



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 129/09

Verkündet am:
22. Juli 2010
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 133 B, 157 D

Ein Zuschlag in einem durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt im Zweifel auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können und der Auftraggeber daher im Zuschlagsschreiben eine neue Bauzeit erwähnt.

BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 129/09 - OLG Celle
LG Hannover

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 17. Juni 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin fordert als Auftragnehmerin von der beklagten Bundesrepublik Deutschland Mehrvergütung wegen erhöhter Zementkosten aufgrund einer sich aus einem verzögerten Vergabeverfahren ergebenden Veränderung der Bauzeit.
- 2 Die Beklagte schrieb Bauarbeiten für einen Straßenneubau (Grundenerneuerung der BAB 27) aus. Das Los war in mehrere Abschnitte unterteilt; bei Teil 1a und b sollte Beginn der Bauarbeiten der 1. April 2003 sein; das Ende war auf den 17. Oktober 2003 festgelegt. Bei Teil 2 war als Beginn der Arbeiten

der 1. April 2004 vorgesehen; die Arbeiten sollten endgültig spätestens am 18. Juni 2004 fertiggestellt sein. Als Bindefrist für die abzugebenden Angebote war der 25. März 2003 vorgesehen. Die Klägerin gab unter dem 27. Januar 2003 ein Angebot ab, das unter anderem Nebenangebote enthielt, nach denen die Ausführung beider Lose im Jahr 2003 erfolgen sollte.

3 Die Beklagte beabsichtigte zunächst, den Zuschlag einer Konkurrentin der Klägerin zu erteilen. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit einem Vergabenaachprüfungsverfahren, das Erfolg hatte. Daraufhin beabsichtigte die Beklagte, der Klägerin den Zuschlag zu erteilen, wogegen die Konkurrentin das Nachprüfungsverfahren einleitete, was erfolglos blieb. Während dieser Verfahren hatte die Beklagte ständig um Bindefristverlängerungen gebeten, die von der Klägerin auch erklärt worden waren, zuletzt bis zum 17. November 2003. Am 10. November 2003 erhielt die Klägerin den Zuschlag. Im Zuschlagsschreiben heißt es u.a.:

- "1. aufgrund Ihres o.a. Angebotes erteile ich Ihnen hiermit den Auftrag ... zu den in Ihrem Angebot ... aufgeführten Einheitspreisen und Bedingungen.
2. Ihre Nebenangebote ... Nr. 3 (Bauausführung innerhalb eines Kalenderjahres), Nr. 4 (Verschiebung der Bauausführung des 2. Bauabschnittes in direktem Anschluß an die Abschnitte 1a und b), Nr. 5 (Bauzeitverkürzung Bauabschnitt 1a) und Nr. 6 (Bauzeitverkürzung Bauabschnitt 1b) habe ich berücksichtigt und kommen zur Ausführung.

...

5. Wie bereits besprochen sind beide Bauabschnitte (1a + b und 2) im Jahr 2004 durchzuführen. Die Bezahlung des Bauabschnittes 2 findet entsprechend ihrem Nebenangebot Nr. 3 im Januar 2005 statt.

6. Spätester Baubeginn ist der 29.3.2004.

...

11. Der Vertrag gilt mit diesem Zuschlagsschreiben als geschlossen. Eine urkundliche Festlegung ist nicht vorgesehen.

12. Den Empfang dieses Auftrages bitte ich mir schriftlich zu bestätigen und mir den tatsächlichen Baubeginn ebenfalls schriftlich mitzuteilen."

4 Unter dem 24. November 2003 antwortete die Klägerin wie folgt:

"Wunschgemäß bestätigen wir hiermit den Empfang ihres o.g. Auftrages.

Bezugnehmend auf den voraussichtlichen tatsächlichen Baubeginn verweisen wir auf das mit ihrer sehr geehrten Frau S. am 29.10.2003 geführte Gespräch, in welchem festgelegt wurde, dass im Rahmen einer gemeinsamen Bauanlaufberatung im Februar 2004 der tatsächliche Baubeginn festgelegt werden soll."

5 Am 12. Februar 2004 fand u.a. mit den Vertretern der Parteien eine gemeinsame Bauanlaufbesprechung statt. In dem hierüber gefertigten Vermerk heißt es:

"1. Allgemeines

Folgende Bauzeiten werden aufgrund der Verlängerung der Zuschlagsfrist und unter Berücksichtigung der Nebenangebote für das Erd- und Deckenlos vertraglich vereinbart:

Abschnitt 1a: ... 1.3.2004 bis 29.7.2004

Abschnitt 2: ... 1.8.2004 bis 18.10.2004

Abschnitt 1b: ... 1.3.2004 bis 14.7.2004"

6 Mit Schreiben vom 21. April 2004 meldete die Klägerin erstmals Mehrkosten für Zement und Stahl an.

7 Die für die Beklagte handelnde Behörde erklärte nach monatelangen Auseinandersetzungen der Parteien über die Mehrforderung mit Schreiben vom 2. Dezember 2004, dass sie dem Grunde nach verzögerungsbedingte Mehrkosten für Dübel, Anker sowie Zement für die Bauabschnitte 1a und b zu vergüten habe, soweit sich diese aufgrund einer Verschiebung des Baubeginns um 3 ½ Monate ergeben hätten. Dabei legte sie als Verschiebung den Zeitraum von der Zuschlagserteilung bis zum Baubeginn, also vom 10. November 2003 bis zum 1. März 2004 zugrunde, weil nach der Ausschreibung die Bauabschnitte 1a und b unmittelbar nach dem Zuschlag hätten begonnen werden sollen.

8 Die Klägerin hat zunächst 601.347,34 € nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 414.973,10 € nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat nach Klagerücknahme im Übrigen in der Berufungsinstanz zuletzt noch einen Anspruch in Höhe von insgesamt

558.063,68 € nebst Zinsen geltend gemacht und diesen nur noch auf erhöhte Zementpreise gestützt. Die Berufung der Klägerin hatte keinen, die der Beklagten hatte teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 288.262,54 € nebst Zinsen verurteilt und diesen Anspruch auf ein deklaratorisches Anerkenntnis gestützt. Es hat die Revision zugelassen und zur Begründung ausgeführt, dass es sich bei der Ausgangsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Bieter bei verzögerter Vergabe ein Anspruch auf hierdurch entstandene Mehrkosten zustehe, wenn im Zuschlagsschreiben ausdrücklich neue Bauzeitenregelungen angesprochen werden, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handele. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision ihren Klageanspruch in der zuletzt noch geltend gemachten Höhe weiter. Die Beklagte möchte mit ihrer Revision, die sie hilfsweise als Anschlussrevision verstanden wissen möchte, Klageabweisung erreichen.

Entscheidungsgründe:

9 Revision und Anschlussrevision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils.

I.

10 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in BauR 2009, 1308 veröffentlicht ist, hält einen Mehrvergütungsanspruch nur für gegeben, soweit die Beklagte diesen mit Schreiben vom 2. Dezember 2004 dem Grunde nach

anerkannt habe. Ein allgemeiner und damit weitergehender Mehrvergütungsanspruch wegen der verzögerten Vergabe bestehe hingegen nicht.

11 Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Grundsätze des Urteil des Senats vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47) angenommen, dass sich das Angebot der Klägerin vom 29. Januar 2003 bis zum Zuschlag durch die Beklagte inhaltlich nicht verändert habe, insbesondere nicht hinsichtlich der angebotenen Bauzeiten und der Preise. Dieses Angebot habe die Beklagte jedoch nicht unverändert angenommen, es mithin abgelehnt und gemäß § 150 Abs. 2 BGB mit ihrem Zuschlagsschreiben vom 10. November 2003 ein neues Angebot unterbreitet. Nehme ein Auftraggeber das Angebot des Auftragnehmers auf Abschluss eines Bauvertrages mit der Maßgabe an, dass eine neue Bauzeit festgelegt werde, gelte das als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag auf Abschluss des Vertrages. Ziffer 6 des Zuschlagsschreibens enthalte die Festlegung eines neuen Baubeginns bis spätestens 29. März 2004 sowie Ziffer 5 die Bestimmung, beide Bauabschnitte seien im Jahr 2004 durchzuführen. Diese Änderungen gegenüber dem Ursprungsangebot und damit der Umstand, dass die Beklagte ein neues Angebot auf Abschluss eines Bauvertrages unterbreitet habe, sei für die Klägerin auch ohne weiteres erkennbar gewesen. Die Beklagte habe der Vorgabe des § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A aF entsprochen, den Bieter aufzufordern, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären. Denn sie habe in Ziffer 12 des Zuschlagsschreibens vom 10. November 2003 die Klägerin aufgefordert, den Empfang dieses Auftrags schriftlich zu bestätigen und den tatsächlichen Baubeginn mitzuteilen.

12 Es könne dahinstehen, ob das Schreiben der Klägerin vom 24. November 2003 lediglich eine Empfangsbestätigung hinsichtlich des Zuschlagsschreibens vom 10. November 2003 oder eine Annahmeerklärung beinhalte. In jedem Fall habe die Klägerin das neue Angebot der Beklagten durch

die Aufnahme der Arbeiten konkludent angenommen. Das neue Angebot der Beklagten habe das Ursprungsangebot der Klägerin indes nur hinsichtlich der Bauzeit, nicht jedoch hinsichtlich der ursprünglichen Angebotspreise geändert. In einem solchen Falle komme eine ergänzende Vertragsauslegung nach den Maßstäben des Senatsurteils vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, aaO) nicht in Betracht. Denn der auf der Basis des neuen Angebotes zustande gekommene Vertrag enthalte keine Regelungslücke. Das neue Angebot enthalte neue Fristen, basiere aber hinsichtlich der Preise auf dem Ursprungsangebot des Bieters.

13 An diesem Ergebnis ändere das Schreiben der Klägerin vom 21. April 2004 nichts. Dies stelle lediglich ein Angebot auf eine Vertragsänderung dar, das die Beklagte nicht angenommen habe.

14 Der Mehrkostenanspruch der Klägerin rechtfertige sich auch nicht aus dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder der grundsätzlich anzunehmenden Kooperationspflicht der Parteien eines Bauvertrages. Schließlich stehe der Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 2, § 280 Abs. 1 BGB zu, weil die Beklagte das Vergabeverfahren schuldhaft verzögert hätte. Denn jedenfalls sei eine möglicherweise zu bejahende Pflichtverletzung der Beklagten für den geltend gemachten Schaden nicht ursächlich. Im Rahmen des Vertragsschlusses sei es der Klägerin nämlich unbenommen gewesen, neue Vertragspreise geltend zu machen, worauf die Beklagte sich redlicherweise auch hätte einlassen müssen.

15 Der Klägerin stehe aber ein Anspruch auf verzögerungsbedingte Mehrkosten für Zement für die Bauabschnitte 1a und b für die Zeit vom 10. November 2003 bis 29. Februar 2004 einschließlich zu. Dieser Anspruch rechtfertige sich aufgrund des von der Beklagten abgegebenen Anerkenntnis-

ses aufgrund des Schreibens des N.-Amtes vom 2. Dezember 2004. Dieses Schreiben beinhalte ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. Es könne nicht anders verstanden werden, als dass es ein Teilerkenntnis dem Grunde nach für die geltend gemachten Kosten für Dübel, Anker sowie Zement für die Bauabschnitte 1a und b enthielt, allerdings beschränkt auf die Zeit von der Zuschlagserteilung bis zum Baubeginn. Nachdem die Mehrkosten für Dübel und Anker nicht mehr im Streit seien, sei dieser der Klägerin zustehende Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B zu berechnen. Hinsichtlich des Zements stehe der Klägerin danach ein Anspruch auf Zahlung von noch 288.262,54 € zu. Der Zulieferer H. habe gegenüber der Klägerin Mehrkosten im Vergleich zu seinem Angebot vom 24. Januar 2003 sowie der hierauf beruhenden Kalkulation der Klägerin für gelieferten Zement geltend gemacht. Dies sei zwar erst nach Ablauf des hier interessierenden Zeitraums vom 10. November 2003 bis 29. Februar 2004 geschehen. Die Klägerin sei aber nicht in der Lage gewesen, nach dem 10. November 2003 ein Mehrpreisverlangen der Firma H. für Lieferungen von Zement im Jahr 2004 erfolgreich abzuwehren. Denn selbst wenn das Angebot der Firma H. vom 24. Januar 2003 an die Klägerin nicht insgesamt freibleibend gewesen sei, sei eine etwaige Bindung der Firma H. sowohl nach dem Inhalt des Angebotes selbst als auch nach dem übereinstimmenden Willen der künftigen Vertragsparteien jedenfalls für Zementlieferungen für den ersten Bauabschnitt allenfalls dann gewollt gewesen, wenn diese im Jahr 2003 stattfinden würden. Das Berufungsgericht hat, sachverständig beraten, den Mehrvergütungsanspruch unter Berücksichtigung der entstandenen Mehrkosten gemäß § 287 ZPO abzüglich einer von der Beklagten bereits geleisteten Zahlung auf insgesamt 288.262,54 € geschätzt.

II.

16 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Revision der Klägerin

17 Das Berufungsgericht verneint zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrages. Seine Ansicht beruht auf einer unzutreffenden Auslegung der von den Parteien im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebenen Willenserklärungen. Zwar ist die Auslegung von Individualvereinbarungen grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung danach, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (BGH, Urteile vom 6. November 2009 - V ZR 63/09, MDR 2010, 228; vom 10. September 2009 - VII ZR 255/08, BauR 2009, 1908 = NZBau 2009, 781 = ZfBR 2010, 94 jeweils m.w.N.). So liegt der Fall hier. Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis nicht gebunden; da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann er die Auslegung selbst vornehmen.

18 a) Noch zu Recht ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den vom Senat im Urteil vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47) entwickelten Grundsätzen davon ausgegangen, dass die einfache Bindefristverlängerung durch einen Bieter nur die Bedeutung hat, dass das ursprüngliche Vertragsangebot inhaltlich konserviert und die rechtsgeschäftliche Bindungsfrist an das Angebot gemäß § 148 BGB, zugleich Bindefrist nach § 19 Nr. 3 VOB/A aF, verlängert werden soll. Aussagen dazu, was vertraglich zu gelten hat, wenn die

Ausführungsfristen der Ausschreibung und des Angebots nicht mehr eingehalten werden können, sind damit nicht verbunden. Insbesondere ändert der Bieter hiermit nicht sein Angebot hinsichtlich der Ausführungstermine ab (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 26. November 2009 - VII ZR 131/08, BauR 2010, 455 = NZBau 2010, 102 = ZfBR 2010, 245).

19 b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, die Beklagte habe das hiernach unveränderte Angebot der Klägerin vom 29. Januar 2003 mit ihrem Zuschlagsschreiben vom 10. November 2003 nicht unverändert angenommen.

20 Zwar ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zutreffend, dass die als bindend verstandene Festlegung einer vom Angebot abweichenden Bauzeit in der Annahmeerklärung nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Angebot gilt (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03, BGHZ 162, 259, 268 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO Tz. 33 m.w.N.). Jedoch leidet die Auslegung des Zuschlagsschreibens dahin, dass dieses eine neue Bauzeit verbindlich festlegen wolle, mithin nur mit dieser Änderung das Angebot der Klägerin annehmen, an Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen, die Interessen der Parteien in seine Erwägungen zur Auslegung nicht genügend einbezogen und den Grundsatz einer im Zweifel vergaberechtskonformen Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt.

21 aa) Das Berufungsgericht hat ausschließlich auf den Wortlaut der Nrn. 5 und 6 des Zuschlagsschreibens abgestellt und ohne nähere Begründung hierin die Festlegung einer veränderten Bauzeit gesehen. Es hat versäumt, die Nrn. 1 und 11 des Zuschlagsschreibens bei der Auslegung zu berücksichtigen. Es hätte sich damit auseinandersetzen müssen, wie deren Wortlaut mit dem Wortlaut

der Nrn. 5 und 6 des Schreibens in Überklang zu bringen ist. Denn nach der Nr. 1 sollte der Klägerin "hiermit" der Auftrag zu den im "Angebot vom 28.01.2003 aufgeführten ... Bedingungen" erteilt werden. Letzteres spricht gerade gegen eine Änderung der dort vorgesehenen Bauzeit. Gleiches gilt für die Formulierung, dass der Auftrag "hiermit" erteilt sei, was der Notwendigkeit einer Annahmeerklärung durch die Klägerin entgegensteht. Noch ausdrücklicher findet sich diese Sichtweise in Nr. 11 des Schreibens, wonach der Vertrag mit diesem Zuschlagsschreiben als geschlossen gelten solle und eine urkundliche Festlegung nicht vorgesehen sei.

22 Demgegenüber lässt der Wortlaut der Nr. 5 des Schreibens jedenfalls zu, hierin nur einen Hinweis auf die tatsächlich notwendig werdende Verschiebung der Bauzeit in das Jahr 2004 zu sehen, nachdem das Zuschlagsschreiben erst am 11. November 2003 erging und die verbleibende Zeit im Jahr 2003 ersichtlich nicht ausreichte, das Bauvorhaben durchzuführen. Die Nr. 6 des Schreibens nennt lediglich einen Termin als spätesten Baubeginn. Angaben zu Dauer und Fertigstellungsterminen fehlen. Der Wortlaut steht einem Verständnis deshalb nicht entgegen, dass eine neue verbindliche Bauzeit mit dem Zuschlagsschreiben noch nicht genannt worden sein soll.

23 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts spricht der Wortlaut der Nr. 12 des Schreibens nicht für eine Änderung des Angebots der Klägerin. Denn die Vorgabe des § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A aF wird hiermit nicht erfüllt. Die Beklagte bat lediglich um eine Bestätigung des "Empfangs dieses Auftrages". Dies ist gerade keine Aufforderung, eine rechtsgeschäftliche Erklärung dazu abzugeben, ob man mit Änderungen des Angebotes einverstanden sei. Auch die Aufforderung, den tatsächlichen Baubeginn schriftlich mitzuteilen, deutet nicht auf den Wunsch nach einer rechtsgeschäftlichen Erklärung hin, sondern

beinhaltet dem Wortlaut nach zunächst nur die Mitteilung einer tatsächlichen Handlung.

24 Indem das Berufungsgericht den Inhalt und Wortlaut des Zuschlagschreibens nicht insgesamt gewürdigt und zueinander in Beziehung gesetzt hat, hat es sich den Blick dafür verstellt, dass die Erwähnung der Termine und Zeiten in den Nrn. 5 und 6 nicht nur eine Bedeutung im Sinne einer vertraglichen Vorgabe der Bauzeit haben kann. Vielmehr besteht auch die Möglichkeit, dass es sich insgesamt um die vorbehaltlose und unveränderte Annahme des Angebots der Klägerin durch die Beklagte handelt, gekoppelt mit dem gleichzeitigen Vorschlag einer Einigung über eine neue Bauzeit. Zu diesem Verständnis führt eine interessengerechte Auslegung der Erklärung.

25 bb) Das Berufungsgericht hat die Interessen der im öffentlichen Vergabeverfahren nach VOB/A ausschreibenden beklagten Auftraggeberin nicht berücksichtigt. Ein Zuschlag in einem solchen Verfahren ist nämlich regelmäßig so auszulegen, dass er sich auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 37 zu Fällen, in denen im Zuschlagsschreiben keine Äußerungen zur Bauzeit enthalten sind). Dies gilt auch dann, wenn - wie hier - zwar eine neue Bauzeit angesprochen wird, das Zuschlagsschreiben insgesamt aber nicht eindeutig ergibt, dass der Vertrag nur zu bestimmten veränderten zeitlichen Bedingungen geschlossen werden soll.

26 Im Rahmen des auch für den modifizierten Zuschlag geltenden § 150 Abs. 2 BGB sind die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden. Sie erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots, wenn er von dem Vertragswillen des Anbietenden abweichen will, dies in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt. Erklärt der Vertragspartner seinen vom

Angebot abweichenden Vertragswillen nicht hinreichend deutlich, so kommt der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 35; Urteil vom 18. November 1982 - VII ZR 223/80, BauR 1983, 252, 253).

27 (1) Der Zuschlag auf das unveränderte Angebot mit den wegen Zeitablaufs bereits obsolet gewordenen Fristen und Terminen ist die einzige Möglichkeit, das wesentliche Ziel des Vergabeverfahrens, es mit einem Vertragsschluss zu beenden, mit Sicherheit zu erreichen. Ginge man von einer Annahme unter Abänderungen aus, hätte es der Bieter in der Hand zu entscheiden, ob das bis dahin ordnungsgemäß durchgeführte Vergabeverfahren letztlich vergeblich war; er wäre an sein Angebot gerade im Widerspruch zu den erklärten Bindefristverlängerungen faktisch nicht mehr gebunden. Außerdem bestünde die Gefahr, dass es möglicherweise nie zu einem Vertragsschluss kommt. Denn bei jedem mangels Vertragsschluss neu durchgeführten Vergabeverfahren könnten erneut Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren eintreten, die wieder dieselben Folgen hätten. An einem solchen Ergebnis kann niemand interessiert sein; es muss tunlichst vermieden werden (vgl. Gröning, BauR 2004, 199, 201). Deshalb entspricht es im Zweifel dem Interesse beider Parteien, dass mit dem Zuschlag der Vertrag zwischen ihnen bindend zustande kommt. Dieses Interesse des Auftraggebers zeigt sich auch in der wiederholten Aufforderung an die Bieter, Zustimmungserklärungen zur Bindefristverlängerung, die über die ursprünglich ins Auge gefassten Ausführungsfristen hinausgehen, abzugeben. Dies belegt, dass der Auftraggeber in einem solchen Verfahren ein gewichtiges Interesse an einem sicheren, von ihm durch den Zuschlag bestimmten Vertragsschluss mit dem Bieter hat, dessen Angebot sich im Vergabeverfahren als das wirtschaftlichste erwiesen hat. Würde der Auftraggeber am Ende eines solchen Vergabeverfahrens lediglich eine abändernde Annahme aussprechen, mit der er die wunschgemäß aufrecht erhaltene Bindung des Bieters gerade lösen würde,

handelte er im Widerspruch zu den zuvor geäußerten Wünschen auf Verlängerung der Bindefrist. Damit muss und kann ein Bieter im Zweifel nicht rechnen.

28 (2) Auch der Bieter hat ein Interesse am Zustandekommen des Vertrages bereits mit dem Zuschlag, weil er ansonsten das im Hinblick auf die Ausführungsfristen neue Angebot des Auftraggebers (ohne Preisänderungen) nicht vorbehaltlos annehmen, sondern nur abgeändert, also als erneutes Angebot im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB akzeptieren dürfte, wollte er sich die Möglichkeit erhalten, Preisänderungen geltend zu machen. Er könnte dann nicht sicher sein, dass der Auftraggeber sich mit einem solchen Ansinnen auf Preisanpassung einverstanden erklären wird. Damit bliebe letztlich - zumindest vorübergehend - der Abschluss eines wirksamen Bauvertrages offen.

29 (3) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, seine Auslegung stehe mit dem Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A aF im Einklang, weil die Vorschrift nicht für die Zeit nach dem Zuschlag gelte. Jedenfalls im Zeitpunkt der Erklärung des Zuschlags gegenüber dem Bieter ist der Auftraggeber an das Nachverhandlungsverbot noch gebunden, weil anderenfalls der hiermit verbundene Schutz des Wettbewerbs und der Bieter im Vergabeverfahren unvollkommen wäre (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 39). Etwas Anderes ergibt sich nicht aus § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A aF. Denn diese Regelung erlaubt einen veränderten Zuschlag nur dann, wenn nicht gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen wird (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 40 m.w.N.).

30 Da dem Auftraggeber nicht unterstellt werden kann, gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen zu wollen, kann in einem Zuschlag, der das ursprüngliche Angebot akzeptiert, auch wenn er eine neue Bauzeit erwähnt, grundsätzlich keine Anfrage nach Veränderung der angebotenen Ausführungs-

frist, weder mit gleich bleibender noch veränderter Vergütungsvereinbarung, gesehen werden.

31 (4) Damit ergibt die interessengerechte Auslegung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Zuschlagsschreibens vom 10. November 2003, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin unverändert auch hinsichtlich der Bauzeiten angenommen hat. Die Angaben zur neuen Bauzeit, die wegen der inzwischen abgelaufenen alten Bauzeit gefunden werden musste, stellt bei interessengerechter Auslegung keine vergaberechtlich unzulässige Neuverhandlung anderer Vertragsbedingungen dar, sondern einen Hinweis der Beklagten darauf, welche neue Bauzeit sie aufgrund der veränderten Umstände für notwendig erachtet. Denn der Abschluss eines Vertrages zu Bedingungen, die eine Bauzeit vorsehen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses bereits verstrichen ist, enthält zugleich die Einigung darüber, dass die Parteien den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue, dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch noch eine Einigung herbeiführen wollen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 44). Vorschläge des Auftraggebers, die eine solche nachträgliche Einigung herbeiführen sollen, müssen nicht in einer getrennten Erklärung erfolgen. Vielmehr können sie bereits zusammen mit dem Vertragsschluss abgegeben werden, weil zum Zeitpunkt des Zugangs dieses Vorschlags die durch den Vertragsschluss entstandene Notwendigkeit einer Neuverhandlung und Bestimmung der Ausführungsfristen bereits besteht. Diese sind noch verhandelbar. Die Parteien sind nach dem Vertrag verpflichtet, sich über eine neue Bauzeit zu einigen. Dies haben sie am 12. Februar 2004 ausdrücklich getan.

32 c) Zugleich mit der Bauzeit ist jedoch auch der vertragliche Vergütungsanspruch anzupassen. Die Vermutung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung gilt bei einem Bauvertrag nicht unabhängig von der vereinbarten

Leistungszeit, weil diese regelmäßig Einfluss auf die Vereinbarung der Höhe der Vergütung des Auftragnehmers hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2008 - X ZR 129/06, NZBau 2008, 505 = ZfBR 2008, 614). Deshalb hat die durch ein verzögertes Vergabeverfahren bedingte Änderung der Leistungszeit auch zur Folge, dass die Parteien sich über eine Anpassung der Vergütung verständigen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 49). Zu einer solchen Einigung ist es hier nicht gekommen. Damit existiert eine zu füllende Regelungslücke. Diese ist dahin zu schließen, dass der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen ist. Diese Vorschrift haben die Parteien mit der Einbeziehung der VOB/B als angemessene Regel bei einer durch den Auftraggeber veranlassten Änderung der Grundlagen des Preises vereinbart. Ihre Grundsätze führen auch im Falle der Verschiebung der Bauzeit aufgrund eines verzögerten Vergabeverfahrens im Rahmen der berechtigten Interessen der Parteien zu angemessenen Lösungen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO, Tz. 49-58).

33 d) Der Rechtsprechung des Senats stehen keine europarechtlichen Vorgaben des Vergaberechts entgegen. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht veranlasst. Das hat der Senat in seinem Urteil vom gleichen Tag (VII ZR 213/08, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) näher ausgeführt. Darauf wird verwiesen.

2. Anschlussrevision der Beklagten

34 Das Rechtsmittel der Beklagten ist als zulässige Anschlussrevision zu behandeln.

35 Das Berufungsgericht hat die Revision für die Beklagte nicht zugelassen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor der angefochtenen Entscheidung. Jedoch folgt aus den Urteilsgründen mit hinreichender Deutlichkeit, dass die

Zulassung der Revision auf Ansprüche aus dem Vertrag beschränkt sein sollte, der durch das Zuschlagsschreiben der Beklagten vom 10. November 2003 zustande gekommen ist. Nur bei diesen Ansprüchen stellt sich die vom Berufungsgericht als grundsätzlich erachtete Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Mehrkosten bei verzögerter Vergabe entstehen kann, wenn in einem Zuschlagsschreiben ausdrücklich neue Bauzeitenregelungen angesprochen werden. Diese Beschränkung ist zulässig. Die Zulassung der Revision kann auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Streitstoffs beschränkt werden (st. Rspr., BGH, Urteil vom 17. November 2009 - XI ZR 36/09, NJW 2010, 1144, Tz. 6 m.w.N.). Um einen solchen handelt es sich hier. Die Verurteilung der Beklagten beruht auf einem Schuldanerkenntnis und somit auf einem anderen Streitgegenstand.

36 Das Rechtsmittel der Beklagten kann entsprechend ihrer Erklärung jedoch hilfsweise als Anschlussrevision behandelt werden. Diese ist zulässig. Denn sie betrifft einen Lebenssachverhalt, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang steht. Das Schuldanerkenntnis der Beklagten betrifft Teile der von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten aus Vertrag.

37 Die Anschlussrevision ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils auch insoweit, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Die Ermittlung der Höhe eines Mehrvergütungsanspruchs aufgrund des Anerkenntnisses der Beklagten dem Grunde nach ist nicht frei von Rechtsfehlern.

38 a) Zu Unrecht rügt die Anschlussrevision allerdings, dass das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Klägerin im Jahr 2004 den für die Bauabschnitte 1a und b erforderlichen Zement nicht mehr zu den Preisen habe be-

ziehen können, die sie ihrer Kalkulation und ihrem Angebot zugrunde gelegt hatte und die auf dem Angebot der Firma H. vom 24. Januar 2003 beruhten.

39 Das Berufungsgericht lässt es offen, ob das Angebot der Firma H. vom 24. Januar 2003 freibleibend war oder eine Bindung der Firma H. enthielt. Die Feststellung des Berufungsgerichts, jedenfalls sei eine etwaige Bindung für Zementlieferungen für den ersten Bauabschnitt allenfalls dann gewollt gewesen, wenn diese im Jahr 2003 stattfanden, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Diese Feststellung beruht auf der Vorgeschichte und dem Inhalt des Angebotsschreibens in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu der Frage, welche Vorstellungen die Mitarbeiter der Klägerin und der Firma H. hinsichtlich des Angebots der Firma H. hatten.

40 aa) Die Auslegung von Individualvereinbarungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Die revisionsrechtlich eingeschränkte Überprüfung ergibt keinen Rechtsfehler.

41 bb) Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision ist das Berufungsgericht bei seiner Auslegung nicht von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Es ist nicht ersichtlich, dass das Berufungsgericht fälschlich angenommen hat, die Klägerin habe bei der Firma H. nach einer Angebotsbindefrist von exakt drei Monaten und nicht mindestens drei Monaten nachgefragt.

42 Die Anschlussrevision vermag auch nicht mit ihrer Rüge durchzudringen, das Berufungsgericht habe verkannt, dass die Beweisaufnahme keine rechtlich erheblichen Erkenntnisse erbracht habe. Das Berufungsgericht hat aus den Bekundungen der Zeugen Rückschlüsse auf das gemeinsame Verständnis der Klägerin und der Firma H. darüber, dass der Zement für den Bauabschnitt 1 nur für eine Lieferung im Jahr 2003 zu dem genannten Preis angeboten worden war, gezogen. Soweit die Anschlussrevision hiergegen Einwände erhebt, nimmt

sie lediglich eine eigene, abweichende Würdigung vor, ohne Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen.

43 Auch soweit die Anschlussrevision meint, der Wortlaut des Angebotschreibens der Firma H. sei derart eindeutig, dass es auch Zementlieferungen für den Bauabschnitt 1 im Jahr 2004 umfasst habe, setzt sie nur ihre eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichtes, ohne dass Rechtsfehler geltend gemacht würden.

44 cc) Schließlich kann der Anschlussrevision auch nicht darin gefolgt werden, die Auslegung des Angebots der Firma H. könne darüber hinaus revisionsrechtlich uneingeschränkt überprüft werden, weil es sich erkennbar um ein formularmäßiges Schreiben gehandelt habe, das zur Verwendung in einer Vielzahl von Fällen vorformuliert worden sei. Es kann dahinstehen, ob das hinsichtlich einzelner Klauseln zutrifft. Es gilt jedenfalls offensichtlich nicht für die hier entscheidende Frage, ob die Firma H. hiermit auch die Lieferung des für den Bauabschnitt 1 benötigten Zements erst im Jahr 2004 bindend angeboten hat.

45 b) Rechtsfehlerhaft stellt das Berufungsgericht jedoch dem von der Klägerin an die Firma H. im Jahr 2004 gezahlten Preis für Zement denjenigen Preis gegenüber, den die Firma H. am 24. Januar 2003 angeboten hatte, um die nach dem Anerkenntnis der Beklagten auszugleichenden verzögerungsbedingten Mehrkosten für Zement für die Bauabschnitte 1a und b zu ermitteln. Das Berufungsgericht geht selbst zutreffend davon aus, dass das Anerkenntnis nur Mehrkosten für die Zeit vom 10. November 2003 bis 29. Februar 2004 einschließlich, nämlich vom Zuschlag bis zum Baubeginn umfasste. Um diese zu ermitteln, hätte es demnach eine Differenz zu den Kosten bilden müssen, die am 10. November 2003 bei einem Baubeginn unmittelbar nach Zuschlag angefallen wären. Feststellungen dazu, ob es sich dabei um die Preise handelt, die

im Angebot der Firma H. vom 24. Januar 2003 enthalten waren, fehlen jedoch. Das Berufungsgericht lässt es gerade offen, ob und wie lange diese Preise für die Firma H. bindend waren und bis wann die Klägerin sie für Lieferungen im Jahr 2003 hätte durchsetzen können.

III.

46 Da sowohl für den Anspruch aus dem Bauvertrag als auch für einen Anspruch aus dem deklaratorischen Anerkenntnis, auf den es nur hilfsweise ankommen dürfte, noch Feststellungen zu treffen sind, kann der Senat nicht selbst in der Sache entscheiden. Zu den Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs verweist der Senat auf seine Ausführungen im Urteil vom 10. September 2009 (VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771 = ZfBR 2010, 89).

47 Sofern es noch darauf ankommt, wird das Berufungsgericht den geltend gemachten Schadensersatzanspruch erneut zu prüfen haben. Durch die Entscheidung des Senats ist der Begründung des Berufungsgerichts, mit der der Anspruch abgewiesen worden ist, der Boden entzogen.

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 20.02.2008 - 11 O 397/05 -

OLG Celle, Entscheidung vom 17.06.2009 - 14 U 62/08 -