

[Home](#) [Rundschreiben](#)

BVB 119/2020 - 07.08.2020

BGH: Vertragsschluss bei verzögerter Vergabe

Ein Bauvertrag kommt nicht zustande, wenn der öffentliche Auftraggeber nach einem verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren einem Bieter den Zuschlag erteilt und in dem Auftragsschreiben verbindlich neue Vertragstermine vorgibt, mit denen sich der Bieter nicht einverstanden erklärt und die Geltendmachung von Mehrkosten aufgrund der geänderten Ausführungsfristen ankündigt.

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 3. Juli 2020 entschieden (AZ: VII ZR 144/19; vgl. Anlage), dass kein Bauvertrag zu Stande kommt, wenn der öffentliche Auftraggeber nach einem verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren einem Bieter den Zuschlag erteilt und in dem Auftragsschreiben verbindlich neue Vertragstermine vorgibt, mit denen sich der Bieter nicht einverstanden erklärt und die Geltendmachung von Mehrkosten aufgrund der geänderten Ausführungsfristen ankündigt.

Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber schrieb im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A 2016 Bauleistungen für die Erhaltung und Fahrbahnerneuerung einer Bundesstraße aus. Bestandteil der Vergabeunterlagen waren die auf der Grundlage des Formulars HVA B-StB Besondere Vertragsbedingungen (Stand: 04/16) vorgegebenen Vertragsbedingungen, die als frühesten Beginn der Ausführung (Ziffer 2.1) den 5. April 2018 und als spätestes Datum der Vollendung (Ziffer 2.3) den 11. Juli 2018 bestimmten. Für das Vergabeverfahren war eine Bindefrist bis zum 9. März 2018 bestimmt. Das klagende Unternehmen gab sein Angebot vom 14. Februar 2018 ab, das sich wirtschaftlich als das günstigste erwies. Die Bindefrist wurde wegen Verzögerungen bei der Schaffung der bautechnischen Voraussetzungen einvernehmlich bis zum 4. Mai 2018 verlängert. Mit Schreiben vom 5. April 2018 teilte die Vergabestelle dem Unternehmen mit, es sei nach Ablauf der Informationsfrist (am 13. April 2018) beabsichtigt, ihm den Zuschlag zu erteilen, sofern bis dahin kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet sei und nicht andere unvorhersehbare entscheidungsrelevante Gründe eingetreten seien. Die Vergabestelle schrieb das Unternehmen mit Formblatt HVA B-StB unter dem 13. April 2018 an und erteilte dem Unternehmen den Zuschlag mit dem Hinweis, "Die Vertragsfristen gemäß Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen werden wie folgt neu festgelegt: 2.1 Beginn der Ausführung: Frühestens am 04.05.2018, 2.3 Vollendung der Ausführung: Spätestens am 15.08.2018. Ich fordere Sie auf, sich gemäß § 18 Abs. 2 VOB/A bzw. § 18 EU Abs. 2 VOB/A unverzüglich über die Annahme des vorliegenden Zuschlagsschreibens zu erklären." Mit Schreiben vom 16. April 2018 lud die Vergabestelle das Unternehmen zur Bauanlaufberatung ein und erklärte: "Gleichzeitig bitten wir um die Übergabe des Bauzeitenplans basierend auf den neu festgelegten Vertragsfristen entsprechend dem Zuschlagsschreiben vom 13.04.2018." Hierauf reagierte das Unternehmen seinerseits mit einem Schreiben und teilte mit, der gewünschte Realisierungszeitraum könne derzeit nicht bestätigt werden. Es führte hierzu aus: "Vorbereitend zur Bauanlaufbesprechung sind wir dabei die erforderlichen Kapazitäten zu prüfen. Wir werden unsere Kapazitäten nach der verspäteten Vergabe neu ordnen und Ihnen dann die möglichen Termine bekannt geben. Vorsorglich möchten wir es jedoch nicht versäumen, Ihnen schon jetzt erforderliche Mehrkosten infolge der verspäteten Vergabe und den damit verbundenen geänderten Ausführungsfristen anzukündigen. Die Grundlage dazu ist der § 2 Abs. 5 der VOB/B." Im Rahmen der Bauanlaufberatung pflegte das Unternehmen die durch die Vergabestelle neu vorgegebenen Termine in einen Bauzeitenplan ein und verlangte zugleich eine Mehrvergütung infolge der zeitlichen Verzögerungen.

Mit nachfolgendem Schreiben teilte die Vergabestelle dem Unternehmen mit, ihr sei mit dem Zuschlagsschreiben vom 13. April 2018 kein Auftrag auf ihr Angebot vom 14. Februar 2018 erteilt worden. Das im Zuschlagsschreiben enthaltene modifizierte Angebot der Vergabestelle habe das Unternehmen nicht angenommen, weil es die geänderten Vertragsfristen nicht als ursprünglichen Vertragsinhalt bestätigt und eine

Mehrvergütung verlangt habe. Die Vergabestelle informierte das Unternehmen zudem darüber, dass sie das Vergabeverfahren gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgehoben habe, weil der Zuschlag aufgrund der eingetretenen Verzögerungen nicht mehr rechtzeitig für den beabsichtigten Baubeginn habe erteilt werden können.

In dem gegen die Aufhebung der Ausschreibung geführten Nachprüfungsverfahren wies die zuständige Vergabekammer den Nachprüfungsantrag des Unternehmens als unbegründet zurück. Die Vergabestelle führte ein neues Vergabeverfahren durch, in dessen Rahmen sie die Bauleistungen modifizierte und an ein Drittunternehmen vergab. Hiernach verlangt das Unternehmen in erster Linie die Feststellung, dass im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach öffentlicher Ausschreibung zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist; hilfsweise begehrt sie Schadensersatz wegen der Aufhebung der Ausschreibung.

Das Landgericht Magdeburg hat festgestellt, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist. Hiergegen hat die Vergabestelle Berufung eingelegt. Das OLG Naumburg hat einen wirksamen Vertragsschluss verneint und festgestellt, dass die Zuschlagserteilung unter Abänderung mit Zuschlagsschreiben vom 13. April 2018 vergaberechtmäßig war. Gegen diese Entscheidung wendet sich das Unternehmen mit der beim BGH zugelassenen Revision.

Aus den Gründen

Der Bundesgerichtshof bestätigt, dass das OLG Naumburg zutreffend einen Vertragsschluss zwischen den Parteien verneint hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei in den Fällen, in denen sich aus dem Zuschlagsschreiben eindeutig neue Bauzeiten ergäben, danach zu differenzieren, ob der öffentliche Auftraggeber seinen vom Angebot abweichenden Willen deutlich zum Ausdruck gebracht habe. Ausgehend davon könne in dem Zuschlagsschreiben keine Annahme des von dem Unternehmen in dem Vergabeverfahren abgegebenen Angebots gesehen werden. Vielmehr habe es sich um eine modifizierte Annahme gehandelt, durch die eine Ablehnung des Angebots des Unternehmers im Vergabeverfahren verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines anderen Bauvertrags mit neuen Ausführungsfristen erfolgt sei. Das ergebe sich daraus, dass das Zuschlagsschreiben auf eine Änderung der in den Vergabeunterlagen zwingend vorgegebenen und im Angebot des Unternehmers ausschreibungskonform enthaltenen Ausführungsfristen gerichtet gewesen sei. Mit der im Zuschlagsschreiben weiter enthaltenen Aufforderung, das Unternehmen solle sich gemäß § 18 Abs. 2 VOB/A (2016) unverzüglich über die Annahme des Zuschlagsschreibens erklären, sei dem Unternehmen als Erklärungsempfänger deutlich gemacht worden, dass die Vergabestelle nicht von einem wirksamen Vertragsschluss ausgegangen sei. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, dass in dem Zuschlagsschreiben der Wille der Vergabestelle klar und eindeutig zum Ausdruck gekommen ist, eine neue Bauzeit nicht nur unverbindlich vorzuschlagen, sondern durch das Abweichen von den in dem Angebot der Klägerin enthaltenen Ausführungsfristen neue Baufristen vertraglich regeln zu wollen.

Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, dass die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Bauvertrag in einem verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren zustande kommt, bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Bundesgerichtshofs war:

1. Danach kann ein Zuschlag in einem solchen Fall selbst dann zu den angebotenen Fristen erfolgen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können. Das gilt jedenfalls, wenn der Zuschlag erfolgt, ohne dass er ausdrückliche Erklärungen zur Anpassung der vorgesehenen Regelungen zur Bauzeit oder zur hiervon abhängigen Vergütung enthält. Fehlt es an entsprechenden Erklärungen im Annahmeschreiben der ausschreibenden Stelle, so kommt der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande. Ein so zustande gekommene Bauvertrag ist, wenn die Parteien sich im Nachhinein nicht einigen, ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen sind.
2. Ergibt sich aus dem Zuschlagsschreiben hingegen klar und eindeutig, dass die neue Bauzeit Bestandteil des Vertrags werden soll, ist für ein Vertragsschluss durch das Zuschlagsschreiben kein Raum. Das ist etwa der Fall, wenn über die Bauzeit nicht mehr verhandelt werden soll und der

Auftraggeber diese einseitig vorgibt, so dass dem Auftragnehmer nur die Möglichkeit bleibt, sie als Vertragsbestandteil anzunehmen oder das so geänderte Angebot - eventuell verbunden mit einem eigenen Vorschlag - abzulehnen. Enthält somit das Zuschlagsschreiben wegen der Verzögerung des Vergabeverfahrens eine neue Bauzeit und bringt der Auftraggeber darin eindeutig und klar zum Ausdruck, dass er den Vertrag mit diesen Fristen zu dem angebotenen Preis bindend schließen will, kann es nicht dahin ausgelegt werden, der Zuschlag sei auf eine Leistung zur ausgeschriebenen Bauzeit erteilt worden. Die Erteilung des Zuschlags stellt in einem solchen Fall, eine Ablehnung des im Vergabeverfahren unterbreiteten Angebots des Bieters und zugleich ein neues Angebot des Auftraggebers dar. Dieses neue Angebot muss vom Bieter, um einen wirksamen Vertragsschluss anzunehmen, angenommen werden.

Vorliegend ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass das mit dem Zuschlagsschreiben das ursprüngliche Angebot abgelehnt und ein modifiziertes Angebot unterbreitet wurde. Für einen wirksamen Vertragsschluss bedurfte es daher der - vorbehaltlosen - Annahme des modifizierten Angebots durch das Unternehmen. Das Unternehmen habe zwar die geänderten Bauzeiten in der Bauanlaufbesprechung bestätigt. Es habe aber die Ausführung der Arbeiten von einer zusätzlichen Vergütung abhängig gemacht. Dadurch hat es das modifizierte Angebot der Vergabestelle mit geänderten Bauzeiten zu den in seinem Angebot enthaltenen ursprünglichen Preisen abgelehnt, so der Bundesgerichtshof. Soweit in der Ablehnung durch das Unternehmen und der damit verbundenen Forderung einer zusätzlichen Vergütung wieder ein neues Angebot gesehen werden könnte, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle dieses ausdrücklich oder konkludent angenommen hat, der Bundesgerichtshof abschließend.

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof auch den weitergehenden Antrag des Unternehmens auf Schadensersatz abgelehnt. Dem Unternehmen steht kein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns zu. Ein auf entgangener Gewinn gerichteter Schadensersatzanspruch des Bieters setzt (auch bei Fehlen eines Aufhebungsgrunds im Sinne von § 17 Abs. 1 VOB/A) voraus, dass ihm bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen und der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag an einen Dritten vergeben worden ist. Vorliegend fehle es aber an der Anspruchsvoraussetzung, dass der ausgeschriebene Auftrag einem Dritten erteilt worden ist. Die Vergabestelle habe den ursprünglich ausgeschriebenen Auftrag nicht vergeben, weil die neue Ausschreibung unter grundlegender Änderung der Vergabeunterlagen erfolgt und damit auf einen anderen Vertrag gerichtet gewesen sei. Die eingetretene Änderung des Beschaffungsbedarfs im Hinblick auf den Straßenaufbau (Struktur der Tragschichten) und den Wegfall der Schutzplanken war derart grundlegend, dass keine wirtschaftliche Identität zu dem zuvor ausgeschriebenen Auftrag bestand, so der Bundesgerichtshof. Folglich sind die ursprünglich ausgeschriebene und die tatsächlich in Auftrag gegebene Leistung nicht identisch, so dass die Voraussetzungen für einen auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch des Bieters nicht vorliegen, der Bundesgerichtshof abschließend.

Anmerkung

Immer dann, wenn es zu einer Änderung der Bauzeiten kommt, ist bieterseits zu prüfen, ob es sich um eine Zuschlagserteilung zu den ursprünglichen Vertragsfristen (evt. verbunden mit einem Anspruch auf Erstattung bauzeitlicher Mehrkosten) oder aber um ein neues Angebot mit geänderten Fristen (ohne Anspruch auf Erstattung bauzeitlicher Mehrkosten) handelt. Hier ist auch dann Vorsicht geboten, wenn von der Vergabestelle das Formblatt mit der Überschrift "Zuschlagsschreiben" verwendet wird. Der Bundesgerichtshof weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Verwendung des Formblatts mit der vorgegebenen Überschrift "Zuschlagsschreiben" keinen Rückschluss darauf zulässt, dass der Zuschlag auf das (ursprüngliche) Angebot erteilt wird. Das Formular kann vielmehr für beide Varianten verwendet werden. Zum einen für eine "echte", d. h. verbindliche Zuschlagserteilung zu den Bedingungen des Angebotes, zum anderen aber auch für einen modifizierten Zuschlag, der Änderungen des ursprünglichen Angebots enthält.

Weitere Einzelheiten entnehmen Sie bitte dem in der Anlage beigefügten Urteil.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesvereinigung Bauwirtschaft

Pakleppa



BGH_Urt. v. 3.7.20.pdf