen.

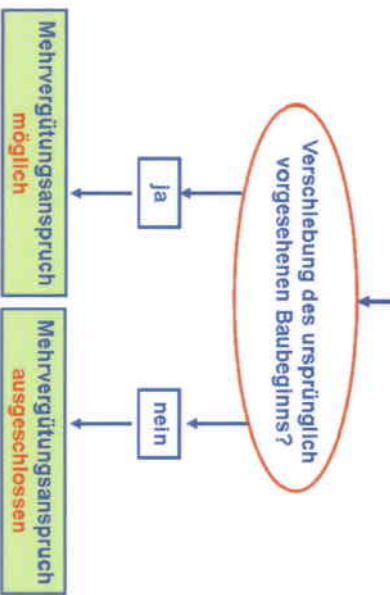
Im Gegensatz dazu scheidet ein Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers dann aus, wenn die Verzögerung des Vergabeverfahrens zwar – nach einvernehmlicher Bindefristverlängerung – zu einer späteren als der ursprünglich vorgesehenen Zuschlagerteilung führt, aber die in der Ausschreibung vorgesehenen Ausführungsfristen demnach unverändert bleiben. Infolge dessen lehnte der BGH im Urteil VII ZR 82/08 den Mehrvergütungs-

anspruch eines Auftragnehmers ab, den dieser trotz unveränderter vertraglicher Ausführungsfristen darauf gestützt hatte, dass die seiner Kalkulation ursprünglich zu Grunde liegenden günstigen Baupreise für Entgelte auf Grund der späteren Zuschlagerteilung bei seinem Lieferanten nicht mehr zu realisieren waren. Als Begründung führt der Bundesgerichtshof an, dass solche Änderungen in den Kalkulationsgrundlagen kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung sein können. Dem die Kalkulationsgrundlagen des Bieters werden we der Vertragsbestandteil noch sind; sie Gerchäftsgrundlage des Vertrages. Gleiches gilt für den in der Ausschreibung vorgesehenen Zeitpunkt des Zuschlags. Mitfin kommt nach dem BGH in diesen Fällen weder eine Preispassung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung noch ein Anspruch auf Mehrvergütung in Betracht. Eine derartige Bedingung, durch die Vertragsgestaltung von vorn herein den Zeitpunkt des Baubeginns flexibel zu gestalten und damit eine Verzögerung auszuschießen. Einer dieser Bestimmungen hat der

## BGH VII ZR 152/08 und VII ZR 82/08

**Verzögerungen des Vergabeverfahrens - Nachprüfungsverfahren, Grenenentscheidungen, aufwendige Angebotsauswertung etc. -**

**Spätere Zuschlagsentscheidung nach einvernehmlicher Bindefristverlängerung**



gänzenden Vertragsauslegung, noch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, noch nach § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/8 – der nur auf solchen Modifikationen anwendbar ist, die den geschlossenen Vertrag abändern – in Betracht. Zuschlagsabhängiger Baubeginn schließt Mehrvergütungsanspruch nicht aus. Sicht und fällt der Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers mit der Frage, ob sich die ursprünglich vorgesehenen Ausführungsfristen verschieben, so genannten Bestimmungen der Auftraggeber an

Bedingung, durch die Vertragsgestaltung von vorn herein den Zeitpunkt des Baubeginns flexibel zu gestalten und damit eine Verzögerung auszuschießen. Einer dieser Bestimmungen hat der

Bundesgerichtshof nunmehr jedoch in BGH VII ZR 152/08 einen Hinweis vorgeschoben, in dem entscheidender Fall hatte der Auftraggeber in seinen Vertragsbedingungen vorgesehen, dass die Ausführung der Bauleistungen spätestens 12 Werktage nach Zuschlagerteilung beginnen solle und hieraus abgeleitet, dass der Beginn der Arbeiten an den tatsächlichen Zuschlagsstichtagen unabhängig davon gekoppelt sei, ob der Zuschlag später als ursprünglich in der Ausschreibung vorgesehen erteilt werde.

Einen solchen Verständnis der vertraglichen Regelung ist der BGH jedoch mit der Begründung entgegen gehalten, dass ein an den tatsächlichen Zuschlag gekoppelter Baubeginn gegen § 9 Nr. 2 VOB/A verstößt, nach der dem Bieter kein ungewählter Wagnis für Unstetigkeit und Ereignisaufgebunden werden darf, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus einschätzen kann. Vergaberechtlich konform ist die vertragliche Regelung nach dem BGH dementsprechend dahingehend auszulegen, dass Antragspunkt für den Baubeginn der in den Ausschreibungsunterlagen ursprünglich vorgesehene spätere Zuschlagsstichtagen auch dann ist, wenn der Zuschlag tatsächlich später erfolgt. Der Auftraggeber kann durch eine solche vertragliche Regelung folgende nicht verhindern, dass bei später als der ursprünglich vorgesehenen Zuschlagerteilung eine Verzögerung des vertraglich vorgesehenen Baubeginns vorliegt mit der Folge, dass ein Mehrvergütungsanspruch in Betracht kommt.

**Verhandlungsverfahren: Möglichkeit der Vereinbarung eines späteren Baubeginns vor Zuschlagerteilung**

Im Verhandlungsverfahren hat der Auftraggeber jedoch in bestimmten Fallkonstellationen die Möglichkeit vor Zuschlagerteilung mit dem Bieter einen Baubeginn zu vereinbaren und dadurch grundsätzlich einen Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers zu verhindern. In dem zu Grunde liegenden Fall hatte sich der Auftraggeber – nachdem die Verzögerung in Form eines Nachprüfungsverfahrens bereits vor Zuschlagerteilung eingetreten war – noch vor Abgabe des verbindlichen Angebotes mit dem Bieter über eine Verschiebung des Baubeginns geeinigt, während eine Einigung über spätere Berücksichtigung von Verzögerungsbedingungen späteren Preis-

passungen nachweislich gerade nicht erzielt wurde. Der BGH entschied, dass der Auftragnehmer einen Mehrvergütungsanspruch wieder aus dem zu Grunde liegenden Verhandlungsverfahren gewonnen. Inhalt der Verhandlungsgrundsätze nach – mögliche Regelungen – aus den Grundsätzen der ergänzten Vertragsauslegung abgeleitet werden kann.

**Ermittlung der Höhe der Mehrvergütung**

In seiner Entscheidung VII ZR 152/08 macht der Bundesgerichtshof erstmals Ausführungen zur Ermittlung der Höhe der an den Auftragnehmer zu zahlenden Mehrvergütung. Demnach sind (trotz der geltenden Mehrkosten zu berücksichtigen, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauleistung zurückzuführen sind, Ausgangspunkt für die Ermittlung ist die Differenz zwischen den Kosten, die für die ursprüngliche Ausführung der Bauleistungen tatsächlich anfallen und den Kosten, die bei Einbringung der Bauleistungen in dem nach der Ausschreibung ursprünglich vorgesehenen Zeitraum hätten aufzuwenden müssen.

Der BGH stellt klar, dass dabei nicht die Materialkosten nach der ursprünglichen Angebotskalkulation des Auftragnehmers maßgeblich sind. Denn diese von Auftragnehmer bei Angebotsstellung zu Grunde gelegten kalkulatorischen Ansätze gehören nicht zur Geschäftsgrundlage des Vertrages. Das Risiko, das sich infolge einer Verzögerung des Vergabeverfahrens als nicht tragfähig erweisen wird, trägt nach dem BGH auch dann beim Auftragnehmer, wenn sich durch die Verzögerung das Verfahren möglichst die Bauleistungen verschoben ist, sodass auf die Differenz zwischen bei ursprünglicher Bauleistung und den Markteinlaufpreisen und den Markteinlaufpreisen, die der Auftragnehmer infolge der Verzögerung der Bauleistung tatsächlich zahlen muss.

Da sich Auftraggeber und Auftragnehmer nach der Rechtsprechung des BGH im Anschluss an den Zuschlag auf eine angepasste Vergütung verständigen müssen und diese Vergütungsvereinbarung vor Ausführung der Leistung getroffen werden soll, kann sie sich nicht nach dem tatsächlich entstandenen Kosten richten, die bei Bauleistungen gegenüberfalls erst Jahre später abschließend feststehen. Der Auftragnehmer muss vielmehr eine neue Kalkulation erstellen, bei der in die Materialkosten der neue Markteinlaufpreis zusätzlich der ursprünglichen vorgesehenen Gewinne einfließt.

