

## Mehrvergütungsanspruch wegen Kostensteigerung nach verspätetem Zuschlag

BGB §§ 133, 157, 313

Wird in einem Vergabeverfahren aufgrund öffentlicher Ausschreibung nach VOB/A der Zuschlag nach Verlängerung der Bindefristen durch die Bieter später erteilt als in der Ausschreibung vorgesehen, kann ein Mehrvergütungsanspruch nicht allein daraus hergeleitet werden, dass sich im Hinblick auf die spätere Zuschlagserteilung die Kalkulationsgrundlagen geändert haben (Fortführung von BGH, Urt. v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08, BauR 2009, 1131 = NZBau 2009, 370).

Diese Kalkulationsgrundlagen sind grundsätzlich keine Geschäftsgrundlage des später geschlossenen Vertrages.

BGH, Urteil vom 10. September 2009 – VII ZR 82/08 –

### Aus den Gründen:

Die Klägerin betreibt die Sanierung und Rekultivierung ehemaliger Braunkohletagebauflächen.

Die Maßnahme wurde im Juli 2000 ausgeschrieben. Als Ausführungszeitraum war der 01.01.2001 bis 31.12.2002 vorgegeben, als Bindefrist für die Angebote und Zuschlagstermin der 31.10.2000.

Die Klägerin gab am 26.09.2000 das günstigste Angebot ab

Am 17.10.2000 leitete ein Mitbewerber ein Vergabenaachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB ein. Die Beklagte bat die Klägerin daher mit Schreiben vom 19.10.2000 um Verlängerung der Bindefrist. Am 21.12.2000 erhielt die Klägerin den Zuschlag auf ihr Angebot vom 26.09.2000.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass mit dem Zuschlagsschreiben der Beklagten der Vertrag mit dem Inhalt des Angebots der Klägerin vom 26.09.2000, wie es wörtlich zu verstehen ist, zustande gekommen ist. Nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont der Beklagten konnte das ohne ausdrückliche Ergänzungen oder Änderungen abgegebene Angebot der Klägerin nur so verstanden werden, dass es die Bedingungen der Ausschreibung akzeptierte. Der Ausschreibungstext 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.

2. Eine Preisanpassung wegen erhöhter Stromkosten auf der Grundlage einer ergänzenden Vertragsauslegung, wie sie im BGH Urt. v. 11.05.2009 VII ZR 11/08 entwickelt wurde, kommt nicht in Betracht.

Ändern sich die Kalkulationsgrundlagen eines Bieters infolge einer Verschiebung des Zuschlags, ohne dass dies zu einer Änderung der Ausführungsfristen führt, kommt eine Preisanpassung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht in Betracht. Ein solcher Vertrag enthält keine Regelungslücke. Der in der Ausschreibung vorgesehene Zeitpunkt des Zuschlags wird nicht Vertragsbestandteil. Die Revision kann sich auch nicht darauf berufen, dass nach den Ausführungen des Senats im Urt. v. 11.05.2009 (VII ZR 11/08, Rdn. 52) die Verzögerung des Vergabeverfahrens nicht zu Lasten des Bieters gehen darf, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat, und die Einrichtung des Vergaberechtsschutzes die Rechtsstellung des Auftraggebers stärken, nicht schwächen soll. Diese Erwägungen stehen im Zusammenhang mit der durch eine Veränderung der Bauzeit veranlassten ergänzenden Vertragsauslegung und der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung. Sie enthalten keinen allgemeinen Grundsatz, dass die mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verbundenen Nachteile stets zu einer Vertragsanpassung führen müssten.

3. Eine Preisanpassung kann entgegen der Auffassung der Revision nicht aus § 2 Nr. 5 VOB/B abgeleitet werden. § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B ist eine Vertragsbestimmung, die eine Vereinbarung eines neuen Preises unter der Voraussetzung vorsieht, dass durch die Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Diese Regelung ist nur auf solche Änderungen des Bauentwurfs oder Anordnungen des Auftraggebers anwendbar, die den geschlossenen Vertrag abändern. Ihnen liegt zugrunde, dass das Äquivalenzverhältnis des geschlossenen Vertrages erhalten bleiben muss, wenn der Auftraggeber durch Ausübung eines einseitigen Bestimmungsrechts den Leistungsinhalt ändert. Es liegt auf der Hand, dass § 2 Nr. 5 VOB/B nicht den Fall regelt, dass der Auftraggeber eine Bindefristverlängerung erbittet. Denn in diesem Fall wird der Leistungsinhalt des Vertrages nicht berührt. Es ändern sich möglicherweise durch die Bindefristverlängerung des Bieters seine Kalkulationsgrundlagen. § 2 Nr. 5 VOB/B bietet keine Grundlage, deswegen eine Preisanpassung zu verlangen.

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) komme nicht in Betracht, begegnet keinen Bedenken.

a) Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (st. Rspr.: BGH, Urt. v. 25.02.1993 VII ZR 24/92, BGHZ 121, 379; Urt. v. 28.03.2006 XI ZR 425/04, BGHZ 167, 25). Ob ein bestimmter Umstand Geschäftsgrundlage ist, unterliegt wie auch die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen der tatrichterlichen Beurteilung und ist für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend. Diese Bindung entfällt jedoch, wenn gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze durch das Tatgericht verletzt worden sind oder wesentliche Umstände des Sachverhalts unberücksichtigt geblieben sind.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht entschieden, dass die auf dem preiswerten Angebot des Stromlieferanten beruhende Kalkulation der Klägerin deshalb nicht Geschäftsgrundlage geworden ist, weil der Geschäftswille der Beklagten erkennbar nicht darauf aufbaute. Es ist Sache des Unternehmers, wie er den Preis eines Bauvertrags kalkuliert. Er trägt allgemein das Risiko einer auskömmlichen Kalkulation (BGH, Urt. v. 07.07.1998 X ZR 17/97, BGHZ 139, 177, Urt. v. 28.09.1964 VII ZR 47/63, WM 1964, 1253, 1254). Die Kalkulation eines Unternehmers wird grundsätzlich nicht Geschäftsgrundlage, selbst wenn sie dem Besteller offengelegt wird (BGH, Urt. v. 28.02.2002 I ZR 318/99, NJW 2002, 2312). Es müssen besondere Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigen, der Auftraggeber habe die Kalkulation in seinen Geschäftswillen ungeachtet dessen aufgenommen, dass es grundsätzlich Sache und Risiko des Unternehmers ist, wie er kalkuliert (vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1985 VII ZR 188/84, BauR 1986, 334 = ZfBR 1986, 128). Richtig ist allerdings, dass der Bieter sein Angebot unter Berücksichtigung der Binde- und Zuschlagsfrist kalkulieren kann. Eine solche Kalkulation ist zunächst nicht riskant. Sie schafft relative Preissicherheit und erlegt dem Bieter nur die allgemeinen Risiken sich ändernder Preise auf. Diese Preisrisiken kann er durch die Einholung von Angeboten der Lieferanten und Nachunternehmer minimieren, die sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden halten. Dass der Bieter mögliche Änderungen der Zuschlagstermine nicht einkalkuliert, ist nicht zu beanstanden. Er ist dazu nicht verpflichtet und es kann ihm bei einer Vergabe auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er solche Änderungen nicht einkalkuliert hat (vgl. BGH, Urt. v. 15.04.2008 X ZR 129/06, BauR 2008, 1502 = NZBau 2008, 505). Richtig ist auch, dass der Bieter in einem Vergabeverfahren, das nicht den Regelungen der VOB/A unterliegt, auf ein Ansinnen des Ausschreibenden, die Bindefrist zu verlängern, andere Möglichkeiten hat als in einem Vergabeverfahren mit einer öffentlichen Ausschreibung. Er kann in diesem Verfahren die Verlängerung der Bindefrist davon abhängig machen, dass seinem Verlangen auf Preisänderung zugestimmt wird. Auf diese Weise kann er auf die sich durch die Verlängerung der Bindefrist ergebenden Änderungen der Kalkulationsgrundlage reagieren. Diese Möglichkeit hat der Bieter nicht, wenn er einer Bitte auf Verlängerung der Bindefrist in einem durch

öffentliche Ausschreibung eingeleitetes Vergabeverfahren nach der VOB/A zustimmt. Es ist ihm nicht gestattet, wegen durch die Verschiebung der Bindefrist veränderter Kalkulationsgrundlagen eine Änderung des angebotenen Preises zu verlangen. Das verstieße gegen das Nachverhandlungsverbot, § 24 Nr. 3 VOB/A. Würde er mit der Bindefristverlängerung ein neues Angebot vorlegen, müsste dies gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 a) VOB/A ausgeschlossen werden. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter ausgerichtetes Vergabeverfahren ist nur zu gewährleisten, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebender Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden (BGH, Urt. v. 18.09.2007 X ZR 89/04, BauR 2008, 572 = NZBau 2008, 137; Beschl. v. 18.05.2004 X ZB 7/04, BGHZ 159, 186). Der Bieter kann also einer Bindefristverlängerung nur zustimmen, wenn er das ursprüngliche Angebot aufrechterhält. Ist er aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage, das Angebot aufrechtzuerhalten, muss der Bieter die Bindefristverlängerung verweigern. Auf diese Weise macht er den Weg frei für andere Bieter, unter Umständen sogar solche, die das Nachprüfungsverfahren eingeleitet haben.

Diese Umstände allein vermögen jedoch nichts daran zu ändern, dass der Wille des Auftraggebers nicht dahin geht, die Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers zur Geschäftsgrundlage des Vertrages zu machen. An der allgemeinen Risikozuordnung für Änderungen der Kalkulationsgrundlagen ändert sich nichts, wenn der Auftragnehmer einer Bindefristverlängerung zustimmt. Denn damit erklärt er, dass der angebotene Preis bis zum Ablauf der Bindefrist, die zugleich Zuschlagsfrist ist, gilt. Das Risiko etwaiger Unwägbarkeiten wegen der Kalkulationsgrundlagen ist ihm unverändert zuzuordnen.

Dem Auftraggeber ist zwar auch bekannt, dass der Bieter nur die Wahl hat, die Zustimmung zu erklären oder aus dem Verfahren auszuschneiden. Das rechtfertigt es jedoch nicht, dem Auftraggeber über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die damit verbundenen Risiken einer Veränderung der Kalkulationsgrundlagen zuzuweisen. Dem steht schon entgegen, dass damit elementare Grundsätze des Wettbewerbs im Vergabeverfahren verletzt würden. Es wäre mit den Grundsätzen des fairen, transparenten und dem Gleichbehandlungsgebot verpflichteten Wettbewerbs nicht zu vereinbaren, wenn der Bieter über eine Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einen neuen Preis für die unveränderte Leistung verlangen könnte. Denn auf diese Weise würde ohne eine Veränderung des Leistungsinhalts nachträglich allein der Preis verändert, mit dem er sich im Wettbewerb durchgesetzt hat. Das ginge nicht nur zu Lasten des Auftraggebers, sondern auch zu Lasten derjenigen Bieter, die auf der Grundlage ihrer Kalkulation einer Bindefristverlängerung ebenfalls zugestimmt und damit eine Bindung an ihren Preis erklärt haben. Dabei kann nicht Rücksicht darauf genommen werden, dass der zunächst günstigste Bieter im Einzelfall selbst dann noch der günstigste Bieter gewesen wäre, wenn er die Möglichkeit gehabt hätte, den Preis im Vergabeverfahren anzupassen. Diese Erwägung muss außer Betracht bleiben, weil das Vergabeverfahren eine Verhandlung über den Preis nicht zulässt und deshalb im maßgeblichen Zeitraum kein Raum für eine Überprüfung des Preises ist.

Hinzu kommt, dass der Auftraggeber die Kalkulationsgrundlagen regelmäßig nicht kennt und seinerseits ein unabwägbares Risiko eingehen würde, wenn der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages hätte. Er hat deshalb keinen Anlass, die Kalkulationsgrundlagen in seinen Geschäftswillen aufzunehmen. Das ist auch nicht anders, wenn er vom Bieter auf ein Kalkulationsproblem aufmerksam gemacht wird, das darin besteht, dass nach Ablauf der ursprünglichen Zuschlagsfrist eine bis dahin sichere Bindung des Lieferanten nicht mehr besteht. Das ist für den Auftraggeber kein Anlass, das entsprechende Risiko zu übernehmen. Allein die Erklärung, der Auftragnehmer wolle durch die Bindefristverlängerung keine Nachteile durch die fehlende Bindung übernehmen und es würden Schadensersatzansprüche vorbehalten, vermag dem Auftraggeber dieses Risiko nicht zuzuweisen.

Ein Bieter kann sich nicht darauf berufen, der Wettbewerb würde durch die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Preises für die Dauer der verlängerten Bindefrist zu seinen Lasten verfälscht. Mit der Verlängerung der Bindefrist übernimmt er die Verantwortung dafür, dass sein Preis weiterhin unverändert angeboten wird. An diesem Preis muss er sich gerade zum Schutz des Wettbewerbs grundsätzlich festhalten lassen. Es ist das allgemeine Risiko eines öffentlichen Vergabeverfahrens, dass der Bieter ausscheiden muss, wenn er den Preis nicht halten kann. Derjenige, der an einem solchen Verfahren teilnimmt, kann sich nicht darauf berufen, die damit verbundenen Risiken seien unzumutbar und müssten deshalb vom Auftraggeber übernommen werden. Der Senat muss nicht entscheiden, inwieweit die Bitte um Verlängerung der Bindefrist angesichts dieser unbefriedigenden Lage für den Bieter vergabekonform ist. Verlängert der Bieter die Bindefrist ungeachtet eines eventuell bestehenden Vergabeverstoßes, kann er nicht geltend machen, der Preis müsse über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angepasst werden.

Mit dem Festhalten am angebotenen Preis werden auch keine vergaberechtlichen Grundsätze verletzt. So kann der Bieter, der auf diese Weise mittelbar gezwungen wird, aus dem Verfahren auszuschneiden, nicht geltend machen, er sei zu schützen, weil er zunächst das wirtschaftlichste Angebot im Hinblick auf die ausgeschriebene Bindefrist abgegeben habe. Ihm müsse deshalb die Möglichkeit der Preisanpassung gewährt werden. Das würde, wie bereits dargelegt, den Wettbewerb verfälschen. Auch kann er nicht geltend machen, es sei ihm nicht zuzumuten, aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden und damit auf die Amortisierung seiner Angebotskosten zu verzichten. Ein Bieter, der an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnimmt, hat keine geschützte Rechtsposition dahin, dass sich seine Angebotskosten stets amortisieren. Zwar kommt bereits mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen zwischen Auftraggeber und Bieter ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das die Parteien zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Sorgfalt verpflichtet. Bei schuldhafter Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses durch den Ausschreibenden können nach den Grundsätzen einer Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB) Schadensersatzansprüche des Bieters entstehen, die grundsätzlich auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet sind (vgl. BGH, Urt. v. 08.09.1998 X ZR 48/97, BGHZ 139, 259), also auch die Aufwendungen für das Angebot umfassen.

Die Nachteile, die der Bieter durch die Verlängerung der Bindefrist erleidet, sind den Regelungen des Vergabeverfahrens zuzuordnen, die dafür Sorge tragen, dass alle Bieter gleich behandelt werden, die notwendige Transparenz erzielt wird und der wirtschaftlichste Bieter den Zuschlag erhält. Dass der wirtschaftlichste Bieter durch ein Nachprüfungsverfahren Nachteile erleiden könnte, ist vom Gesetzgeber gesehen worden. Er hat deshalb unter bestimmten Umständen eine Schadensersatzverpflichtung des Antragstellers oder Beschwerdeführers vorgesehen, wonach missbräuchliche Antragstellung auch zum Ersatz des den Beteiligten entstandenen Schadens verpflichtet, § 125 GWB. Dass die Voraussetzungen dieses Schadensersatzanspruchs aus gutem Grund hoch sind, kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers gehen. Mit dem Nachprüfungsverfahren verwirklicht sich ein Risiko, das dem Vergabeverfahren immanent ist und das jeder Bieter zu tragen hat. Kalkuliert er insoweit nicht bestandsfest im Hinblick auf einen späteren Zuschlag, hat er eine schwächere Wettbewerbsposition als diejenigen Bieter, die ihre Preise nicht im Hinblick auf die ursprünglich vorgesehene Zuschlagsfrist kalkulieren.