



## UPDATE VERGABERECHT

### KEINE ERSTATTUNG VON VORHALTEKOSTEN BEI VERZÖGERTEM ZUSCHLAG

**BGH, Urteil vom 26.04.2018 – VII ZR 81/17**

Ein Straßenbauamt (AG) schrieb für eine Autobahnsanierung Leistungen der Verkehrsführung und -sicherung aus, u.a. war über mehrere Kilometer eine Stahlgleitwand zu stellen. Es kam zu Verzögerungen des Vergabeverfahrens, der Zuschlag an den erstplatzierten Bieter (AN) erfolgte erst nach mehrfacher Verlängerung der Bindefrist, der der AN jeweils zugestimmt hatte. Der AN forderte im Wege des Nachtrags die Erstattung seiner Vorhaltekosten für die während der wiederholten Verlängerung der Zuschlagsfrist nicht anderweitig eingesetzten Elemente. Die Vorinstanzen gaben dem AN Recht, der BGH wies die Klage ab.

Der BGH stellt zunächst klar, dass der AN hier keine vertraglichen Ansprüche verfolge, sondern allein Vorhaltekosten beanspruche, die auf einer „Störung der vorvertraglichen Rechtsbeziehung“ fußen, nämlich dem verzögerten Zuschlag. Vorvertragliche Ansprüche könnten indes nicht auf die VOB/B oder § 642 BGB (Annahmeverzug des Bestellers einer Werkleistung) gestützt werden. Einen vorvertraglichen Schadensersatzanspruch verneinte der BGH ebenso, denn bei den Vorhaltekosten handele es sich nicht um von dem AN in Erwartung des Vertragsschlusses getätigte konkrete Aufwendungen. Zudem vermochte der BGH keine dem AG zurechenbare Pflichtverletzung im Vergabeverfahren zu erkennen. Eine Ausweitung des § 642 BGB auf den vorvertraglichen Bereich scheidet aus, denn es bestehe kein Anlass für eine verschuldensunabhängige Haftung des AG für die Folge von Zuschlagsverzögerungen. Die Vorhaltung von Material sei kostenmäßig Aufwand der Vertragsakquise, durch das Einverständnis zu einer Bindefristverlängerung habe der AN das Risiko der Vorhaltung von Gerät und Material übernommen. Zudem habe der AN wegen der Zuschlagsverzögerung einen Anspruch auf Vertragsanpassung hinsichtlich des Ausführungstermins, sodass für ihn insofern keine Gefahr des Leistungsverzuges bestand und es keinen Anlass gab, die Elemente über den gesamten Zeitraum der verzögerten Vergabe vorzuhalten.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Anlässlich der Entscheidung ist es einem Unternehmen nicht zu empfehlen, benötigtes Material, u.ä. im Interesse der kurzfristigen Leistungsbereitschaft selbst bei sicherer Erwartung des verzögerten Zuschlags durchgehend vorzuhalten. Sollte nach verspätetem Zuschlag ein teurerer Bezug des benötigten Materials als kalkuliert notwendig sein, kann dem AN nach der Rechtsprechung des BGH ein Mehrvergütungsanspruch nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 5 VOB/B (nachträglich angeordnete Leistungsänderung) zustehen. Dies gilt auch bei der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen: Sollten sich durch eine verzögerte Zuschlagserteilung Mehrkosten für den AN ergeben, kann nach der Literatur ein Preisanpassungsanspruch entsprechend § 2 Nr. 3 VOL/B bestehen.