

# Vergabeverfahrensrisiko beim Auftraggeber!

**1. Wird der Zuschlag in einem Vergabenachprüfungsverfahren mit Verzögerung erteilt und kommt ein Vertrag zustande, ist die Leistungszeit in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 2 VOB/B, die Vergütung in entsprechender Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen.**

**2. Lehnt der Auftraggeber eine solche vom Auftragnehmer verlangte Anpassung bereits dem Grunde nach ab, hat der Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht und ist daher nicht verpflichtet, mit den Bauarbeiten zu beginnen.**

**3. Eine darauf gestützte Auftragsentziehung stellt eine sog. freie Kündigung mit der Folge dar, dass der Auftragnehmer volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen kann.**

Thür. OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005 – 8 U 318/04

VOB/B §§ 2 Nr. 5, 5 Nr. 2 und 4, 6 Nr. 1, 2, 4, 8 Nr. 1

## Problem / Sachverhalt

Bei öffentlichen Bauvergaben größeren Umfangs können nach dem Submissionstermin nicht an erster Stelle liegende Bieter die Auftragserteilung im Vergabeverfahren nach dem GWB aufhalten. Durch die regelmäßig mehrere Monate betragende Verzögerung ist häufig der vorgesehene Baubeginn und gelegentlich sogar der Fertigstellungstermin bereits verstrichen, bevor das Nachprüfungsverfahren abgeschlossen ist und der Zuschlag erteilt werden kann. So auch im vorliegenden Fall, in dem es um die Errichtung einer Talsperre mit einer ursprünglichen Angebotssumme von 80 Mill. Euro geht. Nach mehrfacher Bindefristverlängerung und Zuschlagserteilung verlangt der Auftragnehmer (AN) eine Anpassung der Leistungszeit und daraus resultierende Mehrkosten von 9 Mill. Euro. Der Auftraggeber (AG) lehnt Gespräche ab, setzt Nachfrist zum Baubeginn, kündigt den Bauvertrag und beauftragt ein Drittunternehmen, welches 9 Mill. Euro teurer ist. Der AN rechnet volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen ab, klagt 8 Mill. Euro ein, woraufhin der AG widerklagend 9 Mill. Euro Schadenersatz begehrt.

## Entscheidung

Der AN ist erfolgreich, der AG nicht. Wie das LG weist auch das OLG ausweislich der o. g. Leitsätze dem öffentlichen AG das Verzögerungsrisiko zu. Der Bauvertrag ist mit den ursprünglichen Vertragsterminen zustande gekommen. Der AN kann trotz mehrfacher Bindefristverlängerungs-Erklärungen darauf vertrauen, dass die in der Ausschreibung vorgesehene Ausführungszeit zumindest „größenordnungsmäßig“ tatsächlich zur Verfügung steht. Hieraus folgt eine im Rahmen der wechselseitigen Kooperationspflichten geschuldete Vertragsanpassung.

## Praxishinweis

Erstmals hat ein OLG in einem Zivilrechtsstreit die in der Baurechtswissenschaft vertretene Auffassung bestätigt. Eine wichtige und folgenreiche Entscheidung, da viele öffentliche AG bislang in ihren internen Richtlinien verbieten, eine Mehrvergütung zu gewähren. Der Bieter / AN muss zweierlei beachten: Mit der Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist

darf nicht versucht werden, bereits Mehrkosten durchzusetzen. Nach den Vergabevorschriften muss sein (geändertes) Angebot ansonsten ausgeschlossen werden. Nach Zuschlagserteilung ist im Rahmen der Kooperationsverpflichtung der AG sofort über die Anpassungsverlangen zu informieren. Unterlässt dies der AN und beginnt mit dem Bau, stimmt er durch tatsächliches Verhalten den Vorstellungen des AG zu. Zweifelhaft ist, ob der BGH den in der Literatur überwiegend vorgeschlagenen und auch vom OLG eingeschlagenen Weg der analogen Anwendung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen bestätigen wird. Da es vor Vertragsschluss zu den Verzögerungen kommt, ist die dogmatisch überzeugendere Lösung, die im Zuschlag liegende Annahmeerklärung des AG im Wege der ergänzenden Auslegung sachgerecht an den hypothetischen Parteiwillen anzupassen.

RA Arndt Maas, Leipzig