

Vertragsanpassung bei Zuschlagsverzögerung!

Verzögert sich der Baubeginn durch ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren, so ist die Leistungszeit in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 1 VOB/B und die Vergütung in entsprechender Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Wenn der öffentliche Auftraggeber eine Vertragsanpassung in der einen oder anderen Hinsicht schon dem Grunde nach ablehnt, steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu.*)

OLG Naumburg, Urteil vom 02.10.2008 - 1 U 42/08
vorhergehend: LG Magdeburg, 27.03.2008 - 11 O 1364/07

VOB/B § 2 Nr. 5, § 5 Nr. 2, 4, § 6 Nr. 1, 2, 4, § 8 Nr. 1, 3 in IBR 2009, S. 130

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schreibt die Errichtung zweier Brückenbauwerke europaweit aus. Als Zuschlags- und Bindefrist ist der 09.11.2005 angegeben und Baubeginn soll der 31.01.2006 sowie Bauende am 15.12.2006 sein. Aufgrund eines Vergabenaachprüfungsverfahrens eines Mitbieters kann der Zuschlag an die Auftragnehmerin (AN) erst am 20.03.2006 erteilt werden. Zwei Tage später weist diese auf die Änderung der Ausführungsfristen hin und bittet um Anerkennung **verzögerungsbedingter Mehrvergütungsansprüche** dem Grunde nach. Sie legt am 30.03.2006 auch einen angepassten vorläufigen Bauablaufplan vor. Der AG weist ihr Anliegen zurück, spricht eine Verzugsetzung aus und verlangt eine Aufholkonzeption. Obwohl die AN zwei neue Bauablaufpläne beifügt, kündigt der AG Mitte September 2006 den Bauvertrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B, auch weil die gesetzte Aufholfrist zum 31.12.2006 nicht mehr realisierbar ist. Trotz Zurückweisung der Kündigung durch die AN bleibt der AG bei der Kündigung, so dass die AN nach Schlussrechnungslegung die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen einklagt.

Entscheidung

Mit Erfolg! Das OLG bestätigt das entsprechende Grundurteil des Landgerichts ausweislich des Leitsatzes. Da der AG **kooperationswidrig** die **Vertragsanpassung** in entsprechender Anwendung dieser VOB/B-Bestimmungen **abgelehnt** hatte, konnte die AN ihre **Leistungen verweigern**. Sie war nicht in Verzug, schon weil nach Zuschlagserteilung keine neuen, an die veränderten Bauzeiten angepassten Vertragsfristen vereinbart worden waren. Der von ihr im März vorgelegte Bauablaufplan wurde nicht Vertragsbestandteil, weil der AG ihn nicht akzeptiert hatte. Auch die vorgelegten Aufholkonzeptionspläne waren als unzureichend zurückgewiesen worden.

Praxishinweis

Das OLG Jena (IBR 2005, 462) hatte erstmals in einem Zivilrechtsstreit - übrigens zu einem vergleichbaren Auftraggeberverhalten - die **notwendige Anpassung** sowohl der **Vertragszeit** als auch der **Vergütung** in **entsprechender Anwendung der VOB/B-Vorschriften** ausgeurteilt. Andere Entscheidungen variieren nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung (insbesondere OLG Hamm, IBR 2007, 179; IBR 2008, 424). Der BGH hat bereits im Januar den Fall des KG (IBR 2008, 108) mündlich verhandelt, so dass zeitnah ein die Problematik höchstrichterlich klärendes Urteil zu dieser Schnittstelle zwischen VOB/A und VOB/B ergehen wird. Es ist zu erwarten, dass auch der BGH das Vergabeverfahrensrisiko dem Auftraggeber zuweisen und notwendig vorbehaltlosen Bindefristverlängerungen des Auftragnehmers keine anspruchsausschließende Wirkung

beimessen wird. Denn er hat sich im Wettbewerb durchgesetzt. Inhalt seiner günstigsten Angebotskalkulation ist auch der in der ursprünglichen Ausschreibung vorgegebene Zeitraum. Ihm kann nicht zugemutet werden, einseitig und unter Ausblendung aller Konkurrenten ein erhebliches finanzielles Risiko zu übernehmen, das er bei der Abgabe seines Angebots nicht kannte.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Arndt Maas