

Arbeitskreisleiter: Ministerialdirektor **Michael Halstenberg**, Berlin  
Stellv. Arbeitskreisleiter: Ministerialrat **Dr. Rüdiger Kratzberg**, Berlin  
Referenten: Vors. Richter am OLG **Heinz-Peter Dicks**, Düsseldorf  
Rechtsanwalt **Prof. Dr. Klaus Kapellmann**, Mönchengladbach  
Betreuer des Arbeitskreises: Regierungsdirektor **Herbert Göbbeln**, Bochum

## Thema

*Empfehlen sich Regelungen zur verzögerten Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen?*

## I. Einführung

von Ministerialdirektor **Michael Halstenberg**

### Zur Person

*Studium der Rechtswissenschaften in Köln, 2. Staatsexamen am OLG Düsseldorf, anschließend Eintritt in die Finanzverwaltung des Landes Nordrhein Westfalen.*

*1988 Referent im Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr NRW.*

*1993 Referatsleiter im Ministerium für Bauen und Wohnen NRW.*

*1995 Gruppenleiter im Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport NRW, zuständig u. a. für die Bereiche „Volkswirtschaftliche Grundsatzfragen, Koordinierungsstelle für Mittelstandsangelegenheiten, Bauwirtschaft, Vergaberecht, Europäische Angelegenheiten und Auswärtiges“.*

*1999 bis Juni 2004 zugleich EU-Referent der deutschen Bauministerkonferenz.*

*Seit Juli 2004 Leiter der Abteilung Bauwesen, Bauwirtschaft und Bundesbauten im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung. Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA).*

Kann in einem Vergabeverfahren die ursprüngliche Zuschlagsfrist (§ 19, § 28 Nr. 1 VOB/A) insbesondere wegen eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens nicht eingehalten werden, geraten die Beteiligten in ein Dilemma, wenn ein Ablauf der Zuschlagsfrist droht:

1. Der Zuschlag darf i. d. R. nicht vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist erteilt werden (§ 115 Abs. 1 GWB). Daher kann ein Vertragschluss durch Zuschlag (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A) nicht erreicht werden.
2. Der Bieter ist zunächst nur bis zum Ablauf der Zuschlags-/Bindefrist an sein Angebot gebunden (§ 19 Nr. 4 VOB/A). Dies entspricht dem Regelungsinhalt der Bestimmungen zur Annahmefrist (§§ 146, 148 BGB). Ein nach Ablauf der Bindefrist erteilter „Zuschlag“ gilt gem. § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag des öffentlichen Auftraggebers, der naturgemäß nicht akzeptiert werden muss.
3. Der Auftraggeber ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten daran interessiert, dass insbesondere der Anbieter sein Angebot über den Ablauf der ursprünglichen Bindefrist (unverändert) aufrechterhält, der den Zuschlag erhalten hätte (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A). Andernfalls müsste er den Zuschlag auf ein anderes Angebot erteilen, das nach Wertung der Angebote zunächst nicht an erster Stelle lag, mit dem im Zweifel also ein höherer Preis verlangt wird. Zudem will der Auftraggeber Verzögerungen oder gar eine Aufhebung der Vergabe tunlichst vermeiden. Daher fordert der Auftraggeber die Anbieter regelmäßig auf, der erforderlichen Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen.
4. Dieses Begehren bringt die Anbieter wiederum in eine unangenehme Situation. Denn sie haben ihr Angebot oftmals im Hinblick auf bestimmte Zeitabläufe kalkuliert. Mit der Verschiebung des Zuschlags geht aber nicht selten auch eine Verschiebung der angenommenen oder ausgeschriebenen Ausführungsfristen einher. Eine Verzögerung der Ausführung kann zu erheblichen Mehraufwendungen führen, sei es dass Rohstoffpreise steigen, sei es dass Nachunternehmer nicht mehr zum kalkulierten Preis zur Verfügung stehen oder schlicht die Witterungsbedingungen schlechter werden. Der Anbieter darf sein Angebot auch bei Verlängerung der Bindefrist aber nicht mehr ändern, will er nicht Gefahr laufen, wegen Verstoßes gegen das Nachverhandlungsverbot ausgeschlossen zu werden (§ 24 Nr. 3 VOB/A). Daher hat er die Wahl, sein Angebot unverändert auf-

recht zu halten und die Bindefrist zu verlängern, oder den Auftrag zu verlieren. Deshalb wird dem Anbieter regelmäßig empfohlen, den Ablauf seiner Bindefrist unbedingt zu verhindern und damit den Zuschlag – ungeachtet möglicher finanzieller Mehraufwendungen – auf das unveränderte Angebot zu ermöglichen.

5. Nach Zuschlag und Vertragschluss hat der Anbieter ein Interesse daran, sein Angebot entsprechend den veränderten Gegebenheiten neu zu kalkulieren und zugleich eine Anpassung der Vergütung zu verlangen. Weist der öffentliche Auftraggeber dieses Begehren mit der Begründung zurück, dass der Zuschlag auf das unveränderte Angebot erfolgt sei, der Auftrag mithin zu diesen Konditionen abgewickelt werden müsse, ist der Konflikt programmiert.

6. Festzuhalten ist zunächst, dass der Vertrag bei vorbehaltloser Zustimmung der Verlängerung der Bindefrist durch Zuschlag selbst dann zustande kommt, wenn die Ausführungsfristen abgelaufen sind. Denn die Unmöglichkeit der Erfüllung hindert nicht den Vertragschluss (§ 311 a Abs. 1 BGB). Zudem wollten beide Parteien den Vertragschluss und die Erfüllung des Vertrages nach wie vor herbeiführen.

Anders ist freilich zu entscheiden, wenn der Bieter einer Verlängerung der Bindefrist nicht vorbehaltlos zustimmt. Dann gilt die Modifizierung des Antrags gem. § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot, das der öffentliche Auftragnehmer annehmen kann. Allerdings wird er im Hinblick auf § 24 Nr. 3 VOB/A an der Annahme regelmäßig gehindert sein, so dass der Vertrag eben nicht zustande kommt. Nimmt der Auftraggeber trotz zusätzlicher Forderungen oder Erklärungen des Bieters das Angebot an, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts der genaue Inhalt des Vertrages zu ermitteln.

Streitig bleiben aber vor allem die Fälle, in denen der Zuschlag auf das ursprüngliche Angebot erfolgt, weil der Bieter sich eben nicht traut, bereits vor Zuschlag Nachforderungen zu stellen und der Auftraggeber diese nach Vertragsabschluss zurückweist. Angesichts der prekären Situation des Auftragnehmers, den Auftrag zu verlieren, wenn er sein Angebot schon vor dem Zuschlag modifiziert, wird die Erfüllung des Vertrages zu den „vereinbarten“ Konditionen überwiegend als unbefriedigend empfunden, weil der Auftraggeber damit das mit einer Verzögerung verbundene wirtschaftliche Risiko dem Auftragnehmer aufbürdet. Dieser sei faktisch in einer Zwangslage, weil sein Angebot nur zu den alten, eigentlich überholten Konditionen oder eben gar nicht berücksichtigt werden könne. Im Ergebnis wird dem Auftragnehmer daher überwiegend ein Anspruch auf zeitliche und auch finanzielle Anpassung des Vertrages grundsätzlich zugebilligt.

Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch besteht, ist eine dogmatisch überzeugende Begründung für eine Anpassung des Vertrages noch nicht gefunden: zum Teil wird eine Lösung darin gesehen, den Vertrag entsprechend auszulegen, zum Teil wird dem Bieter das Recht zugestanden, eine nachträgliche Anpassung des Vertrages zu verlangen.

Unterschiedlich wird schließlich auch die Frage beantwortet, ob aus Gründen der Rechtsicherheit eine gesetzliche Regelung - z.B. durch Änderung des GWB - dieser Fälle in Betracht zu ziehen ist, ob eine Änderung der VOB/A in Betracht kommt, oder ob die zahlreichen Fallkonstellationen sich einer solchen Lösung entziehen und daher - wie bisher - auf der Grundlage des allgemeinen Vertragsrechts zu lösen sind.

Die wesentlichen Lösungsansätze:

1. Unter Hinweis, dass eine Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegt, wenn die Leistung in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen erfüllbar und dies dem Schuldner auch zumutbar ist, wird vorgeschlagen, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung „nach Treu und Glauben“ eine Erfüllung des Vertrages zu neuen Konditionen zu ermöglichen. Dementsprechend seien Ausführungszeit und Vergütung zugunsten des Bieters entsprechend anzupassen.

Der Einwand hiergegen lautet, dass dem Auftraggeber diese einseitige Änderung des Vertrages jedenfalls insoweit nicht zumutbar sei, als es zu einer preislichen Anpassung komme. Der Bieter habe in dem Bewusstsein dem Vertragsschluss zugestimmt, dass sein Preisangebot unverändert weiter gelte (vgl. Kniffka in IBR-online, § 631 BGB, Rn. 31 und 34, Stand 15.11.2007). Jedenfalls habe der Auftraggeber darauf vertrauen dürfen. Außerdem müsse ansonsten auch der Auftraggeber ein Recht auf Anpassung haben, falls der Auftrag durch die zeitliche Verzögerung nunmehr günstiger abzuwickeln sei. Auch liege in einem solchen Anspruch eine Umgehung des Nachverhandlungsverbots, da die Verlängerung der Bindefrist gleichsam unter einem allgemeinen Preiskalkulationsvorbehalt erfolge. Zudem sei die Erfüllung des Auftrages zu den alten Preisen - anders

als bei abgelaufenen Fristen - ja nicht unmöglich, sondern für den Auftragnehmer allenfalls unwirtschaftlich.

2. Vielfach wird daher ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages nach Vertragschluss befürwortet. Dabei wird eine analoge Anwendung des § 2 Nr. 5, § 6 VOB/B vorgeschlagen und/oder auf die Grundsätze des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) verwiesen. Der Bieter dürfe das berechnete Vertrauen auf einen Zuschlag nicht mit einer Bindung an die ursprüngliche Kalkulation bezahlen müssen. Daher müsse der Auftraggeber eine Anpassung des Preises im Hinblick auf das vertragliche Vertrauensverhältnis akzeptieren, wenn er keine triftigen Gründe der Ablehnung habe (OLG Hamm, IBR 2007, 179; vgl. Kniffka, IBR-online, § 631 BGB, Rn. 36, vgl. auch OLG Jena BauR 2005, 564).

Dagegen wird - auch unter Verweis auf den Rechtsgedanken des § 116 BGB - eingewandt, dass es gerade umgekehrt treuwidrig sei, einen Vorbehalt, den man bei Vertragschluss nicht haben dürfen, unmittelbar nach Vertragsschluss zum Anlass für eine Preisänderung zu nehmen, die der Auftraggeber nicht erkennen können (LG Essen, Urteil vom 15.11. 2007, 4 O 168/07 n. v.). Auch § 2 Nr. 5 VOB/B greife zumindest in den Fällen nicht, in denen die Ausführungsfrist nach Vertragsschluss überhaupt nicht geändert werde. Eine „analoge Anwendung“ dieser Vorschrift sei schon im Hinblick auf deren mangelnde Rechtsnormqualität zweifelhaft. Auch dürften die wirtschaftlichen Konsequenzen in der Regel nicht ausreichend sein, die Voraussetzungen des § 313 BGB zu bejahen.

3. Zum Teil wird ein Anspruch aber auch gänzlich verneint: schließlich habe es der Bieter in der Hand, sich einer Verlängerung der Bindefrist zu verweigern. Er allein könne ermessen, ob er zu dem angebotenen Preis auch dann leisten könne, wenn sich die Ausführung verzögere. Zudem habe er bei Kalkulation und Abgabe des Angebots gewusst, dass es zu Verzögerungen des Vergabeverfahrens kommen könne. Insofern bestehe gar kein berechtigtes Vertrauen, den Zuschlag auch tatsächlich zu dem angenommenen Zeitpunkt zu erhalten. Das damit verbundene Risiko könne er zudem einkalkulieren und/oder durch Ablehnung der Verlängerung der Bindefrist sogar gänzlich vermeiden. Umgekehrt sei zu fragen, warum sich der Auftraggeber in die Situation einer unkalkulierbaren Nachforderung begeben solle, die er im Zweifel ebenfalls nicht herbeigeführt habe. Berücksichtigt man das weitere, dass die anderen Bieter ihre Angebote auch nicht nachbessern dürften, stelle sich die Frage warum das zunächst (!) wirtschaftlichste Angebot später zulasten des Auftragnehmers nachgebessert werden solle.

Daneben können weitere Aspekte in die Diskussion einbezogen werden:

So könnte bezweifelt werden, ob die Ausgewogenheit der fraglichen Bestimmungen der VOB/A unter dem Aspekt der unangemessenen Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 307, 308 Nr. 1 BGB) gegeben ist, sofern man die Anwendung dieser Bestimmungen überhaupt bejaht.

Von Interesse könnte auch die Frage sein, wie zu entscheiden ist, wenn auf Grund der zeitlichen Verzögerung das Angebot unauskömmlich wird und daher ein Zuschlag eigentlich gar nicht mehr erteilt werden dürfte (vgl. § 25 Nr. 3 VOB/B).

Generell begegnen die Vergabestellen auf die Problemlage dadurch, dass die Zuschlags- und Bindefristen deutlich über die Regelfrist der VOB/A hinaus verlängert werden.

Zu erwägen ist auch, ob die Lösung in einer Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens mit den Bietern der engeren Wahl oder die Überführung in ein Verhandlungsverfahren liegen könnte, um allen Bietern eine „Nachbesserungsmöglichkeit“ zu geben und dem Auftraggeber eine bewusste Entscheidung über die drohenden Mehrkosten zu ermöglichen. Die Gefahr liegt dann freilich in weiteren Verzögerungen durch erneute Nachprüfungsverfahren.

Zu diskutieren sind in diesem Zusammenhang auch Vorschläge für eine automatische Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bis zur Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens durch Gesetz oder die VOB/A.

## II. Thesen

### 1. Thesen von Vors. Richter am OLG Heinz-Peter Dicks

#### Zur Person

*Von 1993 bis 1997 Mitglied in einem Bausenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, seit 1997 Mitglied im Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf und in einem mit Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes befassten Zivilsenat, seit 1999 stellvertretender Vorsitzender des Vergabesenats des OLG Düsseldorf, 2004 stellvertretender Vorsitz im u.a. für Energierecht zuständigen 2. Kartellsenat des OLG Düsseldorf sowie gleichzeitige Übertragung der Leitung des 2. Kartellsenats und des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, seit 2005 Vorsitzender des 2. Kartellsenats und des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Mitautor des Kartellrechtskommentars von Loewenheim/Meessen/Riesenkampff und des Kommentars zur VOL/A von Kulartz/Marx/Portz/Prieß.*

#### Ausgangslage:

Bei Zuschlagsverzögerungen durch Nachprüfungsverfahren ist einem Dilemma kaum zu entgehen: Einerseits ist die Zuschlagsfrist (und mit ihr die Bindefrist) so kurz wie möglich und nicht länger zu bemessen, wie für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt wird (§ 19 Nr. 2, 3 VOB/A). Andererseits verhindern Nachprüfungsverfahren zu Lasten von Auftraggebern und Bietern in der Regel, dass Zuschlags- und Bindefristen eingehalten werden können. Dabei handelt es sich um keinen spezifischen, gerade Bauvergaben betreffenden Widerspruch, aber um einen, der mit Blick auf Ausführungsfristen und Mehrkosten bei VOB-Vergaben eine besondere wirtschaftliche und daher rechtliche Relevanz aufweist.

Grundlage der folgenden Darstellung ist: Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsbedingungen die konkrete Ausführungszeit, Bindefrist und Zuschlagsfrist festgelegt.<sup>1</sup>

#### These 1:

*Preissteigerungs- und sonstige Risiken sind von Bietern nur bis zum Ablauf der Bindefrist zu tragen. Bei nachprüfungsbedingten Zuschlagsverzögerungen gehen - communis opinio - Verfahrens-, Bauzeit- und Preisrisiken grundsätzlich auf den Auftraggeber über.*

Nachprüfungsverfahren bewirken aber keine automatische Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist. Droht die Bindefrist abzulaufen, obliegt dem Auftraggeber, den Bietern eine Verlängerung der Bindefrist anzutragen. In Abgrenzung dazu: Bei Verzögerungen aus Haushaltsgründen oder wegen nicht vorliegender öffentlich-rechtlicher Genehmigung oder Zustimmung ist - und zwar per se und von Anfang an vom Auftraggeber zu vertreten - im Allgemeinen schon Ausschreibungsreife zu verneinen (§ 16 Nr. 1 VOB/A).

#### These 2:

*Die rechtliche Konstruktion und Auslegung eines bei Zuschlagsverzögerungen zu begründenden Bauvertrags sollte eine Domäne des Bauvertragsrechts sein. Dem Vergaberecht kommt an der Schnittstelle des Zuschlags die unterstützende Funktion zu, Auftraggebern und Bietern unter den Geboten des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz nach Möglichkeit diejenigen Instrumentarien zur Verfügung zu stellen, die bei nachprüfungsbedingten Verzögerungen einen*

<sup>1</sup>

Die nachstehenden Ausführungen orientieren sich in der Sache und in der Terminologie an den Bauauftragsvergaben „oberhalb“ der Schwellenwerte. Sie können sinngemäß aber auch auf Unterschwellenwertvergaben sowie auf Auftragsvergaben durch private Auftraggeber übertragen werden, sofern diese sich bei der Auftragsvergabe an eine Anwendung der VOB/A gebunden haben; vgl. BGH, Urt. v. 21.2.2006 - X ZR 39/03, VergabeR 2006, 889 sowie § 2 Nr. 1, 2 VOB/A.

*raschen und reibungslosen, d.h. im Effekt bestandskräftigen, Vertragsschluss erlauben.*

Die typischen Fallgruppen einer nachprüfungsbedingt verzögerten Auftragsvergabe:

Variante 1 - Der Auftraggeber fragt während des Nachprüfungsverfahrens bei allen Bietern eine Verlängerung der Bindefrist ab. Die Bieter verlängern die Bindefrist nach Antrag. Der Zuschlag wird, nachdem die Ausführungsfrist teilweise oder vollständig abgelaufen ist, innerhalb der verlängerten Bindefrist erteilt:

Bei der rechtlichen Konstruktion des durch Zuschlag begründeten Vertragsschlusses sind das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot (§ 24 Nr. 3 VOB/A) und - um der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz willen - die Bindung des Auftraggebers an die den Bietern bekannt gegebenen Ausschreibungsbedingungen zu beachten. In der Phase zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Zuschlag ist jedwede inhaltliche Änderung am Angebot (in zeitlicher und preislicher Hinsicht) unstatthaft. Die bloße Bindefristverlängerung stellt keine inhaltliche Änderung des Angebots dar; oder es handelt sich um eine zugelassene Angebotsänderung (arg. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Genauso wenig dürfen beim Zuschlag (in puncto Bauausführungsfrist) die Ausschreibungsbedingungen geändert werden. Der Zuschlag darf nur auf das in der Sache unveränderte (bis dahin wirtschaftlichste) Angebot ergehen.<sup>2</sup>

Jede - notwendig bereits an den Willenserklärungen ansetzende - Auslegung (§§ 133, 157 BGB), wonach ein Vertrag mit Blick auf die Zuschlagsverzögerung unter geänderten zeitlichen und/oder preislichen Konditionen gewissermaßen „automatisch“ zustande kommen soll, ändert im Rechtssinn den Inhalt des Angebots ab und verstößt gegen das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot sowie ggf. auch gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Durch Zuschlag kommt innerhalb der verlängerten Bindefrist der Vertrag zu den zeitlichen und preislichen Konditionen des ursprünglichen Angebots zustande. Der Vertrag ist - auch wenn die Ausführungsfrist nicht mehr einzuhalten ist - nicht wegen subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit unwirksam (§ 311 a Abs. 1 BGB).

Vertragsanpassungen verlagern sich in die Zeit nach Zuschlagserteilung. Auf der Grundlage der Risikozuweisung und Kooperationsverpflichtung haben die Vertragsparteien über eine Anpassung der Leistungszeit und der Vergütung zu verhandeln. Dabei können ihrem Rechtsgedanken nach § 2 Nr. 5 und § 6 Nr. 1, 6 VOB/B oder § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) herangezogen werden.

Das Konzept von Nachverhandlungen nach Zuschlagserteilung ist vergaberechtlich riskant. Würde mit allen in die engere Wahl ziehenden Bietern nachverhandelt, kann sich die Angebotsrangfolge verschieben. Unabhängig von einer nach § 13 VgV erforderlichen Bieterinformation können von Nachverhandlungen ausgeschlossene Mitbieter eine Verletzung der Gebote von Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz rügen und ein neues Nachprüfungsverfahren anstrengen.

Der davon ausgehenden weiteren Verzögerungsgefahr kann der Auftraggeber begegnen, indem er den in die engere Wahl (d.h. in die Wertungsphase nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A) gelangten Bietern nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, zulässig aber auch schon unterdessen, in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren Gelegenheit gibt, die Angebote einer geänderten Ausführungsfrist und der Preisentwicklung anzupassen. Rechtlich handelt es sich um eine teilweise Rückversetzung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.

Variante 2 - Der Auftraggeber trägt während des Nachprüfungsverfahrens allen Bietern eine Verlängerung der Bindefrist an. Die Bieter erklären sich nicht, sie verlängern die Bindefrist nicht im angetragenen Umfang oder sie verweigern eine Zustimmung. Ein Zuschlag soll außerhalb der Bindefrist erteilt werden:

Der Ablauf der Bindefrist führt zivilrechtlich, nicht aber vergaberechtlich zum Erlöschen des Angebots (§§ 146, 148 BGB). Der Auftraggeber ist nicht gehindert und unter der Geltung öffentlichen Haushaltsrechts sogar gehalten, ein verfristetes Angebot nach Maßgabe von § 150 Abs. 1 BGB zu bezuschlagen, es sei denn, die Verdingungsunterlagen schreiben vor, verfristete Angebote (zwingend) von der Wertung auszuschließen (Bindung des Auftraggebers daran). Ein Zuschlag unter sachlichen Änderungen am ursprünglichen Angebot (§ 150 Abs. 2 BGB) scheidet aus. Der ausgewählte Bieter kann den als neues Angebot zu wertenden Zuschlag annehmen (arg. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A), muss dies aber nicht tun. Da das Vergabeverfahren erst mit dem Vertragsschluss endet, sind bis dahin inhaltliche Änderungen am Angebot (durch Annahmeerklärung des Bieters) und an den Ausschreibungsbedingungen unstatthaft. Ein Vertrag kommt zu den Konditionen des Ursprungsangebots zustande. Über eine Anpassung der Ausfüh-

<sup>2</sup> Vgl. zu allem auch BGH, Urt. v. 28.10.2003 - X ZR 248/02, NZBau 2004, 166 = VergabeR 2004, 190 = ZfBR 2004, 290.



rungsfrist und der Vergütung kann erst nach Vertragsschluss verhandelt werden. Den vergaberechtlich sichersten Weg bildet eine Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens wie nach Variante 1.

Variante 3 - Die „vergessene“ Bindefristverlängerung - Der Auftraggeber trägt ungeachtet seiner Obliegenheit keine Verlängerung der Bindefrist an, und die Bieter geben auch von sich aus keine dahingehenden Erklärungen ab:

Sofern nach den Ausschreibungsbedingungen verfristete Angebote nicht unbedingt auszuschließen sind, darf der Auftraggeber das Angebot weiterhin annehmen, wobei die Annahmeerklärung (der Zuschlag) als neues Angebot zu verstehen ist (§ 150 Abs. 1 BGB). Der Bieter kann dieses Angebot annehmen. Mithin ist wie nach Variante 2 vorzugehen.

Im Fall von Zuschlagsverzögerungen ist Bieter nicht nur mit Rücksicht auf Gründe einer Herstellungsverteuerung, sondern auch auf eine Bindung ihrer Kapazitäten nach allen drei Varianten ein Prüfungsrecht daran zuzubilligen, ob sie den Vertrag schließen wollen oder nicht. Eine Zuschlags- oder Vertragsschluss-„Automatik“ sollte ausgeschlossen sein. Sie stünde auch im Widerspruch zu vergaberechtlichen Prinzipien.

### These 3:

*Bei der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Gründe, auf denen eine Zuschlagsverzögerung beruhen kann, ist eine materiell-gesetzliche Regelung nicht zu empfehlen.*

Abstrakte Regelungen stoßen infolge einzelfallabhängig komplex und wertungsbesetzt zu treffender Entscheidungen auf Grenzen. Neben Kostensteigerungen müssten generell auch mögliche Kostenverringernungen berücksichtigt werden. Eine Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe erbringt keinen Rechtssicherheitsgewinn. Derzeitige Unsicherheiten müssen bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung vorläufig hingenommen werden.

Sofern eine normative Regelung der Problemstellung angestrebt wird, sollte diese primär in den Verdingungsordnungen und nur hilfsweise, wenn eine Geltung nur bei Auftragsvergaben „oberhalb“ der Schwellenwerte intendiert ist, in der Vergabeverordnung erfolgen. Im System des Vergaberechts scheint eine Ergänzung des GWB dafür ungeeignet.

## 2. Thesen von Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann

### Zur Person

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

*Geboren 1942 in Mönchengladbach*

*Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Köln und der Universität Heidelberg 1961 bis 1965*

*Assistent am Lehrstuhl für Ausländisches und Internationales Strafrecht an der Universität Köln*

*Promotion mit einem Thema zur Strafrechtsdogmatik 1968*

*Rechtsanwalt seit 1969*

*Gründung von Kapellmann und Partner 1974*

*Honorarprofessor an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen seit 1994*

*Veröffentlichungen u.a. Kapellmann/Schiffers, Band 1 und 2, Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB*

### Thesen:

#### Beispiel

Der öffentliche Auftraggeber schreibt Baulose eines Teilstücks einer Bundesautobahn aus, die Bindefrist für Angebote endet am 11.07.2003, die Fertigstellung ist für den 30.06.2004 vorgesehen. Der Auftraggeber teilt dem Bieter mit, er werde den Zuschlag erhalten. Der Auftraggeber sieht sich durch ein von einem Konkurrenten des Bieters eingeleitetes Vergabenaachprüfungsverfahren am Zuschlag gehindert. Auf

Wunsch des Auftraggebers verlängert der Bieter ohne Kommentar die Bindefrist mehrfach schließlich bis zum 30.07.2004. Die Stahlpreise steigen massiv ab November/Dezember 2003 und weiter bis zum Juli 2004. Am 20.07.2004 erteilt der Auftraggeber den Zuschlag ohne weiteren Erklärungen. Zu diesem Zeitpunkt ist die vorgesehene Ausführungszeit schon abgelaufen (Fall angelehnt an KG, Urteil vom 05.10.2007, 21 U 52/07; letzter Satz hinzugefügt).

1. Das Ziel des Vergabeverfahrens ist der Zuschlag. Demzufolge ist weder vergaberechtlich noch zivilrechtlich eine Lösung sachgerecht, bei der das erfolglose Nachprüfungsverfahren eines Konkurrenten dazu führt oder führen kann, dass der Auftraggeber dem Bieter, dem er ursprünglich den Zuschlag erteilen wollte, jetzt nicht mehr den Zuschlag – ohne neues Vergabeverfahren – erteilen kann. Umgekehrt darf auch der Bieter nicht die Möglichkeit haben, das Zustandekommen des Vertrages durch den „verspäteten“ Zuschlag zu verhindern, nachdem er der Bindefristverlängerung zugestimmt hatte.
2. Die Erklärung des Bieters, der Bindefristverlängerung zuzustimmen, enthält nichts anderes als die Erklärung, sich weiter am Verfahren zu beteiligen. Ein darüber hinausgehender Erklärungsinhalt wäre auch vergaberechtlich unzulässig.  
Überhaupt dürfen bis zum Zuschlag vergaberechtlich weder die Ausschreibungsbedingungen noch das Angebot verändert werden.
3. Sowohl die Ausführungszeit wie der Vertragspreis sind Essentialia des Angebots des Bieters; beide sind nach dem Zweck des Vertrages und der Interessenlage des Bieters so wesentlich, dass eine „verspätete Leistung“ ohne Vertragsanpassung für den Bieter nicht mehr „denselben Vertrag“ darstellen würde. Der („verspätete“) Zuschlag erfolgt auf ein Angebot, das überholt ist und so auch nicht erfüllt werden kann. § 271 BGB ist nicht anwendbar, weil er voraussetzt, dass gerade keine Zeit für die Leistung bestimmt ist.
4. Jedenfalls was die Vertragszeit angeht, ist der Zuschlag auf eine unmögliche Leistung gerichtet, denn Leistungen kann niemand in schon vergangener Zeit erbringen. Durch den Zuschlag kommt demnach ein Vertrag zustande: Der auf diese unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist wirksam (§ 311 a Abs. 1 BGB). Er würde aber keine primäre Leistungspflicht begründen, weil die Erbringung der versprochenen Leistungen für einen schon abgelaufenen Zeitraum für jedermann unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Sekundäre Pflichten (Ersatzpflichten) scheiden mangels Vertretenmüssens aus (§ 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).
5. Die Unmöglichkeit der Leistungserbringung ist jedoch dann zu verneinen, wenn „die Verpflichtung des Schuldners in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen erfüllbar ist und diese andere Art der Erfüllung dem Schuldner zugemutet werden kann“ (BGH NJW 1963, 49; OLG München NJW-RR 2005, 616; Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB 2. Auflage 2008, § 275, Rdn. 24; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 67. Auflage 2008, § 275, Rdn. 13). Die Bauleistung als solche ist möglich; die dann „andere Art der Erfüllung“ ist dem Bieter zumutbar, wenn Zeit und Werklohn angepasst werden. Diese Anpassung erfolgt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung „nach Treu und Glauben“ ohne ergänzende Vertragserklärung der Vertragsparteien „automatisch“, weder Auftraggeber noch Bieter müssen oder dürfen zusätzliche Erklärungen abgeben, um den angepassten Vertrag herbeizuführen. Der Bieter hat durch die Bindefristverlängerung zu erkennen gegeben, dass er an dem Vertrag auch bei verspätetem Zuschlag grundsätzlich schließen und ausführen will. Eine Anpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) führt zu einem vergleichbaren Ergebnis.
6. Der Maßstab für die Vertragsanpassung ist die Risikoverteilung des ursprünglich vorgesehenen Vertrages: Das Risiko der Verzögerung ist allein Investitionsrisiko des öffentlichen Auftraggebers; es beruht allein auf seiner speziellen Verfahrensregelung. Es ist deshalb mit Recht einhellige Meinung aller Obergerichte und der Literatur, dass die Ausführungszeit und damit die Vergütung zugunsten des Bieters zwingend angepasst werden.  
Der Vertrag kommt daher zustande mit einem Anspruch des Bieters/Auftragnehmers dem Grunde nach auf zeitliche und finanzielle Anpassung.
7. Maßstab für die zeitliche und finanzielle Anpassung sind § 2 Nr. 5, § 6 VOB/B.
8. Ein Auftraggeber kann nicht durch Klauseln in seinen Vergabeunterlagen die oben genannten Rechtswirkungen ausschließen; solche Klauseln wären vergaberechtlich unzulässig, vor allem aber auch unwirksam wegen Verstoßes gegen die AGB-rechtlichen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB.

9. Es empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung, dass dann, wenn der Bieter auf Wunsch des Auftraggebers die Bindefrist verlängert, durch den verspäteten Zuschlag ein Vertrag zustande kommt mit einem Anspruch des Bieters/Auftragnehmers dem Grunde nach auf Anpassung in zeitlicher und finanzieller Hinsicht. Richtiger Ort für diese Regelung ist das GWB. Es handelt sich nämlich um ein allgemeines und nicht nur um ein bauvertragliches Problem; eine Lösung nur durch Änderung der VOB/A ist daher nicht empfehlenswert.