

Folgeschäden am Bau - Haftung und Versicherung

Bearbeitet von
Herausgegeben vom eid Evangelischer Immobilienverband Deutschland e.V.

1. Auflage 2019. Buch. VII, 141 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 73721 3
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Rechtsstreits identisch ist. So liegt es hier in Bezug auf den Feststellungsantrag, weil der gleiche Antrag bereits im Urteil des Landgerichts vom 3.5.1982 (positiv) rechtskräftig beschieden worden ist.

b) Anerkannte Ausnahme

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von diesem Grundsatz eine Ausnahme geboten, wenn zwar ein rechtskräftiges Leistungsurteil vorliegt, eine erneute (Feststellungs-)Klage aber nötig ist, um mit ihr die Verjährung zu unterbrechen.² Diese Ausnahme hat der Bundesgerichtshof für den Fall der rechtskräftigen Feststellung wiederkehrender Leistungen entwickelt, die nicht der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB (§ 218 Abs. 1 S. 1 BGB aF) unterliegen, sondern für die die regelmäßige Verjährungsfrist gilt (§ 197 Abs. 2 BGB; vgl. zudem § 218 Abs. 2, § 197 BGB aF). In diesen Fällen besteht die prozessuale Besonderheit, dass § 258 ZPO aus praktischen Gründen bei wiederkehrenden Leistungen eine Leistungsklage auch schon wegen der erst nach Erlass des Urteils fällig werdenden Leistungen zulässt. Auf diese Weise kann in einem einzigen Prozess Klage auf rückständige und künftige Leistungen erhoben und damit – auch im Interesse des Schuldners – ein weiterer Rechtsstreit in der Regel vermieden werden. Die Verjährung des Anspruchs auf diejenigen Leistungen, die erst nach Rechtskraft des Urteils fällig werden, wird von einem solchen Prozess jedoch nicht beeinflusst. Sie tritt zum Nachteil des Gläubigers ein, als ob die Klage nicht erhoben worden wäre. Erweitert aber das Gesetz – letztlich im Interesse beider Parteien – die Klagemöglichkeit, ohne die regelmäßigen verjährungsrechtlichen Folgen an die Erhebung der Klage zu knüpfen, dann muss es dieser besonderen Rechtslage durch eine ihr angepasste Einschränkung der Rechtskraftwirkung Rechnung tragen. Es muss den Gläubiger von den Wirkungen der Rechtskraft jedenfalls soweit freistellen, als dies notwendig ist, um ihm die Wahrung seiner Rechte im Hinblick auf die drohende Verjährung zu ermöglichen. Gegenüber einem solchen unabweisbaren Bedürfnis nach Rechtsschutz muss die Rechtskraftwirkung des ersten Urteils zurücktreten.³

c) Vergleichbares Bedürfnis für Ausnahme

Ein entsprechendes unabweisbares Bedürfnis für eine Ausnahme von der Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft sieht der Bundesgerichtshof, wenn – wie hier – die Verpflichtung zum Ersatz künftig eintretender Schäden rechtskräftig festgestellt ist, solche Schäden aber noch nach Ablauf der 30-jährigen Verjährungsfrist eintreten können. Das beruht auf folgenden Gründen:

Nach den verjährungsrechtlichen Bestimmungen ist der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs zur Vermeidung einer erfolgreichen Verjährungseinrede gezwungen, zukünftige Schäden im Wege der Feststellungsklage zu verfolgen.

Soweit sich die Verjährung von Schadensersatzansprüchen nach der regelmäßigen Verjährungsfrist richtet (§ 195 BGB, vgl. für das Werkvertragsrecht § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB), ist eine Voraussetzung für den Beginn der Verjährung, dass der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Zu diesem Tatbestandsmerkmal entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,⁴ dass sich der Schadenseintritt

2 BGH Urt. v. 18.1.1985 – V ZR 233/83, BGHZ 93, 287 (289f.); Urt. v. 7.5.2003 – IV ZR 121/02, NJW-RR 2003, 1076 (1077); Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 113/06, BKR 2007, 156 (157).

3 BGH Urt. v. 18.1.1985 – V ZR 233/83, BGHZ 93, 287 (290f.); Urt. v. 7.5.2003 – IV ZR 121/02, NJW-RR 2003, 1076 (1077).

4 Vgl. BGH Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 200/15, NZG 2017, 753 (755) Rn. 15 mwN.

bei mehreren Schadensfolgen für die Zwecke des Verjährungsrechts anhand des Grundsatzes der Schadenseinheit bestimmt. Danach gilt der gesamte Schaden, der auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht, bereits mit der ersten Vermögenseinbuße als eingetreten, sofern mit den einzelnen Schadensfolgen bereits beim Auftreten des ersten Schadens gerechnet werden konnte. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs erfasst auch solche nachträglich eintretenden Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren. Zur Hemmung der Verjährung, die mit dem früheren Schadenseintritt begonnen hat, ist die Erhebung einer Feststellungsklage erforderlich. Tritt eine als möglich voraussehbare Spätfolge ein, wird für sie keine selbständige Verjährungsfrist in Lauf gesetzt. Dem Geschädigten ist es in aller Regel zuzumuten, sich schon aufgrund der Kenntnis von der haftungsbegründenden (Erst-)Schädigung durch eine Feststellungsklage bezüglich aller weiteren Schadensfolgen gegen Verjährung zu sichern. Der Grundsatz der Schadenseinheit beruht auf den Geboten der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

Entsprechendes gilt, wenn Schadensersatzansprüche aufgrund Gesetzes (in den Fällen des § 634a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB ab Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB) oder vertraglicher Vereinbarung (hier: Übergabe des Bauwerks) unabhängig von einer Schadensentstehung verjähren. Tritt in unverjährter Zeit die den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung zu Tage, muss der Gläubiger, um die Verjährung zukünftig eintretender Schäden zu hemmen, die Schadensersatzpflicht des Schuldners gerichtlich feststellen lassen.

Diese verjährungsrechtlich notwendige Vorgehensweise führt dazu, dass über die Pflicht des Schuldners zum Ersatz zukünftig eintretender Schäden ein Urteil ergeht, das im Regelfall in materielle Rechtskraft erwächst. Das führt zur Verjährung des zukünftige Schäden umfassenden Schadensersatzanspruchs binnen 30 Jahren, beginnend mit der Rechtskraft der Entscheidung (§ 197 Abs. 1 Nr. 3, § 201 S. 1 BGB). Tritt der zukünftige Schaden erst nach Ablauf dieser Frist ein, hat der Gläubiger grundsätzlich keine Möglichkeit, die Verjährung zu hemmen (§ 209 BGB) oder neu beginnen zu lassen (§ 212 BGB). Damit ist es dem Gläubiger verwehrt, den Eintritt des Schadens abzuwarten, um dann durch eine Leistungsklage und eine sich daran anschließende Zwangsvollstreckung die Verjährung zu hemmen beziehungsweise neu beginnen zu lassen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1, § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Bewirkt also das Gesetz aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, und damit im Interesse beider Parteien, dass zu einem Zeitpunkt Ansprüche rechtskräftig festzustellen sind, in denen eine Bezifferung nicht möglich ist, dann muss dieser besonderen Rechtslage prozessual durch eine Einschränkung der Rechtskraftwirkung Rechnung getragen werden, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, erst jenseits der 30-jährigen Verjährung bezifferbare Ansprüche durchzusetzen, d.h. in unverjährter Zeit eine erneute Feststellungsklage zu erheben.

d) Keine gesetzliche Verjährungshöchstfrist

Diesem prozessualen Erfordernis entspricht es, dass das BGB keine Verjährungshöchstfrist kennt.

Das folgt bereits daraus, dass selbst die 30-jährige Verjährungsfrist neu beginnt, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch anerkennt oder zur Durchsetzung des Anspruchs des Gläubigers eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird (§ 212 Abs. 1 BGB). Damit kann die Gesamtdauer der Verjährung ein Vielfaches der gesetzlichen Fristen betragen.

Das entspricht dem Zweck des Verjährungsrechts. Die Verjährung beruht auf den Gedanken des Rechtsfriedens und des Schuldnerschutzes. Sie soll den Schuldner davor bewahren, noch längere Zeit mit von ihm nicht mehr erwarteten Ansprüchen überzogen zu werden.⁵ Das Verjährungsrecht stellt die Vermutung auf, dass ein Anspruch, der aus weit zurückliegendem Entstehungsgrund erhoben wird, möglicherweise nie entstanden oder bereits erloschen ist. Dies soll dem Schuldner die Möglichkeit geben, einen Anspruch abzuwehren, ohne ihn inhaltlich bekämpfen zu müssen. Sollte der Anspruch doch bestehen, hat der Berechtigte den Nachteil der Verjährung durch seine Nachlässigkeit in der Regel selbst verschuldet. Das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners erwächst aus dem Verhalten des Gläubigers.⁶ Diese Schuldnerschutzgedanken kommen aber nicht zum Tragen, wenn der Schuldner aufgrund einer rechtzeitigen Klage des Gläubigers und des rechtskräftigen Feststellungsurteils weiß, dass er zum Schadensersatz verpflichtet und der Schaden erst zukünftig bezifferbar ist. Der Schuldner muss deshalb damit rechnen, zukünftig in Anspruch genommen zu werden. Dem Gläubiger stehen keine weiteren Möglichkeiten zur Verfügung, die abschließende Inanspruchnahme des Schuldners zu beschleunigen.

e) Keine unbilligen Kosten für den Schuldner

Das Recht des Gläubigers, unter Durchbrechung der Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft erneut auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung zu klagen, führt nicht zu unbilligen Kosten für den Schuldner. Denn der Schuldner kann ein erneutes Klageverfahren vermeiden, indem er den Anspruch des Gläubigers anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder auf die Einrede der Verjährung verzichtet.⁷

II. Warten auf den Zuschlag – gibt es eine Entschädigung für den Unternehmer? BGH Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 81/17

1. Das Problem

In einer weiteren Entscheidung des letzten Jahres stellte sich die Frage nach einem Anspruch des Unternehmers auf Entschädigung seiner Wartezeit, die aufgrund der Verzögerung des Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren entstand.

Der Bundesgerichtshof hatte Gelegenheit, diesen Fall von zwei bereits von ihm entschiedenen Fallgruppen abzugrenzen: Zum einen war bereits geklärt, dass dem Unternehmer nach § 642 BGB für seine Wartezeiten bei einem Annahmeverzug des Bestellers nach Vertragsschluss eine angemessene Entschädigung zu zahlen ist, die eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräten und Kapital darstellt.⁸ Zum anderen kann einem Unternehmer wegen eines verzögerten Vergabeverfahrens unter Umständen eine Mehrvergütung zustehen, wenn ihm bei Ausführung der Leistungen hierdurch Mehrkosten entstehen.⁹

2. Der Sachverhalt (vereinfacht)

Die Beklagte führte im Jahr 2004 eine öffentliche Ausschreibung betreffend den grundhaften Ausbau der Bundesautobahn A 19 für Leistungen der Verkehrsführung

⁵ BGH Urt. v. 23.11.1994 – XII ZR 150/93, BGHZ 128, 74 (82 f.).

⁶ Motive I, 291 (296 f.) = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, 512 (515).

⁷ Vgl. dazu BGH Urt. v. 18.9.2007 – XI ZR 447/06, ZfBR 2008, 152 (153).

⁸ BGH Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544.

⁹ BGH Urt. v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47.

und Verkehrssicherung durch, an dem sich die Klägerin mit einem Angebot beteiligte. Darin bot die Klägerin die Vorhaltung einer Stahlgleitwand von 14,8 km für 588 Tage zu einem Einheitspreis von 1184 EUR/Tag netto an. In der Ausschreibung war als Frist für die Ausführung der Leistungen der Zeitraum von September 2004 bis April 2006 angegeben. Nach den der Ausschreibung zugrunde liegenden Besonderen Vertragsbedingungen sollte die Ausführung der Arbeiten spätestens zwölf Tage nach Zuschlagserteilung beginnen, insbesondere der Aufbau der Verkehrssicherung spätestens 36 Werktagen nach Zuschlagserteilung erfolgen. Die am 2.9.2004 endende Binde- und Zuschlagsfrist wurde auf Bitten der Beklagten mit Zustimmung der Klägerin mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 31.3.2006. Am 30.3.2006 erteilte die Beklagte der Klägerin den Zuschlag für die angebotenen Arbeiten, die anschließend ausgeführt wurden.

Wegen der Dauer des Vergabeverfahrens hatte die Klägerin im Jahr 2005 begonnen, die zur Ausführung vorgesehene und von ihr vorgehaltene Stahlgleitwand sukzessive auf anderen Baustellen einzusetzen. Bei Zuschlagserteilung musste die Klägerin daher die benötigte Stahlgleitwand bei einem Nachunternehmer anmieten.

Die Klägerin verlangte über die vereinbarte Vergütung hinaus wegen der mehrfachen Verlängerung der Zuschlagsfrist für die Vorhaltung der Stahlgleitwand in dieser Zeit einen Betrag von 431.783,60 EUR, berechnet nach Vertragspreisen, kalkulatorisch aufgeschlüsselt, und nach konkreter Menge und Dauer der Vorhaltung der Stahlgleitwand bis zur Zuschlagserteilung.

3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

Der Klägerin stehe infolge der verzögerten Vergabe und der daraus resultierenden Vorhaltung der mobilen Stahlgleitwand ein Anspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 642 BGB zu. Der werkvertragliche Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB sei auf das bei öffentlicher Ausschreibung zwischen Auftraggeber und Bieter begründete vertragsähnliche Verhältnis für die Erfassung einer verschuldensunabhängigen Entschädigung des Auftragnehmers analog anzuwenden.

Eine Regelung zu einer verschuldensunabhängigen vorvertraglichen Haftung des Auftraggebers im Falle unterbliebener beziehungsweise verzögerter Mitwirkung bei öffentlichen Ausschreibungen fehle. Es bestehe insoweit eine planwidrige Regelungslücke, deren Schließung zur sachgerechten Abstimmung von Vergabe- und Vertragsrecht geboten erscheine. Das infolge von Verzögerungen im Vergabeverfahren bedingte Vorhalten von Leistungen (Arbeitskraft, Gerät und Kapital) des Bestbieters entspreche dem vertraglichen Vorhalten der Leistung bei einem Annahmeverzug des Bestellers gemäß § 642 BGB. Denn die vorvertragliche Interessenlage der Beteiligten des Vergabeverfahrens entspreche im Wesentlichen der der Werkvertragsparteien. Bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist sei der Bieter nicht nur preislich an sein Angebot gebunden, er erkläre darüber hinaus, zu den in der Ausschreibung festgelegten Ausführungsterminen leistungsbereit zu sein. Der öffentliche Auftraggeber habe ebenfalls ein Interesse daran, dass der Bieter entsprechend den Ausführungsterminen mit der Ausführung seiner Leistungen beginne. Dass in Fällen einer verzögerten Vergabeentscheidung der Bestbieter allein das damit verbundene Verzögerungsrisiko tragen solle, sei angesichts der vergleichbaren Konstellation zu den von § 642 BGB erfassten Fällen ein Wertungswiderspruch. Allein der Umstand, dass sich das Verzögerungsrisiko vor dem durch Zuschlagserteilung wirksamen Vertragsschluss realisiert habe, ändere nichts an der im Werkvertragsrecht vorgenommenen Risikozuweisung.

4. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

a) Auslegung des Vertrags

Die Parteien haben einen Vertrag geschlossen, der den spätesten Ausführungsbeginn auf zwölf Werktage nach dem 2.9.2004, dem Ende der in der Ausschreibung vorgesehenen Bindefrist, festlegte. Die Klägerin hat ein entsprechendes Angebot abgegeben; die Beklagte hat dieses Angebot mit ihrem Zuschlagsschreiben vom 30.3.2006 unverändert angenommen. Dies gilt unabhängig davon, dass der in dem Angebot für den Beginn der Ausführung vorgesehene späteste Termin zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen war. Ein Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist regelmäßig so auszulegen, dass er sich auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht.¹⁰ Eine Auslegung der Ausschreibungsunterlagen dahingehend, dass für die Bauzeit in jedem Fall an einen noch nicht feststehenden tatsächlichen Zuschlagstermin angeknüpft wird, kommt nicht in Betracht.¹¹

Kommt es zu einem solchen Vertragsschluss, kann es bei den vereinbarten Fristen nicht verbleiben. Sie sind aus tatsächlichen Gründen bereits gegenstandslos. Ein ersatzloser Wegfall entspricht jedoch nicht dem Willen der Parteien. Das ergibt sich daraus, dass sie im Vertrag Regelungen zur zeitlichen Durchführung vereinbart haben. Das Verhalten der Parteien ist deshalb dahin auszulegen, dass sie den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue, dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch noch eine Einigung herbeiführen wollen. Kommt es nicht zu der von den Parteien erwarteten nachträglichen Einigung, existiert eine zu füllende Regelungslücke.¹² 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. 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.¹³ Kommt es zu keiner Einigung, ist der Vertrag ergänzend auszulegen. Dabei ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner für den von ihnen nicht regelten Fall vereinbart hätten. Danach ist die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzupassen. Besonderheiten, wie etwa Bauerschwernisse oder -erleichterungen durch jahreszeitliche Verschiebungen, sind unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien und vor dem Hintergrund, dass der Auftragnehmer der Bindefristverlängerung zugestimmt hat, zu berücksichtigen. Die Grundsätze des vereinbarten § 6 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B sind sinngemäß anzuwenden. Zugleich ist der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen.¹⁴

b) Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin

Hieraus kann die Klägerin nichts herleiten. Um den dargestellten möglichen Mehrvergütungsanspruch geht es nicht. Denn die Klägerin stützt ihren Anspruch auf die verzö-

¹⁰ Vgl. BGH Urt. v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 37; Urt. v. 10.9.2009 – VII ZR 152/08, NZBau 2009, 771 (773) Rn. 21.

¹¹ Vgl. BGH Urt. v. 10.9.2009 – VII ZR 152/08, NZBau 2009, 771 (773) Rn. 20.

¹² BGH Urt. v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 44.

¹³ BGH Urt. v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 49.

¹⁴ BGH Urt. v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 48 f.

gerte Erteilung des Zuschlags und knüpft die begehrte Rechtsfolge damit an eine Störung der vorvertraglichen Rechtsbeziehung. Sie macht auch nicht den Ersatz eines Schadens geltend. Denn die Klägerin fordert mit der Klage keine etwa von ihr in Erwartung des Vertragsschlusses getätigten konkreten Aufwendungen, sondern eine Entschädigung für das Vorhalten ihrer Leistung bis zur Erteilung des Zuschlags, die sie nach Maßgabe des § 642 BGB auf der Grundlage der für die Leistung kalkulierten Vergütung einschließlich eines Prozentsatzes für Allgemeine Geschäftskosten berechnet hat. Deshalb kann offen bleiben, ob etwa eine der Beklagten zurechenbare Pflichtverletzung im Vergabeverfahren vorgelegen hat und ob Fehler im Vergabeverfahren überhaupt einen Anspruch des Bieters auf Ersatz von solchen konkreten Aufwendungen begründen könnten.

Anders als das Berufungsgericht meint, steht der Klägerin infolge der verzögerten Vergabe ein Anspruch auf Ersatz von nach Vertragspreisen einschließlich eines Prozentsatzes für Allgemeine Geschäftskosten kalkulierten Vorhaltekosten für die mobile Stahlgleitwand bis zur Zuschlagserteilung auch in entsprechender Anwendung des § 642 BGB nicht zu.

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Unternehmers, wenn der Besteller eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der Besteller hierdurch in Annahmeverzug gerät. Die angemessene Entschädigung nach § 642 BGB wird für die Wartezeiten des Unternehmers gezahlt und stellt eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräten und Kapital dar.¹⁵

Eine unmittelbare Anwendung des § 642 BGB kommt nicht in Betracht, da – wovon auch das Berufungsgericht ausgeht – in dem Zeitraum, für den Vorhaltekosten für die mobile Stahlgleitwand geltend gemacht werden, noch kein Werkvertrag zwischen den Parteien bestand und die Beklagte keine Obliegenheit zur Vornahme einer bei der Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 Abs. 1 BGB traf.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung¹⁶ kann ein Annahmeverzug des Auftraggebers nicht im Wege einer vermeintlichen Rückwirkung der Zuschlagserteilung auf den Zeitpunkt des ursprünglichen Ablaufs der Bindefrist begründet werden. Im Hinblick auf die bei einer verspäteten Zuschlagserteilung erforderliche Vertragsanpassung zu den Ausführungszeiten gerät der Auftraggeber daher nicht bereits deswegen in Annahmeverzug, weil im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung die ursprünglichen Ausführungsstermine bereits verstrichen sind.

Ein Anspruch auf Ersatz von Vorhaltekosten des Bieters wegen verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren kann nicht auf eine entsprechende Anwendung des § 642 BGB gestützt werden. Es ist bereits zweifelhaft, ob eine planwidrige Regelungslücke gegeben ist. Eine Ausdehnung des § 642 BGB auf den vorvertraglichen Bereich in Fällen der Zuschlagsverzögerung scheidet jedenfalls an der für eine entsprechende Anwendung erforderlichen vergleichbaren Interessenlage. Ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht kein Grund für eine verschuldensunabhängige Haftung des Auftraggebers für die Folgen von Zuschlagsverzögerungen, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen.¹⁷

Der Bieter, der sich im Vergabeverfahren leistungsbereit hält, nimmt die Vorhaltung seiner Leistung deswegen in Kauf, weil er darauf hofft, dass ihm der Zuschlag erteilt

15 BGH Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544.

16 Peters NZBau 2010, 156f.

17 Kau/Hänsel NJW 2011, 1914 (1916); vgl. auch Althaus/Heindl/Althaus/Bartsch, Der öffentliche Bauauftrag, 3. Aufl., Teil 4, Rn. 224.

wird. Es handelt sich um Kosten der Vertragsakquise, die – vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung der Vertragsparteien – grundsätzlich vom Bieter zu tragen sind. Vor Abschluss des Vertrags handelt der Bieter, der seine Leistung vorhält, insoweit auf eigenes Risiko. Denn der Auftraggeber ist gegenüber dem Bieter nicht zum Vertragsabschluss verpflichtet, sondern lediglich zur Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens. Die Ungewissheit, ob und wann dem Bieter der Zuschlag erteilt wird, gehört zum allgemeinen Risiko eines jeden, der sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligt.

Vor diesem allgemeinen Risiko wird der Bieter hinreichend dadurch geschützt, dass sein Angebot befristet ist und eine Verlängerung der Bindefrist seiner Zustimmung bedarf. Stimmt der Bieter einer Bindefristverlängerung zu, erklärt er damit, dass der angebotene Preis bei unveränderter Leistung und unveränderten Leistungszeiten bis zum Ablauf der Bindefrist gilt. Der Bieter hat in einem solchen Fall daher weiterhin das sich für jeden Bieter aus einer solchen Verlängerung ergebende Risiko zu tragen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG