

Mehrvergütungsanspruch ja! – aber...
Rechtsprechungsüberblick zur Preisanpassung bei Verzögerungen im Vergabeverfahren

Verzögerung bei der Vergabe und hierdurch bedingte Verschiebungen bei der vorgesehenen Bauzeit können für den Bieter, welcher letzten Ende den Zuschlag erhält, erhebliche wirtschaftliche Folgen haben. Plakatives Beispiel ist eine Verteuerung der Rohstoffe, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe für den Bieter noch nicht abzusehen war und die im Rahmen der veränderten Bauzeit eingetreten ist. Dies kann den Unternehmer zu einer Anpassung der vereinbarten Vergütung berechtigen, wie der BGH mit seiner Entscheidung vom 11.05.2009 (VII ZR 11/08) wegweisend urteilte. Seither hat die Rechtsprechung Voraussetzungen und Berechnung des Anpassung weiter geklärt:

1. Anspruchsgrundlage

Der Anpassungsanspruch folgt aus einer Analogie zu §2 Nr. 5 VOB/B: wird aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, kann ein neuer Preis verlangt werden. Es ist bekannt, dass Anweisungen, die lediglich Einfluss auf Bauzeit haben, solche „Anordnungen“ darstellen können. Auf eine analoge Anwendung dieses Rechtssatzes bezieht der BGH seine Entscheidung, wobei er darüber sogar hinausgeht: denn Voraussetzung für die Anpassung bei einem verzögerten Zuschlag ist nicht, dass der Auftraggeber für diese Verzögerung „verantwortlich“ im herkömmlichen Sinn wäre. So hat z.B. eine Preisanpassung auch dann zu erfolgen, wenn die Verzögerung auf ein zu Unrecht (!) eingeleitetes Nachprüfungsverfahren eines Bieterkonkurrenten beruht.

2. Voraussetzung I – Vertrag zu ungeänderten Bedingungen

Erste Voraussetzung ist, dass der Vertrag trotz der Verzögerung zunächst zu **ungeänderten Bedingungen** zustande kommt. **Achtung, denn hier steckt der Teufel im Detail!** Der Anpassungsanspruch scheidet nämlich z.B. aus, wenn das Zuschlagsschreiben des Auftraggebers neue Ausführungsfristen enthält. Damit wird dem Bieter praktisch ein neues, geändertes Angebot unterbreitet. Behält sich dieser hier nicht die Anpassung der Vergütung vor, bevor er mit Ausführung seiner Leistung beginnt, kommt ein geänderter Vertrag mit neuen Fristen zustande! Für eine Anwendung des §2 Nr. 5 VOB/B ist dann kein Raum und eine Anpassung scheidet aus (OLG Celle, Urteil vom 17.06.2009 - 14 U 62/08)!

Dagegen stellt die einfache Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist durch den Bieter für sich noch keine Änderung des Vertragsangebotes dar (klarstellend nochmals BGH IBR 2009, 628 und IBR 2010, 128).

3. Voraussetzung II – Verlängerung der Ausführungsfrist

Weitere Voraussetzung ist, dass die preisändernden Umstände gerade **aufgrund einer Verschiebung der Bauzeit** beruht, die ihrerseits wiederum durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens bedingt sein muss. Hat die Verzögerung keine Auswirkungen auf die Bauzeit, besteht keine Veranlassung dem Bieter sein Kalkulationsrisiko abzunehmen. Dies gilt selbst dann, wenn der Bieter sich bei seiner Zustimmung zur Verlängerung der Angebotsbindung eine Anpassung wegen Änderungen während der Zuschlagsfrist vorbehält (vgl. BGH, Urteil vom, 10.09.2009 – VII ZR 82/08). In dem entschiedenen Fall hatte sich ein Subunternehmer des Bieters an ein eigenes günstiges Angebot, welches der Bieterkalkulation zu Grunde lag, nicht mehr gebunden gefühlt und selbst höhere Preise verlangt. Dem Bieter erwuchs hieraus kein Anspruch, weil sich die Ausführungsfrist nicht änderte!

4. Berechnung der Anpassung

Verwirrend ist dagegen die Berechnung der Mehrvergütung durch den BGH. Die Analogie zu §2 Nr. 5 VOB/B legt es nahe, sich auch bei der Berechnung nach dieser Vorschrift zu richten. Danach richtet sich die Anpassung nach der Urkalkulation („guter Preis bleibt guter Preis – schlechter Preis bleibt schlechter Preis“).

Der BGH sieht dies anders und gesteht dem Unternehmer die **tatsächlichen Mehrkosten** der Bauzeitverlängerung zu. Diese errechnen sich aus der Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten der verschobenen Ausführungszeit und den hypothetischen Kosten nach der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit. Rechtstechnisch rückt der Anspruch damit in die Nähe eines Schadensersatzanspruches. An die Preisermittlungsgrundsätze seiner Urkalkulation sei der Bieter, laut BGH, dagegen nicht gebunden (vgl. BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 82/08).