



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 213/08

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

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 213/08 - OLG Oldenburg
LG Aurich

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 Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 14. Oktober 2008 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 eine Mehrvergütung auf Grund eines verzögerten Zuschlags im Vergabeverfahren und der sich daraus ergebenden Veränderung der Bauzeit.
- 2 Die Beklagte schrieb im November 2003 im Offenen Verfahren nach § 3 a Nr. 1 VOB/A europaweit die Baumaßnahme "Tiefbauarbeiten am Küstenkanal im Bereich der Stadtstrecke O." aus, worauf die Klägerin ein Angebot ab-

gab. Als Zuschlagstermin war der 18. März 2004, als Baubeginn der 1. April 2004 und als Fertigstellungstermin der 12. Mai 2006 bestimmt.

3 Durch ein Nachprüfungsverfahren eines Mitbieters verzögerte sich die Zuschlagserteilung. Die Beklagte bat die Klägerin wiederholt um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist, letztmals am 2. Juni 2004. Diese stimmte der Bindefristverlängerung jeweils unter dem Hinweis auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts zu, wonach im Fall der Zuschlagsverzögerung über die Neubestimmung der Leistungszeit und die etwaige Anpassung des Vertrages nach den Regeln der VOB/B auf der kalkulatorischen Grundlage des Ausgangsangebots eine Vereinbarung herbeigeführt werden könne. Die Beklagte erteilte der Klägerin im Schreiben vom 14. Juni 2004 den Zuschlag. In diesem Schreiben ist u.a. weiter ausgeführt: "Der Baubeginn ist der 15.6.2004. Der ... Bauablaufplan ist bis zum 29.6.2004 zur Prüfung vorzulegen... . Ich bitte um schriftliche Auftragsbestätigung." Die Klägerin behielt sich in der Auftragsbestätigung vom 21. Juni 2004 den ihr wegen der Verzögerung "grundsätzlich zustehenden Anspruch auf Anpassung der Leistungszeit und der Vergütung ausdrücklich vor".

4 Nach Einigung über den Bauablaufplan begann die Klägerin im September 2004 mit den Arbeiten. Mit Schreiben vom 25. Februar 2005 legte die Klägerin ein Nachtragsangebot 1 über 1.228.496,97 € vor, das sie mit in der Zeit zwischen dem Ende der ursprünglichen Angebotsfrist am 18. März 2004 und dem tatsächlichen Zuschlag vom 14. Juni 2004 gestiegenen Stahlpreisen begründete. Hierauf erteilte die Beklagte einen Auftrag in Höhe von 375.720 €, die sie auch an die Klägerin zahlte. Die Klägerin widersprach diesem Auftrag. Mit Schreiben vom 13. März 2006 legte sie das Nachtragsangebot 18 über 65.915,48 € vor, das sie mit gestiegenen Preisen für Spundwandverankerungen begründete. Hierauf erteilte die Beklagte keinen Auftrag.

5 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin Zahlung der restlichen Mehrvergütung für die Nachträge 1 und 18 in Höhe von noch 723.358,35 €. Die Beklagte begehrt Klageabweisung und erhebt Widerklage auf Rückzahlung des auf den Nachtrag 1 bezahlten Betrages von 375.720 €, weil eine Einigung über das Nachtragsangebot 1 nicht zustande gekommen sei und der Klägerin keinerlei Ansprüche auf Mehrvergütung zuständen.

6 Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag sowie ihre Widerklage weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung infolge der Vergabeverzögerung im vollen Umfang für begründet.

9 Der Klägerin stehe ein Mehrvergütungsanspruch wegen einer Veränderung der Kalkulationsgrundlagen dem Grunde nach zu. Das ursprüngliche Angebot der Klägerin sei nicht unverändert Gegenstand der vertraglichen Verhandlungen der Parteien geworden. Die Auslegung des Zuschlagsschreibens der Beklagten vom 14. Juni 2004 ergebe, dass die Beklagte hiermit noch nicht

die Annahme des klägerischen Angebots erklärt habe. Vielmehr habe die Beklagte ihrerseits ein neues Angebot im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB mit geändertem Baubeginn zum 15. Juni 2004 unterbreitet. Dies folge auch aus der in diesem Schreiben geäußerten Bitte nach schriftlicher Auftragsbestätigung, womit der Klägerin die Möglichkeit einer rechtlichen Reaktion auf die veränderten Vertragsbedingungen eingeräumt werden sollte. Die Klägerin habe dieses neue Angebot der Beklagten ihrerseits nicht unverändert angenommen, weil sie in ihrer Auftragsbestätigung vom 21. Juni 2004 einen Preisvorbehalt wegen der Verzögerung erklärt habe. Dieses sei die Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet gewesen anzunehmen, weshalb es dahinstehen bleiben könne, ob sie es tatsächlich - stillschweigend - akzeptiert habe.

- 10 Der Klägerin stehe der Mehrvergütungsanspruch in der geltend gemachten Höhe zu. Die hinsichtlich der Vergütung bestehende Lücke in den vertraglichen Vereinbarungen sei durch eine Anpassung des nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B ermittelten Preises zu schließen. Danach sei eine Vergleichsrechnung auf der Grundlage der für den Hauptauftrag maßgebenden, allgemein anerkannten Kalkulationsgrundlagen anzustellen. Der kalkulatorische Ansatz sei für alle Mehrkosten fortzuschreiben. Danach stehe der Klägerin sowohl der Mehrvergütungsanspruch aus Nachtrag 1 für Stahlspundbohlen als auch aus Nachtrag 18 für Spundverankerungen in voller Höhe zu.

II.

- 11 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

12 Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B zu, soweit es infolge der verzögerten Vergabe zu einer Verschiebung der Ausführungsfristen gekommen ist. Die Auslegung der vertraglichen Erklärungen der Parteien durch das Berufungsgericht und seine Ausführungen zur Berechnung und zur Höhe der Mehrvergütung begegnen allerdings durchgreifenden Bedenken.

13 1. Die Auslegung individueller privatrechtlicher Willenserklärungen unterliegt allerdings der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur insoweit, als es sich darum handelt, ob sie gesetzlichen Auslegungsregeln, anerkannten Auslegungsgrundsätzen, Erfahrungssätzen oder den Denkgesetzen widerspricht und ob sie nach dem Wortlaut der Erklärung möglich ist 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: Die vom Berufungsgericht gewählte Auslegung des Zuschlagsschreibens der Beklagten vom 14. Juni 2004 erweist sich als rechtsfehlerhaft, denn sie lässt anerkannte Auslegungsgrundsätze außer Acht. Zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln gehört der Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten und im Zweifel vergaberechtskonformen Auslegung. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet. Insoweit unterliegt das Urteil der revisionsgerichtlichen Kontrolle (vgl. Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 546 Rdn. 5 m.w.N.). Da weitere Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen.

14 2. 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 ent-

wickelten 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 a.F., verlängert werden soll. Aussagen dazu, was vertraglich zu gelten hat, wenn die in der Ausschreibung und in dem Angebot enthaltenen Ausführungsfristen 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).

15 b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, die Beklagte habe das hiernach unveränderte Angebot der Klägerin mit ihrem Zuschlagschreiben vom 14. Juni 2004 nicht unverändert angenommen. 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 annehme, 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.

16 aa) Das Berufungsgericht hat ausschließlich auf den Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 14. Juni 2004 abgestellt und die naheliegende

Möglichkeit vernachlässigt, dass die Erklärungen in diesem Schreiben auch die vorbehaltlose und unveränderte Annahme des Angebots der Klägerin durch die Beklagte darstellen können, verbunden mit dem Vorschlag einer Einigung über eine neue Bauzeit. Der Wortlaut des Schreibens vom 14. Juni 2004 steht der Auslegung einer unveränderten Annahme des klägerischen Angebots durch die Beklagte nicht entgegen. Die Formulierung "Der Baubeginn ist der 15.6.2004. Der ... Bauablaufplan ist bis zum 29.6.2004 zur Prüfung vorzulegen." stellt nicht notwendig eine zwingende Anordnung eines neuen Baubeginns durch die Beklagte dar, was - wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat - nicht als Annahme des Angebots der Klägerin, sondern als Annahme unter Abänderungen und damit als neues Angebot der Beklagten gewertet werden müsste, § 150 Abs. 2 BGB. Die Formulierung im Zuschlagsschreiben erlaubt vielmehr auch die Auslegung, es handele sich um einen Vorschlag über den neuen Baubeginn, der noch der Zustimmung der Klägerin bedürfe. Dafür spricht, dass die Beklagte ganz offensichtlich davon ausgeht, dass mit dem Zugang des Zuschlagsschreibens bei der Klägerin der Vertrag verbindlich geschlossen ist, was bei der Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB nicht der Fall wäre (vgl. MünchKommBGB/Kramer, 5. Aufl., § 150 Rdn. 5 m.w.N.). Zudem spricht die zeitliche Abfolge gegen eine verbindliche Anordnung einer neuen Bauzeit im Zuschlagsschreiben und damit gegen ein neues Vertragsangebot. Denn die Beklagte konnte nicht damit rechnen, dass eine Anordnung des Baubeginns auf den 15. Juni 2004, die am 14. Juni 2004 abgesendet und der Beklagte erst noch zugehen musste, tatsächlich zum 15. Juni 2004 Wirkung entfalten könnte. Deshalb musste die Klägerin die Passage auch nicht so verstehen.

17

Auch die Bitte um schriftliche Auftragsbestätigung legt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts das Vorliegen eines neuen Angebots durch die Beklagte nicht zwingend nahe. Vielmehr kann es sich dabei, wie es nahe liegt, auch um eine bloße Empfangsbestätigung für das Zuschlagsschreiben zum

Nachweis des damit zustande gekommenen Vertrages handeln. Es entspräche damit dem Einheitlichen Verdingungsmuster Auftragsschreiben - EVM (B/L) Atr - 201 nach VHB 2002 (2006) zu § 28 VOB/A Nr. 2 bzw. der Richtlinien zu 331-338 der VHB 2008, auch wenn dort ausdrücklich von "Empfangsbestätigung" die Rede ist. Dafür spricht, dass ansonsten der Vertrag noch nicht mit dem Zugang des Zuschlagsschreibens zustande gekommen wäre, wovon die Beklagte aber angesichts der weiteren Formulierungen im Schreiben vom 14. Juni 2004 ersichtlich ausgeht. Auch die Aufforderung, bis zum 29. Juni 2004 einen neuen Bauablaufplan vorzulegen, spricht nicht für eine zwingende Baubeginnanordnung zum 15. Juni 2004.

18 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 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, BGHZ 181, 47, 57 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.

19 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).

20

(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, auch noch nach Beginn der ursprünglich ins Auge gefassten Ausführungsfrist, 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.

- 21 (2) Auch der Bieter hat ein Interesse am Zustandekommen des Vertrages bereits mit 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.
- 22 (3) Dem öffentlichen Auftraggeber ist es grundsätzlich nicht gestattet, während des Vergabeverfahrens mit den Bietern über Änderungen der Angebote und Preise zu verhandeln, § 24 Nr. 3 VOB/A a.F. Jedenfalls im Zeitpunkt der Erklärung des Zuschlags gegenüber dem Bieter ist der Auftraggeber hieran 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, BGHZ 181, 47, 57-58). Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A a.F. 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).
- 23 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 Ausführungsfrist, weder mit gleich bleibender noch veränderter Vergütungsvereinbarung, gesehen werden.

24 c) Die interessengerechte Auslegung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Zuschlagsschreibens vom 14. Juni 2004 ergibt, 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, stellen bei interessengerechter Auslegung keine vergaberechtlich unzulässige Neuverhandlung anderer Vertragsbedingungen dar, sondern einen Hinweis der Beklagten darauf, dass sie eine neue Bauzeit 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.

25 d) 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).

26 e) Entgegen der Ansicht der Revision stehen europarechtliche Vorgaben dieser Lösung nicht entgegen. Auch der von der Beklagten angeregten Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 AEUV zur Klärung der Frage, ob es sich mit den europäischen Vergaberegeln (insbesondere dem Gebot der Gleichbehandlung der Bieter, dem Transparenzgebot und dem Nachverhandlungsverbot) vereinbaren lässt, dass der Bieter, dem in einem Vergabeverfahren aufgrund öffentlicher Ausschreibung nach VOB/A der Zuschlag nach Verlängerung der Bindefrist später als in der Ausschreibung vorgesehen erteilt worden ist, einen Mehrvergütungsanspruch erhält, wenn sich die Bauzeit aufgrund eines durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten Zuschlags verschoben hat, bedarf es nicht.

27 aa) Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauverträge nicht vorliegt (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, BauR

2009, 1901). Aus Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie ergibt sich, dass sich die Wirkungen der Ausübung der in Art. 2 Abs. 1 für das Nachprüfungsverfahren festgelegten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht richten. Einen Verstoß gegen diese Richtlinie macht die Revision der Beklagten auch nicht geltend.

28 bb) Sie rügt die Verletzung zwingender europäischer Vorgaben des Vergaberechts, wie sie auch in der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. Juni 1999 mit Bestimmungen über den Strukturfonds zum Ausdruck gekommen seien. Diese Rüge greift nicht durch.

29 (1) Ob eine Vorlage unter dem von der Revision angeführten Gesichtspunkt in Betracht kommt, dass die Einheit der Rechtsordnung zu wahren ist, kann dahinstehen. Denn nach Auffassung des Senats steht seine Beurteilung ohne jeden vernünftigen Zweifel im Einklang mit den durch europäisches Recht abgesicherten Grundsätzen des Vergaberechts. Die Revision vermag außer ihrer abweichenden Meinung auch keine anderen ernst zu nehmenden Meinungen oder sie stützende Rechtsprechung anzuführen. Sie legt auch nicht dar, dass das Problem der verzögerten Vergabe, das in anderen nationalen Rechtsordnungen gleichermaßen vorhanden ist, unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben in anderer Weise gelöst wird und die europarechtlichen, hauptsächlich in Richtlinien verankerten Vorgaben eine andere Lösung ermöglichen.

30 (aa) Richtig ist, dass die Erklärungen des Auftraggebers in einer europaweiten Ausschreibung so ausgelegt werden müssen, wie sie von dem gesamten Adressatenkreis objektiv verstanden werden müssen, denn maßgeblich für die Auslegung ist die Sicht des mit ihr angesprochenen Empfängerkreises (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595; OLG

Köln, BauR 1998, 1096). Bei der Beurteilung dieses Verständnisses müssen auch die das Vergaberecht beherrschenden Grundsätze, wie sie durch die Richtlinien zum Vergaberecht manifestiert sind, berücksichtigt werden. Denn es kann im Zweifel nicht angenommen werden, dass der öffentliche Auftraggeber gegen diese Grundsätze verstoßen will (BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 259/95, BGHZ 134, 245, 248). Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten. Dieses doppelte Ziel verfolgt das Gemeinschaftsrecht unter anderem durch die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, "presstext", NZBau 2008, 518 = VergabeR 2008, 758 = ZfBR 2008, 607; vgl. auch Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff. - Erwägungsgründe 2 und 46). Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, fördern soll, müssen die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Der damit einhergehende Grundsatz der Transparenz soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidung des Auftraggebers ausschließen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können

und der Auftraggeber im Stande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-496/99 P, Abl. EU 2004, Nr. C 118, 2, Rdn. 110-111, "CAS Succhi di Frutta").

31 (bb) Die Revision meint, die Rechtsprechung des Senats führe zu einer Umgehung des Nachverhandlungsverbots und verstoße deshalb gegen diese Grundsätze. Sie verweist insoweit auf die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19. Juni 2008, C-454/06 (aaO) und vom 29. April 2004, C-496/99 P (aaO) und sieht die Einheit der Rechtsordnung gefährdet. Dieser Auffassung kann der Senat nicht folgen.

32 Der Senat hat entwickelt, dass zur Wahrung der Transparenz im Wettbewerb und des Gleichheitsgebots der Zuschlag nur auf das unveränderte Angebot des Bieters erfolgen kann. Dem tritt die Revision im Grundsatz bei. Aus der Notwendigkeit, den unverändert geschlossenen Vertrag an die neuen Bauzeitumstände anzupassen, folgt die bereits im geschlossenen Vertrag angelegte Verpflichtung, über die neuen Umstände zu verhandeln, eine Einigung herbeizuführen und gegebenenfalls auch den Preis anzupassen. Der Senat hat auch darauf hingewiesen, dass nur so das Ziel des öffentlichen Vergabeverfahrens erreicht werden kann, unter Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze einen Zuschlag herbeizuführen. Die Eröffnung des Wettbewerbs mit allen Bietern im Hinblick auf die neuen Bauzeitumstände wäre nur möglich, wenn das Verfahren aufgehoben wird. Dass ein Zwang zur Aufhebung des Verfahrens im Regelfall jedenfalls dann nicht angenommen werden kann, wenn ein Nachprüfungsverfahren zu einer Bauzeitverschiebung führt, hat der Senat bereits dargelegt und insbesondere darauf verwiesen, dass ansonsten die Vergabeverfahren auf Dauer blockiert und das von allen Beteiligten erstrebte Ziel, den ausgeschriebenen Vertrag durchzuführen, verhindert werden könnten (Senat, Urteil

vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, aaO). Gegen diese Entscheidung des Senats hat sich, soweit ersichtlich, in der Literatur niemand gewandt und auch nicht einen Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben in Erwägung gezogen (vgl. etwa Summa in jurisPK-VergR 2. Aufl. § 17 VOB/A Rdn. 79 Fn. 23; Portz in: Ingenstau/Korbion, 17. Aufl., § 17 VOB/A Rdn. 26, 33; Bitterich, JZ 2009, 1014).

33 Diese Lösung steht auch in Übereinstimmung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den Fällen, in denen die Parteien den Vertrag nachträglich ändern (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, aaO; vgl. auch EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-496/99 P, aaO). Nach dieser Rechtsprechung sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während der Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen. Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann danach als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als ursprünglich zugelassener Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären. Desgleichen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags als wesentlich angesehen werden, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert, und auch dann, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, aaO Rdn. 34-37; vgl. auch EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-496/99 P, aaO Rdn. 117 und 118).

34 Die Revision legt nicht dar, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Sie meint, eine wesentliche Änderung folge allein daraus, dass die Bauzeit und gegebenenfalls deswegen der Preis angepasst werden müssten.

35 Das ist jedoch nicht so. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat vielmehr die oben genannten Voraussetzungen aufgestellt, die insbesondere nicht allein auf den Preis abstellen, wenn es auch auf der Hand liegt, dass der Preis eine wesentliche Bedingung eines öffentlichen Auftrags ist. Er hat auch entschieden, dass nicht jede Preisveränderung eine wesentliche Änderung im Sinne der dargestellten Rechtsprechung ist. Vielmehr müssen jedenfalls geringfügige Preisanpassungen aufgrund veränderter Umstände keine wesentlichen Änderungen sein (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, aaO Rdn. 59 ff.). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs erfolgt eine im Einzelfall - von den nationalen Gerichten - vorzunehmende Gesamtschau, die sich an den von ihm entwickelten Kriterien und vor allem daran orientieren muss, ob die vergaberrechtlichen Grundsätze gewahrt sind. Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass nach diesen Grundsätzen eine Anpassung des Vertrages, die infolge veränderter Bauzeitumstände erfolgen muss, um die Durchführung des Bauvorhabens zu gewährleisten und die sich an den neuen zeitlichen Umständen und am Wettbewerbspreis des wirtschaftlichsten Bieters orientiert und diesen fortschreibt, im Regelfall nicht wesentlich im Sinne der Kriterien des Gerichtshofs der Europäischen Union ist. Denn durch diese Anpassung wird weder der Auftrag erweitert, noch das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers geändert. Die Anpassung betrifft nicht den eigentlichen Leistungsaustausch, sondern lediglich baubegleitende Umstände, auch wenn sich diese auf die Preisbildung auswirken können. Die etwaige Preisanpassung erfolgt nur auf der Grundlage von Mehr- oder Minderkosten, die dem Auftragnehmer durch die veränderte Bauzeit entstanden sind. Sie ermöglicht ihm also keinen unge-

rechtfertigten zusätzlichen Gewinn, so dass das wirtschaftliche Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung auch nicht verschoben wird. Ob ausnahmsweise eine wesentliche Änderung des Vertrages vorliegt, wenn die Preisanpassung dazu führt, dass sich die Vergütung für den gesamten Auftrag ganz erheblich ändert, kann dahinstehen, weil dafür keine Anhaltspunkte ersichtlich sind. Die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten führen, gemessen am Gesamtvolumen des Auftrags, zu einer Mehrbelastung von rund 7 %.

36 Wegen der Besonderheit der Beurteilung von Bauzeitverschiebungen, die auf durch Nachprüfungsverfahren verzögerte Vergabeverfahren zurückzuführen sind, kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass Bedingungen eingeführt werden, die anderen Bietern die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht hätten oder die einen Zuschlag an einen anderen Bieter erlaubt hätten. Diese Voraussetzung des Gerichtshofs der Europäischen Union soll erkennbar den Wettbewerb in den Fällen absichern, in denen die Ausschreibung hätte aufgehoben und der Wettbewerb neu eröffnet werden müssen. Diese Voraussetzungen liegen im Regelfall und auch hier nicht vor. Auch die Revision der Beklagten geht hiervon ersichtlich aus. Der Gleichheitsgrundsatz ist schon deshalb nicht verletzt, weil nach dem durch den Senat entwickelten Verständnis des Vertrages alle Bieter den Anspruch hätten, in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B eine Preisanpassung zu verlangen. Wie dargelegt ist auch der Grundsatz der Transparenz nicht verletzt. Insbesondere ist es ausgeschlossen und wird auch von keiner Seite geltend gemacht, dass durch das dargelegte Verständnis des Vertragsschlusses die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers entsteht. Vielmehr wird in bestmöglicher Weise eine Sicherung der vergaberechtlichen Grundsätze gewährleistet (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 ff. Rz. 60). Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, Änderungen der Bauzeit seien als wesentlich anzusehen und verstießen gegen das Nachver-

handlungsverbot (Egger, Europäisches Vergaberecht, Rdn. 1270 f.; Knauff, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge, S. 40; Prieß, Handbuch des öffentlichen Vergaberechts, 3. Aufl., S. 231 f.), bezieht sich das ersichtlich auf entsprechende Anordnungen des Auftraggebers oder Vereinbarungen zwischen den Parteien, die nicht zwingend dadurch bedingt sind, dass Nachprüfungsverfahren zu einer Verzögerung der Vergabe geführt haben und dadurch zwangsläufig die Bauzeit anzupassen ist.

37 Die Auffassung des Senats steht im Übrigen im Einklang mit dem Rechtsgedanken aus Art. 7 Abs. 3 d) der Richtlinie 93/37 EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Abl. L 199 vom 9. August 1993, S. 54). Danach kann der Zuschlag bei zusätzlichen Bauarbeiten, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im zuerst geschlossenen Vertrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Bauleistung erforderlich sind, im Verhandlungsverfahren erteilt werden, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der diese Bauleistung ausführt:

- wenn sich diese Arbeiten in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den öffentlichen Auftraggeber vom Hauptauftrag trennen lassen

oder

- wenn diese Arbeiten zwar von der Ausführung des ersten Vorhabens getrennt werden können, aber für dessen Verbesserung unbedingt erforderlich sind.

38 Der Gesamtbetrag der Aufträge für die zusätzlichen Bauarbeiten darf jedoch 50 v.H. des Wertes des Hauptauftrages nicht überschreiten.

39 Diese Bestimmung in der Richtlinie belegt, dass eine unter Berücksichtigung des Gleichheits- und Transparenzgebotes angemessene Lösung für die Fälle unvorhergesehener Änderungen auch in der Weise möglich ist, dass nur noch mit dem Bieter verhandelt wird, dem der Zuschlag erteilt worden ist. Die durch Nachverhandlungsverfahren verzögerte Vergabe und die daraus folgende Bauzeitveränderung sind ein derartiges unvorhergesehenes Ereignis.

40 (2) Der Senat verkennt nicht, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Möglichkeit, bereits abgeschlossene Verträge nachträglich zu ändern, diejenigen Fälle betrifft, in denen eine solche Änderung im Vertrag nicht vorgesehen ist. Er hat jedoch keinen Zweifel, dass die vom Gerichtshof entwickelten Anforderungen an die Zulässigkeit einer solchen Änderung nicht höher sind, wenn diese Änderung bereits in dem Vertrag ausreichend transparent vorgesehen ist.

41 Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot kann hier nicht deshalb angenommen werden, weil das Verhandlungsgebot für den Fall geänderter Bauzeiten nicht ausdrücklich in der Ausschreibung erwähnt ist. Denn ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt nicht vor, wenn die Erforderlichkeit solcher Verhandlungen und ihre Rechtsgrundlagen von vornherein auf der Hand liegen, so dass sie jedem Bieter offenbar sind. Diese Voraussetzungen liegen vor. Dass sich die Notwendigkeit von solchen Verhandlungen aus der Anwendung des Vergaberechts ohne weiteres ergibt, hat der Senat in seinem Urteil vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, aaO) entwickelt. Darauf wird Bezug genommen. Dass diese Verhandlungen auf der Grundlage des § 2 Nr. 5 VOB/B zu führen sind, entspricht der ganz herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung

(Behrendt, BauR 2007, 784, 797; Bitterich, NZBau 2007, 354, 357f; Bornheim/Badelt, ZfBR 2008, 249, 256; Gröning, BauR 2004, 199, 207; Kapellmann, NZBau 2007, 401, 6f; Würfele, BauR 2005, 1253, 1256f; Franke/Grünhagen in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar, 3. Aufl., § 19 VOB/A Rdn. 26d; Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 2 VOB/B Rdn. 58; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 4. Aufl. Rdn. 594; Planker in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB; 2. Aufl., § 19 VOB/A Rdn. 23; Portz in: Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 28 VOB/A Rdn. 17; BayObLG, NZBau 2002, 689, 691; OLG Hamm, BauR 2007, 878 = NZBau 2007, 312 = ZfBR 2007, 375; OLG Hamm, BauR 2008, 1622 = NZBau 2008, 508; Thüringer OLG, BauR 2005, 1161 = NZBau 2005, 341 = ZfBR 2005, 725; OLG Celle, BauR 2009, 252).

42 (3) Die Revision zeigt keine vertretbaren anderen Wege auf, wie das Problem veränderter Bauzeiten und deren Folgen aufgrund von Vergabeverzögerung in europarechtskonformer Weise anders gelöst werden könnte. Ihre Auffassung, der Vertrag sei mit dem Zuschlag ohne weiteres mit einer anderen Bauzeit zu den angebotenen Preisen zustande gekommen, verletzt eindeutig diese Grundsätze, weil sie eine einseitige Änderung des Vertrages zulässt, ohne dass dies in den Ausschreibungsbedingungen angegeben wäre.

43 (4) Kann danach kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass die Rechtsprechung des Senats nicht gegen anerkannte und durch Europarecht abgesicherte Vergaberechtsgrundsätze verstößt, besteht kein Anlass, die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union vorzulegen. Der Senat stellt die vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur Behandlung von Änderungen des Vertrages nach Vergabe nicht in Frage, sondern sieht in seiner Rechtsprechung lediglich eine Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfall, die durch die nationalen Gerichte erfolgt (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2003, C-448/01, VergabeR

2004, 36; EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003, C-42/01, VergabeR 2004, 50 Rdn. 21).

44 3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Berechnung und zur Höhe des Anspruchs auf Mehrvergütung beanstandet die Revision zu Recht. Sie entsprechen nicht den Grundsätzen des Senats, die er in den Entscheidungen vom 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08, aaO) und vom 10. September 2009 (VII ZR 152/08, aaO) aufgestellt hat.

45 a) Die Klägerin hat sich zur Begründung des mit der Klage geltend gemachten Mehrvergütungsanspruchs darauf berufen, dass es im Zeitraum zwischen dem Ablauf der ausgeschriebenen Bindefrist und der verzögerten Zuschlagserteilung zu einer Erhöhung der Preise einzelner für die Bauausführung benötigter Materialien und Subunternehmerleistungen gekommen sei. Sie berechnet diese Mehrkosten durch einen Vergleich der kalkulierten mit den tatsächlich gezahlten Preisen. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt.

46 b) Die Klägerin macht nicht ausreichend deutlich, ob sie eine auf Preissteigerungen beruhende Mehrvergütung allein deshalb beansprucht, weil es infolge der verzögerten Vergabe zu einer Verschiebung der ausgeschriebenen Bauzeit gekommen ist, da diese ursprünglich am 1. April 2004 beginnen sollte, oder ob sie die Mehrvergütung - auch - wegen des verzögerten Zuschlags begehrt. Dabei handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände, über die gesondert zu entscheiden wäre (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08, aaO).

47 Auch das Berufungsgericht nimmt diese Unterscheidung nach Streitgegenständen nicht vor. Es ist nicht auszuschließen, dass es in der Sache die geltend gemachten Ansprüche für beide Sachverhalte dem Grunde nach als gegeben ansieht. Mit der Aufhebung und Zurückverweisung wird dem Beru-

fungungsgericht die Gelegenheit gegeben, diese Differenzierung für die Nachträge 1 und 18 nachzuholen und auf die Neuberechnung die Grundsätze der Rechtsprechung des Senats anzuwenden.

48 Gleichzeitig bietet die Zurückverweisung dem Berufungsgericht die Möglichkeit, zu der von der Revision aufgegriffenen Behauptung der Beklagten, der Zulässigkeit der Klage bezüglich des Nachtrages 18 stehe ein zwischen den Parteien geschlossenes Stillhalteabkommen entgegen, einzugehen.

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Aurich, Entscheidung vom 08.01.2008 - 3 O 1271/06 (317) -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 14.10.2008 - 12 U 76/08 -