

29. Thomas Heilfort:

## Stoffpreisbedingt modifizierte Vergütung aufgrund verzögerter Vergabe, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 05.12.2006, Az. 24 U 58/05

In: VergabeRecht, Heft 4/2007, S. 557 - 563

Anmerkung: Der Text sowie die angegebenen Seitenzahlen des nachfolgenden Dokuments entsprechen bis auf geringfügige redaktionelle Änderungen dem veröffentlichten Fachbeitrag.

## **Verlängerung der Bindefrist; Überholung der Ausführungsfristen; Mehrvergütungsansprüche des AN**

**1. Die Erklärung des Bieters gegenüber einem öffentlich-rechtlichen Auftraggeber, dass er einer Verlängerung der Zuschlagsfrist zustimme, enthält unter Berücksichtigung des Nachverhandlungsverbots (§ 24 Nr. 3 VOB/A) weder ein stillschweigendes Angebot zu einer Preis-anpassung noch einen Verzicht auf ein Mehrpreisverlangen.**

**2. Die Zustimmungserklärung schafft im Rahmen der Vertragsanbahnung lediglich eine Vertrauensgrundlage für den Auftraggeber, dass der Bieter weiterhin bereit ist, den Auftrag entsprechend seinem Angebot auszuführen, soweit sich dessen Grundlagen nicht nachweislich geändert haben.**

**3. Die auf das ursprüngliche Angebot bezogene Zuschlagserteilung stellt ein verändertes Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB dar, wenn die zunächst geplanten Termine nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien im Zeitpunkt des Zuschlags nicht mehr vereinbart werden sollen.**

**4. Der Bieter kann das veränderte Angebot annehmen oder seine Annahmeerklärung hinsichtlich der Vergütung modifizieren. Das darf er unter Beachtung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses der Parteien nur auf der Grundlage seiner Kalkulation und den vergütungsrelevanten Veränderungen, die zwischen dem ursprünglich vorgesehenen und dem tatsächlichen Zuschlagszeitpunkt eingetreten sind.**

**5. Der Besteller ist in diesem Fall unter Beachtung seiner Kooperationspflicht verpflichtet, das hinsichtlich der Vergütung modifizierte Angebot anzunehmen, wenn er keinen triftigen Grund hat, es abzulehnen.**

BGB §§ 150, 154; V=B/A §§ 2 Nr. 1, 19 Nr. 3, 24 Nr.3, 25 Nr. 3, 28 Nr. 2; VOB/B § 2 Nr. 5.

OLG Hamm, Urteil vom 05. Dezember 2006, 24 U 58/05 – „Stahlpreisänderung“

### **Zum Sachverhalt**

I. Die Klägerin hat im Jahre 2004 Bauarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung der rechtsseitigen Emsdeiche im Stadtgebiet der Beklagten erbracht. Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt sie die Beklagte auf Zahlung von Mehrvergütung wegen geänderter Stahlpreise in Anspruch.

Durch Urteil vom 04.04.2005, auf dessen Tatbestand hinsichtlich des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien verwiesen wird, hat das Landgericht die auf Zahlung von 72.733,16 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Hinsichtlich der für diese Entscheidung maßgeblichen Erwägungen des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Gegen das landgerichtliche Urteil richtet sich die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin, die folgendes geltend macht:

Die Beklagte habe durch ihr Zuschlagsschreiben vom 02.03.2005 nicht das im Zuge der Submission von der Klägerin unterbreitete Angebot angenommen sondern vielmehr ein Angebot mit veränderten Konditionen versandt. Durch das Zuschlagsschreiben sei nämlich die ursprünglich vorgesehene und dem Angebot zugrundeliegende Bauzeit geändert worden. Die Klägerin habe wiederum dieses modifizierte Angebot durch ihr Schreiben vom 15.03.2004 nicht unverändert angenommen sondern erneut modifiziert. Der Inhalt des Schreibens vom 15.03.2004 sei sodann dadurch Vertragsinhalt geworden, dass die Beklagte die Arbeiten der Klägerin hingenommen und erst mit Schreiben vom 30.07.2004 mitgeteilt habe, dass eine Anpassung der Stahlpreise nicht erfolgen könne.

Das Landgericht habe auch zu Unrecht eine Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB /B abgelehnt. Soweit das Landgericht aus dieser Vorschrift eine Verpflichtung der Klägerin hergeleitet habe, vor Vertragsschluss auf die erhöhten Stahlpreise hinzuweisen, sei dies unrichtig, weil die VOB/B erst für die Ausführung von Bauleistungen ab Vertragsschluss gelte. Außerdem seien nach Angebotsabgabe Vorbehalte hinsichtlich der angebotenen Preise aufgrund des Nachverhandlungsverbotes des § 24 Nr. 3 VOB/A unzulässig. Als die Klägerin den Bitten der Beklagten um Verlängerung der Bindefrist entsprochen habe, sei für sie auch noch nicht erkennbar gewesen, ob und wie sich Änderungen der Stahlpreise auswirken würden.

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 72.733,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2004 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, ein wirksamer Bauvertrag der Parteien sei bereits aufgrund des Zuschlagsschreibens vom 02.03.2004 zu Stande gekommen. Durch jenes Schreiben sei keine generelle Änderung der Ausführungsfrist erfolgt, da jene Frist schon im Angebot der Klägerin nicht datumsmäßig festgelegt worden sei. Durch das Zuschlagsschreiben sei lediglich der Zwischentermin für die Fertigstellung eines Teilabschnitts des Bauvorhabens geändert worden. Außerdem sei bereits die Bindefristverlängerungserklärung der Klägerin als Angebot auf entsprechende Verlängerung der Ausführungsfristen auszulegen. Jenes Angebot sei von der Beklagten durch den Zuschlag angenommen worden. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass am 08.03.2004 eine erste Baubesprechung der Parteien stattgefunden habe. Im Rahmen dieser Besprechung hätten die Vertreter der Klägerin keinerlei Mehrvergütungsverlangen geäußert.

Die Beklagte meint weiterhin, einer Anpassung des Vertrages stehe entgegen, dass sich die Klägerin zweimal vorbehaltlos mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden erklärt habe, obwohl ihr die Entwicklung der Stahlpreise bekannt gewesen sei.

Die Beklagte vertritt schließlich die Auffassung, § 2 Nr. 5 VOB/B sei weder direkt noch analog anwendbar. Die geänderten Umstände seien bereits vor Vertragsschluss eingetreten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren nimmt der Senat auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen L., W. und F.. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichtserstattervermerk über die mündliche Verhandlung vom 05.12.2006 verwiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt. Mit der für den Erlass eines Grundurteils (§ 304 ZPO) erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit ist davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund einer in der Zeit zwischen dem ursprünglichen Ende der Zuschlagsfrist (14.01.2004) und der Erteilung des Zuschlags (02.03.2004) eingetretenen Erhöhung der Stahlpreise berechtigt ist, die Beklagte auf Zahlung einer erhöhten Vergütung in Anspruch zu nehmen. Auf eine etwaige schon in der Zeit bis zum Ablauf der ursprünglichen Zuschlagsfrist erfolgte Stahlpreiserhöhung ließe sich die Klageforderung dagegen nicht stützen. Eine solche Erhöhung wäre auch dann, wenn der Zuschlag bereits bis zum ursprünglichen Ende der Zuschlagsfrist erteilt worden wäre, allein von der bis dahin (vgl. § 19 Nr. 3 VOB/A) an die Preise ihres Angebots vom 12.12.2003 gebundenen Klägerin zu tragen gewesen.

Das auf die später eingetretene Stahlpreiserhöhung gestützte Mehrpreisverlangen der Klägerin scheidet dagegen nicht an der von der Beklagten angenommenen Bindung an die Preise des Angebots vom 12.12.2003. Dieses Angebot ist nicht unverändert Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien geworden.

Nach Auffassung des Senats, der insoweit der Rechtsprechung des BGH (NJW 2005, 1653) zur Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Bauvertrages mit der Maßgabe, dass eine neue Bauzeit festgelegt wird, und den Ausführungen von Kniffka (ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 24.10.2006, Rdnr. 30 ff. zu § 631 BGB) folgt, stellt sich die Rechtslage dann, wenn der Zuschlag aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens mit veränderten Fertigstellungsterminen erfolgt, wie folgt dar:

Sollen die ursprünglich vorgesehenen Termine nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien im

Zeitpunkt des Zuschlags nicht mehr vereinbart werden, handelt es sich bei der Zuschlagserteilung um ein verändertes Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB (BGH, NJW 2005, 1653). Gleichgültig ist, ob es sich um eine wesentliche oder unwesentliche Änderung handelt (BGH NJW 2001, 222; Palandt-Heinrichs BGB, 65. Aufl. § 150 Rdnr. 2). Kann diesem Angebot nicht entnommen werden, dass dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, einen veränderten Preis für seine Leistung zu verlangen, weil der Besteller keinen neuen Preis bezahlen, sondern lediglich eine neue Bauzeit möchte, hat der Unternehmer (Bieter) drei Möglichkeiten:

Er kann das veränderte Angebot mit der Folge annehmen, dass sich nur die Bauzeit nicht jedoch die Vergütung ändert.

Er kann das neue Angebot mit der Folge ablehnen, dass kein Vertrag zustande kommt (Kniffka a.a.O. Rdnr. 33).

Schließlich kann er das veränderte Angebot seinerseits hinsichtlich der Vergütung unter Berücksichtigung seiner Kalkulation und der zwischen dem ursprünglich vorgesehenen Zuschlagszeitpunkt und dem tatsächlichen Zeitpunkt des Zuschlags eingetretenen vergütungsrelevanten Veränderungen modifizieren. Der Besteller ist dann unter Berücksichtigung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses der Parteien und ihrer auch insoweit geltenden Kooperationspflicht verpflichtet, das hinsichtlich der Vergütung modifizierte Angebot anzunehmen, wenn er keinen triftigen Grund hat, es abzulehnen. Letzteres kommt in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung vorliegen, insbesondere, wenn das Bauvorhaben wegen der preislichen Veränderungen für ihn wirtschaftlich nicht mehr tragbar erscheint.

Der Umstand, dass ein Bieter das annehmbarste Angebot abgegeben hat, begründet in den Fällen, in denen der Auftraggeber dieses aus den vorgenannten Gründen nicht zurückweisen darf, sein Vertrauen darauf, dass ihm auch der Zuschlag erteilt wird, wenn er es nur an die von ihm nicht beeinflussbaren Veränderungen der Angebotsgrundlagen angepasst hat, die nach dem ursprünglich vorgesehenen Zuschlagszeitpunkt eingetreten sind. Dass das Nachprüfungsverfahren oder andere in den Risikobereich des Bestellers fallende Umstände eine Vergabe verzögern, darf dem Unternehmer nicht zum Nachteil gereichen (Kniffka a.a.O. Rdnr. 34).

In Übereinstimmung mit dem OLG Jena (NZBau 2005, 341, 344) ist der Senat der Auffassung, dass es mit dem das Vergaberecht prägenden Grundsatz eines fairen Wettbewerbs nicht vereinbar wäre, dass es ein nachrangiger Bieter andernfalls in der Hand hätte, den günstigsten Bieter durch die Zeitverzögerung, die mit einem Vergabenachprüfungsverfahren verbunden ist, und die dadurch bedingten Veränderungen der Kalkulationsgrundlagen, dazu zu zwingen sein Angebot zurückzuziehen, indem er einer Bindefristverlängerung aus wirtschaftlichen Gründen nicht zustimmt, und dadurch dem nachrangigen Bieter die Gelegenheit verschafft, sich noch an die erste Stelle der Zuschlagswertung schieben zu können. Dem nachrangigen Bieter darf auch nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, einen günstigeren Wettbewerber, der einer Bindefristverlängerung zustimmt, durch Preissteigerungen während einer Verzögerung des Zuschlags, die mit einem erfolglosen Vergabenaachprüfungsverfahren verbunden sind, wirtschaftlich zu schädigen. Das widerspricht sowohl dem Interesse des günstigsten Bieters als auch dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers. Gem. § 2 Nr. 1 VOB/A sind Bauleistungen zu angemessenen Preisen zu vergeben und gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, dass unter Würdigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, den öffentlichen Auftraggeber vor Nachteilen zu schützen, die zwangsläufig mit nicht auskömmlichen Preisen verbunden sein können (Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, VOB, 15. Aufl., § 25 VOB/A, Rdnr. 66 m.w.Nachw.). Deshalb sollen Angebote ausgeschlossen werden, deren Preis unangemessen niedrig ist, weil damit häufig die Gefahr verbunden ist, dass der spätere Auftragnehmer in Schwierigkeiten gerät und den Auftrag entweder nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt (BGH, NJW 1995, 737; Ingenstau/Korbion/Kratzenberg a.a.O.).

Ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A tritt dann, wenn das Zuschlagschreiben als verändertes Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB verstanden wird, das der Bieter/Unternehmer seinerseits ablehnen, unverändert oder modifiziert annehmen kann, nicht ein. § 24 Nr. 3 VOB/A bezieht sich nur auf die Zeit zwischen dem Eröffnungstermin gemäß § 22 VOB/A und der Erteilung des Zuschlags nach § 28 VOB/A und nicht auf die Zeit nach Zuschlagserteilung (vgl. Ingenstau/Korbion - Kratzenberg, § 24 VOB/A Rdnr. 1).

Die Annahme, dann, wenn der Bieter/Unternehmer einer Verlängerung der Zuschlagsfrist zustimme, sei bereits die Zustimmungserklärung als Angebot auf Abänderung der Ausführungsfristen auszulegen (so: OLG Jena, Baurecht 2000, 1611) oder sogar als Angebot auf Abänderung der Ausführungsfrist und auf Anpassung des Preises, was sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergebe (so: Kapellmann, NZBau 2003, 1, 5), ist dagegen unter Berücksichtigung des Nachverhandlungsverbots des § 24 Nr. 3 VOB/A problematisch, worauf Kapellmann zutreffend hinweist (NZBau 2003, 1, 2). Da nach

§ 24 Nr. 3 VOB/A in der Zeit zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung Verhandlungen über Änderungen des Angebots und seiner Preise grundsätzlich unstatthaft sind, muss es nicht nur als unzulässig angesehen werden, in dem Zeitraum bis zur Zuschlagserteilung stillschweigend eine Preis-anpassung zu vereinbaren, es verbietet sich auch die gegenteilige Annahme, eine vorbehaltlose Zustimmung zu einer Verlängerung der Zuschlagsfrist sei als Verzicht auf ein - in dieser Zeit nicht zulässiges - Mehrpreisverlangen zu werten, der zudem ohne Überprüfung der Kalkulation ins Blaue hinein erfolgen würde. Es ist dem Bieter im Rahmen der (wiederholten) Zustimmung zu einer Verlängerung der Bindefrist nicht zumutbar und vielfach auch erkennbar unmöglich, seine gesamte Kalkulation zu überprüfen sowie die aktuellen Preisangebote seiner Lieferanten abzufragen. Die Zustimmung zu einer Verlängerung der Zuschlagsfrist beinhaltet deshalb allein die Erklärung des Bieters, auch über die ursprüngliche Zuschlagsfrist hinaus bereit zu sein, bei ansonsten unveränderten Umständen an seinem ursprünglichen Vertragsangebot festzuhalten. Sie schafft eine Vertrauensgrundlage für beide Verhandlungspartner für entsprechende Dispositionen und bindet den Bieter weiterhin an sein Angebot, soweit sich dessen Grundlagen nicht nachweislich geändert haben.

Diese Auffassung ist gegenüber derjenigen von Kapellmann (NZBau 2003, 1, 5), der eine Anpassung des nach seiner Auffassung ohne Hinweis auf die erhöhten Preise geschlossenen Vertrags gem. § 2 Nr. 5 VOB/B befürwortet, deshalb vorzuzugewürdigt, weil sie dem Transparenzgebot des Vergaberechts entspricht und dem Auftraggeber die Möglichkeit lässt, auf ein verändertes Angebot nicht einzugehen statt ihn "blind" an ein ihm unbekanntes Angebot zu binden. Sie dient zudem einer raschen Klärung der Auftragslage, weil sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber unverzüglich auf das geänderte Angebot reagieren müssen.

Die Anwendung der vorstehend dargestellten Grundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall führt zu folgenden Feststellungen:

Die Beklagte hat durch das Zuschlagsschreiben vom 02.03.2004 (Bl. 42/43 d. A.) das Vertragsangebot der Klägerin nicht unverändert angenommen sondern es jedenfalls hinsichtlich des Fertigstellungstermins eines

Baubauschnitts modifiziert. Ziffer 3.3 der "Besonderen Vertragsbedingungen", die Bestandteil des Angebots der Klägerin waren, sah eine Fertigstellung des Abschnitts zwischen den Stationen 2 + 300 und 2 + 700 bis zum 15.04.2004 vor (vgl. Bl. 37 d. A.). Durch das Zuschlagsschreiben vom 02.03.2004 ist der Fertigstellungstermin für jenen Abschnitt geändert und auf den 29.05.2004 festgelegt worden. Diese Änderung hatte gemäß § 150 Abs. 2 BGB zur Folge, dass zum Vertragsschluss eine Annahmeerklärung der Klägerin erforderlich war, zu der die Beklagte die Klägerin im Einklang mit § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A in ihrem Schreiben vom 02.03.2004 auch aufgefordert hat, indem sie die Klägerin ausdrücklich um eine schriftliche Auftragsbestätigung gebeten hat.

Dass die Klägerin das veränderte Vertragsangebot der Beklagten ihrerseits unverändert angenommen hätte, ist jedoch nicht feststellbar. Die Klägerin hat auch nach der Aussage des Zeugen F., des zuständigen Mitarbeiters der Beklagten, schon innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt des Zuschlagsschreibens und damit innerhalb einer ihr zuzubilligenden angemessenen Reaktionsfrist ein auf die zwischenzeitlich eingetretene Stahlpreiserhöhung gestütztes Mehrpreisverlangen erhoben. Wie der Zeuge bei seiner Vernehmung durch den Senat bekundet hat, war der schriftlichen Bitte der Klägerin um Preisanpassung vom 15.03.2004 (Bl. 8/9 d. A.) bereits ein Telefonat mit gleicher Zielsetzung vorausgegangen.

Das von der Beklagten behauptete Verhalten der Vertreter der Klägerin bei der ersten Baubesprechung vom 8.03.2004 konnte auch aus der Sicht der Beklagten nicht als konkludente unveränderte Annahme des mit dem Zuschlagsschreiben vom 02.03.2004 erfolgten modifizierten Vertragsangebots gewertet werden. Einer solchen Wertung steht bereits der Umstand entgegen, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 02.03.2004 ausdrücklich um eine schriftliche Auftragsbestätigung sowie um die gleichzeitige (Unterstreichungen durch den Senat) Vorlage einer Vertragserfüllungsbürgschaft gebeten hatte. Der letztgenannten Bitte ist die Klägerin indessen erst mit ihrem Schreiben vom 15.03.2004 nachgekommen, mit dem sie aber gleichzeitig auch ihr Mehrpreisverlangen gestellt hat.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob nicht auch aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme des Senats, insbesondere aufgrund der Aussage des Zeugen L., davon ausgegangen werden muss, dass die Klägerin schon am 08.03.2004 einen Vorbehalt hinsichtlich der Auswirkungen der Stahlpreiserhöhung erhoben hat.

Dass die Beklagte ihrerseits das hinsichtlich der Vergütung modifizierte Vertragsangebot der Klägerin vom 15.03.2004 unverändert angenommen hätte, lässt sich zwar nicht feststellen. Die Behauptung der Beklagten, der Klägerin sei bereits "wenige Tage" nach Erhalt des Schreibens vom 15.03.2004 erklärt worden, dass hinsichtlich des Mehrvergütungsverlangens eine Handlungsanweisung des Bundes eingeholt werden müsse, ist nicht widerlegt. Der hierdurch begründete Einigungsmangel der Parteien steht einem wirksamen Vertragsschluss jedoch nicht ent-

gegen. Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht anwendbar, da die Parteien den Vertrag trotz der unvollständigen Vertragsabrede tatsächlich durchgeführt haben (BGH NJW 83, 1727, 1728).

Die hinsichtlich der Vergütung bestehende Lücke in den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ist dadurch zu schließen, dass der Klägerin das Recht zuzubilligen ist, einen an die Stahlpreiserhöhung angepassten, nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B ermittelten Preis verlangen zu können. Fehlt bei einem Werkvertrag eine ausdrückliche Vergütungsvereinbarung, gilt die übliche Vergütung als vereinbart (§ 632 Abs. 2 BGB). Ist - wie hier - die VOB/B vereinbart worden, ist eine dem Grunde nach gerechtfertigte Anpassung der Vergütung an geänderte Preisgrundlagen üblicherweise nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B vorzunehmen (vgl. auch Kniffka a.a.O. Rdnr. 34 : Liegt die VOB/B zugrunde, bestehen keine Bedenken, wenn der Unternehmer den neuen Preis entsprechend § 2 Nr. 5 VOB/B ermittelt). Der Senat wendet insoweit § 2 Nr. 5 VOB/B nicht entsprechend an, sondern er geht davon aus, dass eine Preisanpassung nach dem Rechtsgedanken des § 2 Nr. 5 VOB/B der gebotenen Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Kooperationsverpflichtung der Parteien am besten entspricht, weil sie ggf. nach objektiven Kriterien mit Hilfe eines Sachverständigen überprüfbar ist. Damit wird zugleich der Gefahr vorgebeugt, dass der Sinn und Zweck des Ausschreibungsverfahrens nachträglich unterlaufen wird.

Ob im Falle einer Vergabe mit veränderten Fertigstellungsterminen bei der Bemessung der Höhe einer Preisanpassung ggf. auch berücksichtigt werden kann, dass durch die neue Bauzeit eine Kostenverringerung eintritt, erscheint dem Senat zweifelhaft (vgl. auch die die Berücksichtigung einer Preisermäßigung ablehnende Entscheidung BayObLG NZBau 2002, 689), kann jedoch vorliegend offen bleiben. Nach Auffassung des Senats könnte eine solche Kostenermäßigung allenfalls dann beachtlich sein, wenn sie bereits zeitnah zu dem Mehrvergütungsverlangen geltend gemacht worden wäre. Die Beklagte hat auf diesen Gesichtspunkt indessen erstmals im Senatstermin vom 05.12.2006 hingewiesen. Im übrigen fehlt es auch an konkreten Darlegungen dazu, dass die hier vorliegende zeitliche Verschiebung tatsächlich zu Ersparnissen, etwa aufgrund günstigerer Witterungsverhältnisse, geführt hat.

Davon, dass in der maßgeblichen Zeit zwischen dem 14.01.2004 (Ablauf der ursprünglichen Zuschlagsfrist) und dem 02.03.2004 (Zuschlag) eine Stahlpreiserhöhung eingetreten ist, die mit der für den Erlass eines Grundurteils erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Rdnr. 6 zu § 304) das Mehrvergütungsverlangen der Klägerin rechtfertigt, ist der Senat aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen L. in Verbindung mit dem von dem Zeugen verfassten Schreiben der Klägerin vom 15.03.2004 (Bl. 8/9 d. A.) überzeugt. Die nähere Aufklärung der Höhe des berechtigten Preis-anpassungsverlangens der Klägerin ist im Betragsverfahren vorzunehmen und wird voraussichtlich nicht ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen erfolgen können.

#### Anmerkung:

Das OLG Hamm hat mit Urteil vom 05.12.2006 Grundsätze für die Behandlung der sich aus einer vergabebedingt verschobenen Leistungserbringung ergebenden Änderungen der Grundlagen des Angebots eines Bieters aufgestellt, die insbesondere für die nachfolgend erläuterte Ermittlung von erhöhten Stoffkosten von Bedeutung sind:

#### 1. Probleme bei der Mehrkostenermittlung

Theoretisch verfügt der AN zum Zeitpunkt der Kalkulation über vollständige und richtige Informationen zu Gegenstand, Art und Weise der Leistungserbringung, so dass nur einige wenige Einflussfaktoren auf die Kalkulation geändert werden müssten, um die stoffpreisbedingten Mehrkosten einer verzögerten Vergabe kalkulatorisch zu ermitteln. Dies würde unter anderem voraussetzen, dass ein mitbietendes Bauunternehmen im Zuge der Angebotslegung sämtliche Details der vom AG ausgeschriebenen Teilleistungen einschließlich aller einzusetzenden Produkte und Stoffe kennt; Ausschreibungen, Angebotsauswertungen und Bieterverhandlungen für alle fremden Lieferungen und Leistungen durchführt; Kalkulationsunterlagen der vorgesehenen Lieferanten und Nachunternehmern auswertet; Zeitverläufe aller Kostenarten plant und Hochrechnungen für zukünftige Einkaufspreise vornimmt.

In der Praxis erfüllt ein Bauunternehmen oft nicht alle Anforderungen an eine Stoffkostenkalkulation, weil entweder keine adäquate Ausführungsplanung vorliegt, angesichts von zehn und mehr erfolglosen Angeboten für einen Auftrag der Aufwand gescheut oder die Zeit bis zur Submission zu knapp bemessen wird<sup>1</sup>.

Da sich Änderungen der stoffpreisabhängigen Einflussfaktoren bei einer unveränderten Zuschlagserteilung aber ohnehin nicht auf die angebotenen Preise auswirken dürfen, sondern dem unternehmerischen Wagnis unterliegen, ist es insofern

<sup>1</sup> „Auffallend ist der Gegensatz, in welchem zu der ‚Gemüthlichkeit‘ beim Zuschlag und bei der Abwicklung die ungemüthliche Hast bei Bemessung des Submissions- und Vollendungstermins steht.“ (zitiert aus Huber: Das Submissionswesen. Tübingen, 1885, S. 201)

auch nicht erforderlich, im Zuge der Angebotskalkulation alle in den Eigenleistungen, Fremdleistungen und sonstigen Kosten enthaltenen Stoffanteile der Höhe und dem zeitlichen Verlauf nach detailliert zu bestimmen.

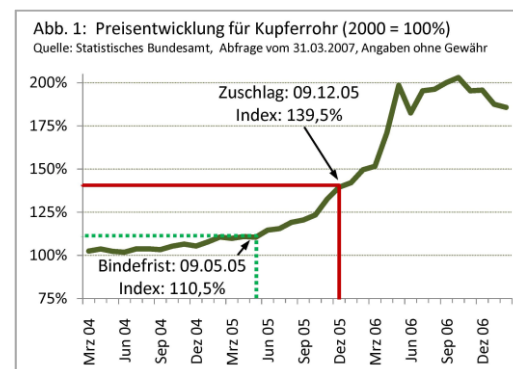
Dennoch enthält auch der Einheitspreis einer Position, in der der Stoffkostenanteil wertmäßig nicht explizit kalkuliert oder ausgewiesen wurde, stoffpreisabhängige Anteile, z. B. bei Fremdleistungen, für die nur Einheitspreise der Nachunternehmer eingesetzt und bezuschlagt werden. Es ist damit nicht ohne weiteres möglich, aus der Differenz der aktuellen Stoffpreise zum geänderten Vergabezeitpunkt mit den kalkulierten Stoffpreisen zum Angebotszeitpunkt den vertragsgerechten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers zu ermitteln.

#### 2. Grundsätze der Anspruchsermittlung

Bei einer allein auf die Differenz zwischen den in der Regel nominal kalkulierten Soll-Stoffkosten und den erhöhten Ist-Stoffkosten abstellenden Mehrkostenermittlung würde der Auftraggeber entgegen den Grundsätzen zur vertragsgerechten Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage einseitig auch alle diejenigen Risiken übernehmen, die im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegen.

Eine Modifizierung der Vergütung des Auftragnehmers muss jedoch nach einer verzögerten Vergabe auf Grundlage der Kalkulation und der vergütungsrelevanten Veränderungen zwischen dem ursprünglich vorgesehenen und dem tatsächlichen Zuschlagszeitpunkt erfolgen (OLG Hamm, Urteil vom 05.12.2006 - 24 U 58/05).

Damit ist die Preisermittlungsgrundlage des Auftragnehmers konsequent fortzuschreiben, um ein etwaig „gutes“ oder „schlechtes“ Preisniveau der kalkulierten Stoffkosten beizubehalten und auch diejenigen Mehrkosten risikoneutral abzugrenzen, die sich aus einer etwaig unzutreffenden Kalkulation oder aus Stoffpreiserhöhungen im ungestörten Bauablauf ergeben. Die Preisermittlungsgrundlage umfasst dabei alle für die Preisfindung maßgeblichen Einflussfaktoren, auch wenn diese nicht unmittelbar und explizit in der Kalkulation ausgewiesen worden sind.



(Abb. ist im Original nicht enthalten)

Zur Ermittlung des Vergütungsanspruchs aufgrund der verzögerten Vergabe ist damit der Preisanteil der von Kostenänderungen betroffenen Stoffgruppen am Angebot, die Stoffkostenverteilung über die geplante und vergabebedingt geänderte Bauzeit sowie die Entwicklung des für die einzelnen Stoffe oder Stoffgruppen relevanten Stoffpreisindizes zu berücksichtigen. Nur so wird gewährleistet, dass ein Auftragnehmer durch die Berücksichtigung gestiegener Stoffkosten nicht besser (oder schlechter) gestellt wird als ohne vergabebedingte Verzögerung. Insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer bereits zum Angebotszeitpunkt nicht von über die Bauzeit preisgebundenen Stoffkosten ausgehen konnte, sind die auch im ungestörten Bauablauf aus etwaigen Stoffpreiserhöhungen zu tragenden Mehrkosten zu Lasten des Auftragnehmers zu berücksichtigen.

### 3. Regelbeispiel zur Ermittlung des berechtigten Preisanpassungsverlangens

Nachfolgend wird ein Regelbeispiel zur Ermittlung der erhöhten Kosten für die Stoffgruppe Kupferrohr erläutert. Die Abbildung 1 zeigt den relevanten Preisindex, der zum Zeitpunkt der ursprünglichen Bindefrist im Mai 2005 bei 110,5 % und zur tatsächlichen Zuschlagserteilung im Dezember 2005 bei 139,5 % (Spalte 2) bzw. umgerechnet auf die Preisbasis im Mai 2005 bei 126,2 % lag (Spalte 3).

Der nominale Stoffkostenanteil für Kupferrohr am kalkulierten Angebotspreis beträgt im Beispiel insgesamt 165.000 €. Die Zuordnung dieser Stoffkosten zu den relevanten Vorgängen im Bauablaufplan ergibt die Kostenverteilung über die unveränderte Bauzeit. Demnach sollten im Mai 2005 Kupferrohre im Wert von 5.000 €, im Juni von 10.000 €, im Juli von 100.000 € und im August 2005 im Wert von 50.000 € eingebaut werden (Vgl. Spalte 4 in Abb. 2). Tatsächlich kann der Auftragnehmer die benötigten Stoffe zwar auch vorab im Paket einkaufen und intern zwischenlagern, die Nichtbeachtung des konkret (und nachweisbar) geplanten Bauablaufs würde jedoch spekulative Elemente in die Fortschreibung der kalkulatorischen Grundlagen einbringen, die schwer nachprüfbar und zudem hier nicht relevant sind, da die Wahl des Einkaufszeitpunkts allein dem Risikobereich des Auftragnehmers zuzuordnen ist.

Für die Ermittlung der auch im ansonsten ungestörten Bauablauf vom Auftragnehmer zu tragenden Kosten (indizierte Stoffkostenverteilung gemäß Angebot, Spalte 5) wird der zur ursprünglichen Bindefrist umgerechnete Preisindex (Spalte 3) mit den monatlichen nominalen Stoffkosten (Spalte 4) multipliziert.

Nach der verzögerten Zuschlagserteilung im Dezember 2005 und der Anpassung des ursprünglich geplanten Bauablaufs ergibt sich bei ansonsten unveränderter Grundlage eine verschobene Verteilung der nominalen Stoffkosten von insgesamt 165.000 € gemäß Spalte 6.

Für die Ermittlung der Stoffkosten des verzögerten Bauablaufs (Spalte 7) wird der umgerechnete Preisindex (Spalte 3) mit den für die einzelnen Monate nominal fortgeschriebenen Stoffkostenverteilung (Spalte 6) multipliziert. Im Ergebnis betragen die

Mehrkosten als Differenz zum indizierten Angebot 49.367 € bzw. 29,9 % der nominalen Stoffkosten.

### 4. Sonderfall: Mehrkosten aus Verkürzung der Lieferantenpreisbindung

Verschiebt sich durch die verzögerte Zuschlagserteilung der Abschluss von Lieferverträgen durch den Auftragnehmer von einem Zeitraum relativer Preisstabilität in einen Zeitraum mit stark steigenden Preisen, verkürzt sich aufgrund der daraus folgenden Unsicherheit über die künftige Preisentwicklung typischerweise die Lieferantenpreisbindung.

Dabei kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob bei fristgerechter Zuschlagserteilung berechtigt vom Abschluss preisgebundener Lieferverträge ausgegangen werden kann, immer auf den Zeitpunkt der vorgesehenen und tatsächlichen Beauftragung sowie auf den jeweiligen Preisindex an. Die in der Abbildung 1 gezeigte Preisentwicklung für Kupferrohr zeigt, dass ein Bieter, der am 09.05.2005 beauftragt werden sollte, aufgrund der vorangegangenen Preisentwicklung von gleichbleibenden Stoffpreisen ausgehen konnte. Verschiebt sich aber nun der Zuschlag auf den 09.12.2005, kann der Auftragnehmer mit seinen Stoffpreislieferanten keine der Vertragslaufzeit entsprechende Preisbindung mehr vereinbaren. Hätte der Auftraggeber den Zuschlag fristgerecht erteilt, wäre dem Auftragnehmer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Abschluss langfristiger Lieferverträge auf Grundlage des damals relativ stabilen Preisniveaus von 110,5 % (Preisbasis 2000) gelungen. In diesem Sonderfall dürfen die indizierten Stoffkosten gemäß Zuschlagserteilung mit den nominal kalkulierten Stoffkosten verglichen werden. Die Mehrkosten betragen in diesem Fall 58.154 € oder 35,2 % der kalkulierten Stoffkosten.

### 5. Fazit

Zum Zeitpunkt der verzögerten Zuschlagserteilung sind der kalkulatorischen Ermittlung von ungewissen, in der Zukunft liegenden Preisänderungen Grenzen gesetzt. Unter Umständen sind für den Auftragnehmer

Abb. 2: Ermittlung der modifizierten Vergütung bei verzögerter Zuschlagserteilung

Preisindex für Kupferrohr	Stoffkostenverteilung					
	Basis des Indizes:		gemäß Angebot		gemäß Auftrag	
Monat	2000	Mai 05	Nominal	Indiziert	Nominal	Indiziert
1	2	3	4	5	6	7
Mai 05	110,5%	100,0%	5.000	5.000		
Jun 05	114,6%	103,7%	10.000	10.371		
Jul 05	115,5%	104,5%	100.000	104.525		
Aug 05	119,1%	107,8%	50.000	53.891		
Sep 05	120,5%	109,0%				
Okt 05	123,4%	111,7%				
Nov 05	132,6%	120,0%				
Dez 05	139,5%	126,2%			5.000	6.312
Jan 06	142,1%	128,6%			10.000	12.860
Feb 06	149,6%	135,4%			100.000	135.385
Mrz 06	151,6%	137,2%			50.000	68.597
<b>Summe</b>			<b>165.000</b>	<b>173.787</b>	<b>165.000</b>	<b>223.154</b>
Mehrkosten zum indizierten Angebot (Spalte 5):					29,9%	<b>49.367</b>
Mehrkosten zum nominalen Angebot (Spalte 4):					35,2%	<b>58.154</b>

(Abb. ist im Original nicht enthalten)

aufgrund von unerwarteten Stoffpreisänderungen Mehrkosten, die im zukünftigen Bauablauf gegenüber dem ungestörten Bauablauf entstehen, ex ante überhaupt noch nicht erkennbar. Ein Auftragnehmer kann daher im engen zeitlichen Zusammenhang zur Zuschlagserteilung die preislichen Auswirkungen künftiger Stoffpreiserhöhungen nicht abschließend ermitteln.

Eine angemessene und sachgerechte Berücksichtigung der aus einer verzögerten Zuschlagserteilung resultierenden Stoffpreiserhöhungen über die gesamte Bauzeit sollte somit seitens der Rechtsprechung nicht von einem auch der Höhe nach

abschließenden Preisanpassungsverlangen des Auftragnehmers zum Zeitpunkt der verzögerten Zuschlagserteilung abhängig gemacht werden. Vielmehr bietet die vertragsgerechte Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B ausreichende Möglichkeiten, auch im Nachhinein einen sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber zu erzielen.

Dr.-Ing. Dipl.-Kfm. Thomas Heilfort, Dresden<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Sachverständiger für Bauablaufstörungen und Lehrbeauftragter an der TU Dresden, [www.heilfort.de](http://www.heilfort.de)