

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III_ZR_230/63

URTEIL

Verkündet am

8. April 1965

Fieser,

Justizangestellte:

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Landkreises H [REDACTED], vertreten durch
den Oberkreisdirektor,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Klempnermeister Leo W [REDACTED], D [REDACTED]-E [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED]

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1965
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm
sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt,
Dr. Beyer und Gähtgens

für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Landkreises gegen
das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts Hamm (Westf.) vom 9. Juli 1963
wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem
beklagten Landkreis auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betreibt in Detmold ein im Handelsregister eingetragenes Unternehmen für Heizungen, Lüftungen und sanitäre Anlagen. Er besitzt den Vertriebenenausweis A, und sein Betrieb war nach einer Bescheinigung des Landkreises Detmold als Flüchtlingsunternehmen im Sinne des § 74 des Bundesvertriebenengesetzes (in der Fassung vom 14. August 1957, BGBl I 1215, jetzt Fassung vom 23. Oktober 1961, BGBl I 1882) - BVFG - anzusehen.

Im Herbst 1960 plante der beklagte Landkreis die Heizungsanlage in einem Erweiterungsneubau der Kreisberufsschule in Ennigloh bei Bünde. Für die Klassenräume war eine Radiatorenheizung, für Treppenhaus und Flure hingegen eine Deckenstrahlungsheizung vorgesehen. Im Wege der sogenannten beschränkten Ausschreibung (§ 3 Ziff.1 b der Verdingungsordnung für Bauleistungen - VOB - Teil A) wurden mehrere Unternehmer, darunter der Kläger, zur Abgabe von getrennten Angeboten für die Radiatoren- und die Deckenstrahlungsheizung aufgefordert. Der Kläger gab jedoch nur ein Angebot für die Anlage der Radiatorenheizung ab. In seinem Begleitschreiben wies er darauf hin, daß er anerkannter Flüchtlingsbetrieb sei und machte "auf den Erlaß des Herrn Wirtschaftsministers betreffs bevorzugter Vergabe bei öffentlichen Aufträgen" aufmerksam; gemeint war damit der gemeinsame Runderlaß des Arbeits- und des Wirtschaftsministers über die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen vom 22. Juli 1954, MinBl NW 1954, 1294. Im Eröffnungstermin am 10. Oktober 1960 lagen folgende Angebote vor:



Für die Radiatorenheizung:

1. W [REDACTED], Detmold /Kläger/	141.026,15 DM
2. Sch [REDACTED], Herford	143.481,85 "
3. B [REDACTED], Ennigloh	144.110,-- "
4. K [REDACTED], Herford	158.614,99 "
5. A [REDACTED], Bielefeld	167.821,70 "

Für die Deckenstrahlungsheizung:

1. K [REDACTED], Herford	30.018,98 DM
2. B [REDACTED], Ennigloh	32.290,50 "
3. A [REDACTED], Bielefeld	37.091,89 "
4. Sch [REDACTED], Herford	44.417,-- "

Nach dem Eröffnungstermin machte die Firma B [REDACTED] die Ausführung ihrer Angebote davon abhängig, daß sie den Zuschlag für beide Anlagen erhielt. Die Firma K [REDACTED] wurde vom Beklagten wegen eines angeblichen Kalkulationsirrtums in Höhe von 2 000 DM aus dem Angebot für die Deckenstrahlungsheizung entlassen. Nach der Zuleitung der Angebote an ihn stellte sich der Kreisbauausschuß auf den Standpunkt, daß innerhalb eines Baues nur ein Unternehmer mit der Anlage der Heizung beauftragt werden solle. Der Kreisausschuß erteilte daraufhin der Firma B [REDACTED] am 28. Oktober 1960 den Zuschlag.

Der Kläger ist der Auffassung, der Auftrag für die Ausführung der Radiatorenheizung habe ihm erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgegeben habe (§ 25 Ziff.2 VOB Teil A) und weil sein Betrieb ein Flüchtlingsunternehmen im Sinne der Vorschrift des § 74 BVFG sei. Durch den Zuschlag an die Firma B [REDACTED] habe der Beklagte gegen § 74 BVFG verstoßen und sich dadurch ihm, Kläger, gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht.

Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst Zahlung von 1 500 DM als Teilbetrag des ihm angeblich durch den Auftragsentgang entstandenen Gesamtschadens von mindestens 10 000 DM verlangt und vor dem Landgericht beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 1 500 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage dem Antrag des Beklagten entsprechend abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat der Kläger seinen Klageanspruch erhöht und um Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 6 400 DM mit Zinsen gebeten. Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils und auch die Abweisung des erst im Berufungsverfahren geltend gemachten höheren Klageanspruchs. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen mit folgenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen begründet:

Der Kläger könne seinen Anspruch zwar nicht darauf stützen, daß der Beklagte sich nicht an die Bestimmungen der VOB gehalten und damit ein Schutzgesetz im Sinne

von § 823 Abs.2 BGB verletzt habe; denn die VOB sei kein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift. Ebenso wenig hafte der Beklagte nach § 839 BGB in Verbindung mit Art.34 GrundG, da er nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern in Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange als gleichberechtigter Partner des Klägers im privatrechtlichen Rechtsverkehr gehandelt habe. Der Beklagte habe aber gegen § 74 BVFG und damit gegen ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs.2 BGB verstoßen. Denn die Vorschrift des § 74 BVFG müsse nach ihrem Zweck als ein derartiges Schutzgesetz angesehen werden. Das Angebot des Klägers sei bei der Radiatorenheizung das wirtschaftlichste, zumindest sei es ebenso wirtschaftlich wie das der Firma B. oder einer anderen Firma gewesen. Deshalb habe auf dieses Angebot der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Übergehung des Klägers werde durch die vom Beklagten dafür angeführten Gründe nicht gerechtfertigt. Der Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt.

II.

1.) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, soweit es der Auffassung ist, daß der Klageanspruch nicht aus einer angeblichen Verletzung der Bestimmungen der VOB in Verbindung mit § 823 Abs.2 BGB hergeleitet werden könne. Die VOB gibt in ihrem Teil A im Interesse vor allem einer einheitlichen und klaren Verwaltungspraxis Richtlinien und Regeln darüber, wie bei der Vergabe von Bauleistungen seitens der Auftraggeber verfahren werden soll. Diesen Bestimmungen kommt ein Rechtsnormcharakter nicht zu, so daß sie schon allein aus diesem Grunde nicht als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs.2 BGB qualifiziert werden können. Bedenken bestehen insoweit auch in folgender Richtung: Wenn die im Teil A der VOB

enthaltenen Regeln und Grundsätze für die Vergabe von Bauleistungen auch nicht einseitig auf das Interesse der öffentlichen Auftraggeber abstellen und ihr Zweck sich nicht ausschließlich in der Wahrung des Interesses der öffentlichen Hand erschöpft, vielmehr auch in gewissem Umfang sachlich gerechtfertigtes Interesse der Unternehmer Berücksichtigung finden mag (vgl. Ingenstau-Korbion Kommentar zur VOB, 2. Aufl., Einl. RdZ, 19), so steht die Wahrung der Einzelinteressen der Unternehmer in den Bestimmungen der VOB doch nicht ausreichend genug im Vordergrund, um diese Interessenwahrung der Unternehmer als (mit-)bezweckt in dem Sinne annehmen zu können, daß eine Nichtbeachtung der hier interessierenden Regeln die eine Schadensersatzpflicht auslösende Verletzung eines Schutzgesetzes darstelle (im Ergebnis ebenso das Urteil des VI. Senats vom 12. Oktober 1956 VI ZR 51/56; Ingenstau-Korbion aaO; Hereth-Naschold, VOB/A, 2. Aufl. EZA 0.33).

2.) Das Berufungsgericht hat den Klageanspruch aus dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 24 BVFG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB) für begründet erachtet und ausdrücklich eine Haftung des Beklagten nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GrundG mit der Erwägung verneint, daß der Beklagte nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt (d. h. in Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 34 GrundG), sondern in Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange als gleichberechtigter Partner im privatrechtlichen Rechtsverkehr gehandelt habe. Ob dem zuzustimmen ist, läßt der erkennende Senat unentschieden, da die Haftung des Beklagten in jedem Fall im Ergebnis mit Recht bejaht worden ist.

Die Auffassung der Revision, daß eine Behörde bei Mißachtung der hier in Rede stehenden Vorschriften zwar einem gesetzlichen Gebot zuwider handle, aber nicht ein unter den Schutz besonderer Gesetze gestelltes Rechtsgut Dritter verletze, ist unrichtig. Das Bundesvertriebenengesetz ist nicht allein im Interesse der Allgemeinheit als solcher erlassen, sondern es dient ohne Zweifel zumindest weithin auch dem Interesse des von diesem Gesetz (§§ 1 - 4) erfaßten Personenkreises. Insbesondere berühren die dem Schutz und der Förderung der Vertriebenen und Flüchtlinge dienenden Vorschriften über ihre bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand unmittelbar die Belange der in Rede stehenden Personen. Es geht mithin insoweit nicht um Normen, deren Mißachtung allein Maßnahmen im Wege der Dienstaufsicht, aber nicht unmittelbare Sanktionen gegenüber den einzelnen geschützten Personen auszulösen vermöchte.

Mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrages für Bauleistungen wird in aller Regel - zumindest dann, wenn diese Vergabe nicht im Rahmen obrigkeitlicher Verwaltung erfolgt - ein ausschließlich nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilendes Rechtsverhältnis in der Form eines gegenseitigen Vertrages begründet, und zwar auch dann, wenn der Unternehmer einem nach öffentlichrechtlichen Regeln (z.B. § 74 BVFG, § 68 BEG) bevorzugten Bewerberkreis angehört. Das aber allein würde es noch nicht verbieten, den Klagevortrag unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung im Rahmen der Ausübung eines öffentlichen Amtes (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GrundG) zu würdigen. Denn wenn auch die Aufträge selbst ausschließlich privatrechtsgeschäftliche Willenserklärungen darstellen und die sich aus

den durch die Auftragserteilung begründeten Rechtsverhältnissen ergebenden Streitigkeiten ausschließlich nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind, so wäre damit doch noch nicht gesagt, daß nicht die der Auftragserteilung vorhergehenden Überlegungen und Prüfungen (etwa dahin, ob die Flüchtlingseigenschaft des Bewerbers und die sonstigen sachlichen Voraussetzungen für eine bevorzugte Berücksichtigung gegeben sind) in der Wahrnehmung der durch das Bundesvertriebenengesetz begründeten öffentlichen Aufgaben erfolgen. Würde man dem folgen, so würden die Vorgänge um die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand an Vertriebene und Flüchtlinge erst dann in die Ebene des Privatrechts gelangen, wenn zur Vornahme der Vergabe selbst geschritten wird, nämlich die Auftragserteilung erfolgt. Wenn hier bei richtiger rechtlicher Einordnung eine Amtspflichtverletzung "in Ausübung eines öffentlichen Amtes" in Betracht käme, so würde der Schadensersatzanspruch des Klägers auch nicht daran scheitern, daß der Kläger nicht "Dritter" im Sinne des § 839 BGB wäre. Dabei würde die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall der einzelne Vertriebene oder Flüchtling aus der unbestimmten Zahl der Angehörigen dieses Personenkreises in dem Sinne heraustritt, daß er als der "Dritte" im Sinne des § 839 BGB anzusehen und bei Verletzung der hier interessierenden Amtspflichten zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen legitimiert wäre, nicht einmal allgemein und abschließend entschieden zu werden brauchen. Denn daran würde kein Zweifel sein können, daß der Vertriebene (Flüchtling), der zur Abgabe von Geboten im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung nach Maßgabe der VOB aufgefordert worden ist und ein Angebot abgegeben hat, als "Dritter"

im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden müßte.

Würde man der Auffassung folgen, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den Teilnehmern an einer beschränkten Ausschreibung auch insoweit, als es sich um die Berücksichtigung von normativ (und zwar durch öffentlichrechtliche Normen) begünstigten Bewerbern handelt, ausschließlich nach Privatrecht zu beurteilen seien (vgl. dazu u.a. BVerwGE 14, 65 ff = NJW 1962, 1535 ff), dann würde hier die Haftung des beklagten Landkreises aus dem Gesichtspunkt der Haftung aus Verschulden bei Vertrags-schluß (culpa in contrahendo) und möglicherweise aus dem - vom Berufungsgericht herangezogenen - Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung begründet sein. Bei privatrechtlicher Betrachtungsweise der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien würde folgendes gelten: Zwischen den Teilnehmern an einer beschränkten Ausschreibung und dem öffentlichen Auftraggeber besteht ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten erzeugt, deren Verletzung Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zu begründen vermag. Im Rahmen dieser Rechtsbeziehungen ist der Auftraggeber gehalten, auch die gesetzlichen und sonstigen Vorschriften zur Berücksichtigung bestimmter Bewerber zu beachten, und die - schuldhaft - Nichtbeachtung macht ihn schadensersatzpflichtig (vgl. dazu BVerwG aaO S.72 und S.1537). Ob die den Kläger begünstigende Vorschrift des § 74 BVFG auch ein "Schutzgesetz" ist, dessen schuldhaft Verletzung nach § 823 Abs.2 BGB schadensersatzpflichtig macht, braucht nicht abschließend entschieden zu werden. Daß der Kläger bei dem hier interessierenden Auftrag von

dem Schutzbereich dieser Bestimmung erfaßt wäre, könnte jedenfalls aus den gleichen Erwägungen, aus denen seine Eigenschaft als "Dritter" im Sinne des § 839 BGB bejaht werden müßte, nicht in Zweifel gezogen werden.

3.) Für eine Haftung aus den zuvor erörterten Gesichtspunkten (Amtshaftung oder culpa in contrahendo) ist indes in jedem Fall Verschulden erforderlich. Es ist mithin entscheidend, ob das Gebot des Klägers bei Beachtung der einschlägigen Bestimmungen hätte zum Zuge kommen müssen und ob bejahendenfalls die verantwortlichen Bediensteten des Beklagten ein Schuldvorwurf trifft.

Die sich für die öffentlichen Stellen bei der Vergabe von Aufträgen gegenüber den Vertriebenen und Flüchtlingen aus § 74 BVFG, der über die Handhabung der normierten bevorzugten Berücksichtigung keine näheren Regelungen enthält, ergebenden Pflichten sind im einzelnen in den Richtlinien der Bundesregierung vom 31.März 1954 (Bundesanzeiger Nr.68) konkretisiert, die, soweit sie die Bevorzugung der Vertriebenen und Sowjetzonen-Flüchtlinge regeln, nach dem im Tatbestand erwähnten Runderlaß vom 22.Juli 1954 auch im Lande Nordrhein-Westfalen anzuwenden sind. In § 4 Abs.3 Satz 1 dieser Richtlinien heißt es:

"Sofern das Angebot eines bevorzugten Bewerbers ebenso wirtschaftlich ist wie das eines anderen Bieters, soll dem bevorzugten Bewerber der Zuschlag erteilt werden."

Aus der Verwendung des Wortes "soll" kann indes nicht geschlossen werden, daß es in das - pflichtgemäße -

Erkennen des Auftraggebers gestellt sei, ob er, wenn die in der Vorschrift dafür aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind, dem bevorzugten Bewerber den Auftrag tatsächlich erteilt oder nicht. Denn nach § 74 BVFG sind die Vertriebenen und Flüchtlinge bevorzugt zu berücksichtigen und diese "Muß-Vorschrift" kann nicht durch Verwaltungsvorschriften zu einer "Soll-Vorschrift" abgeschwächt werden. Es bestand mithin dem Kläger gegenüber eine Verpflichtung für den Beklagten, ihm den Zuschlag zu erteilen, wenn sein Angebot mindestens ebenso wirtschaftlich war wie das der anderen nicht zu dem bevorzugten Personenkreis gehörenden Bieter.

Demgegenüber kann der Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, daß er nach den Ausschreibungsbedingungen nicht zur Zuschlagserteilung an den billigsten Bieter verpflichtet gewesen sei. Denn der Beklagte konnte sich - wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat - nicht durch entsprechende Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen von der gesetzlich normierten Pflicht zur bevorzugten Berücksichtigung des Klägers als Vertriebenen freistellen. Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil er seinem Angebot nicht den Flüchtlingsausweis und einen Handelsregisterauszug beigelegt hat. Insofern ist den zutreffenden Ausführungen, die das Berufungsgericht zu dieser Frage gemacht hat, nichts hinzuzufügen. Die Revision ist darauf auch nicht mehr zurückgekommen.

Im übrigen will sich der Beklagte aus folgenden Gründen zur Übergehung des Klägers und zur Auftragserteilung an die Firma B. für berechtigt gehalten haben: Der Kreisbauausschuß sei in der Sitzung vom

20. Oktober 1960 zu dem Ergebnis gelangt, daß es für den Beklagten vorteilhafter sei, nur einen Unternehmer mit der Durchführung sämtlicher bei dem Erweiterungsbau anfallenden Heizungsarbeiten zu beauftragen. Das Tätig-sein von zwei Firmen auf beschränktem Raum in der Heizungszentrale, im Verteilungsraum und bei der Verlegung der Hauptrohre würde erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Bei der Mängelhaftung und der Gewährleistung würden Komplikationen auftreten. Die hieraus sich ergebenden Bedenken gegen die Beauftragung von zwei Unternehmern seien von ihrer Architektengemeinschaft für berechtigt angesehen und sie für befugt erachtet worden, die Heizungsanlage an nur einen Unternehmer zu vergeben. So gesehen habe die Firma B. den Zuschlag erhalten, weil sie das günstigste Gesamtangebot abgegeben habe und sich daraus auch weitere Vorteile für den Beklagten ergeben hätten, wie billigere und schnellere spätere Reparaturen durch die ortsansässige Firma usw..

Das Berufungsgericht hat dazu im einzelnen dargelegt, daß es angesichts der getrennt ausgeschriebenen Radiatoren- und Deckenstrahlungsheizung nicht angängig gewesen sei, nach Eingang der Angebote für die Zuschlagserteilung nicht mehr entscheidend auf die Einzelangebote, sondern auf die Gesamtgebote abzustellen. Was die Revision hiergegen vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolg verhelfen. Die Revision meint u.a.: Ein öffentlicher Bauherr müsse auch im Blick auf die sich aus § 74 BVFG ergebenden Pflichten in der Lage bleiben, die ihm anvertrauten wirtschaftlichen Interessen ebenso geltend zu machen, wie das jeder Dritte zu tun befugt sei. Deshalb müsse der öffentliche Auftraggeber, wenn ein Vergleich mehrerer Leistungen in Frage stehe, auch hinsichtlich des Maßstabes, den er an die Bewertung

der Leistungen anzulegen habe, ungebunden und nicht gehindert sein, ihm wesentlich erscheinende Dinge auch als wesentlich zu behandeln. Ein öffentlicher Bauherr, der Vertragsleistungen ausgeschrieben habe, möge zwar rechtlich die Möglichkeit haben, auch ein zwischenzeitlich widerrufenes Angebot eines Unternehmers anzunehmen und diesen damit gegen seinen Willen zur Leistung zu verpflichten. Kein verständiger Bauherr aber werde das tun, und zwar schon deshalb nicht, weil er möglicherweise oder wahrscheinlich seine Ansprüche erst im Rechtswege durchzusetzen vermöge und ein Bauvorhaben, bei dem die Leistung des Unternehmers auf dem Prozeßwege erzwungen werden müsse, praktisch undenkbar sei. Aber auch dann, wenn er mit der Möglichkeit einer streitigen Auseinandersetzung nicht zu rechnen brauche, entspreche es in aller Regel einer vernünftigen und zu billigenden Überlegung, einem Unternehmer, dessen Angebot durch einen Irrtum beeinflusst sei, nicht an diesem Angebot festzuhalten. Fragen solcher Art hätten im vorliegenden Fall im Vordergrund gestanden. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, daß der Beklagte das Angebot Koch angesichts des behaupteten und glaubhaften Kalkulationsirrtums wunschgemäß als erledigt angesehen habe. Genauso hätten die Dinge hinsichtlich des Angebotes B. [REDACTED] gelegen. Auch diese Firma habe ihre ursprünglichen Angebote nicht aufrecht erhalten, sondern nachträglich erklärt, daß sie sich an diese Angebote nur dann gebunden halte, wenn sie beide Aufträge bekomme. Auch hier wiederum hätte der Beklagte vielleicht die Möglichkeit gehabt, die Firma B. [REDACTED] an ihrem Angebot für die Deckenstrahlungsheizung festzuhalten. Es hätte dann aber möglicherweise Streitigkeiten gegeben, die von vornherein zu vermeiden ein berechtigtes Anliegen des Beklagten gewesen sei. Bei dieser Sach-

lage habe es dem Beklagten geboten erscheinen können, von dem geänderten Angebot der Firma B. Gebrauch zu machen. Nach Wegfall des Angebotes K. sei aber dann das Gesamtgebot B. mit (144.110 DM plus 32.290,50 DM =) 176.400,50 DM günstiger gewesen als die sonst in Betracht gekommenen Einzelangebote des Klägers und der Firma A. mit (141.026,15 DM plus 37.091,89 DM =) 178.118,04 DM. Hinzu komme, daß die Beauftragung eines Unternehmers anstelle der Beauftragung mehrerer Unternehmer dem Beklagten offensichtliche Vorteile geboten habe, die ihm bei seiner Entscheidung mit in Betracht zu ziehen nicht verwehrt gewesen sei.

Demgegenüber ist indes zu sagen: Es kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen es auch einem öffentlichen Auftraggeber bei getrennten Ausschreibungen für verschiedene Bauleistungen gestattet ist, bei der Zuschlagserteilung nicht entscheidend auf die Einzelangebote, sondern auf etwa von einzelnen Unternehmern auf alle Ausschreibungen eingereichten Angebote als Gesamtgebote abzustellen, wenn insoweit lediglich die Bestimmungen der VOB und allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen. Hier aber erfordern die Schutzbestimmungen für die Unternehmer, die dem bevorzugten Personenkreis des § 74 BVFG (oder des § 68 BEG) angehören, eine besondere Beurteilung: Da die Radiatoren- und die Deckenstrahlungsheizung getrennt ausgeschrieben und dementsprechend dafür getrennte Angebote abzugeben waren, konnte der Kläger davon ausgehen, daß bei der Entscheidung über die Zuschlagserteilung auch allein die Einzelangebote maßgebend seien und es ihm deshalb insoweit nicht nachteilig werden würde, wenn er nur für eine Anlage ein Angebot einreichte. Mit Rücksicht auf die für ihn als Vertrie-

benen gesetzlich begründete Aussicht auf Erlangung des Auftrages bei Abgabe des wirtschaftlichsten Angebotes und die dementsprechende Verpflichtung des Beklagten auf Erteilung des Zuschlags mußte der Beklagte den mit der getrennten Ausschreibung beschrittenen Weg weitergehen. Wenn er bei der Zuschlagserteilung von der Wertung der Einzelangebote absah und entscheidend auf Gesamtangebote abstellte, so setzte er sich damit zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch. Inwieweit sonstige Bieter daraus irgend etwas gegen den Beklagten herzuleiten vermöchten, kann, wie gesagt, dahinstehen. Jedenfalls war dieses Verhalten gegenüber dem Kläger, der wegen seiner Vertriebeneneigenschaft eine gesetzlich begründete Anwartschaft auf Zuschlagserteilung bei Abgabe des wirtschaftlichsten Einzelgebotes erworben hatte, angesichts der tatsächlich vorgenommenen getrennten Ausschreibung unzulässig. Die wirtschaftlichen Vorteile, die mit der Beauftragung nur eines Unternehmers mit der Herstellung beider Heizungsanlagen verbunden waren, waren keinesfalls neu in Erscheinung getreten, sondern hätten schon bei der Ausschreibung in Erwägung gezogen und gegebenenfalls zu einer Gesamtausschreibung oder einer Bestimmung in den Ausschreibungsbedingungen, daß bei der Zuschlagserteilung - möglicherweise - auf das wirtschaftlichste Gesamtgebot abgestellt werden würde, Anlaß geben sollen. Es kann auch offen bleiben, ob der Beklagte für befugt zu halten gewesen wäre, von der Erteilung des Zuschlags auf die eingereichten Einzelangebote überhaupt abzusehen und eine neue anderweite Ausschreibung vorzunehmen. Jedenfalls durfte der Beklagte im Verhältnis zum Kläger, der - wie auch der Beklagte selbst nicht in Abrede stellt - für die Radiatorenheizung das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hatte, mit Rücksicht auf die Art der Ausschreibung,

wie sie erfolgt war, bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht ohne weiteres dessen Einzelangebot außer Betracht lassen und entscheidend auf die Gesamtgebote abstellen. Auch der Umstand, daß die Firma B. erklärt hatte, sie wolle an ihre Angebote nur bei Erhalt beider Aufträge gebunden sein, kann das Verhalten des Beklagten insoweit nicht rechtfertigen. Es mag für einen Auftraggeber und auch für einen öffentlichen Auftraggeber durchaus geraten erscheinen, einen Unternehmer trotz dessen entsprechender Rechtspflicht nicht an einem bestimmten Gebot festzuhalten, und es hätte deshalb dem Beklagten freigestanden, die Firma B. ebenfalls aus ihren Einzelangeboten zu entlassen. Keineswegs aber durfte der Beklagte dem Wunsche der Firma B., entgegen ihrer rechtlichen Verpflichtung nicht an den Einzelangeboten festgehalten zu werden, in der Weise entsprechen, daß er zu Lasten des Klägers und unter Mißachtung der ihm gegenüber bestehenden gesetzlichen Pflichten von der Würdigung der Einzelangebote überhaupt absah und auf die Gesamtangebote abstellte. Dies gilt hier insbesondere auch deshalb, weil der Beklagte wirklich beachtliche Gründe, die den Wunsch der Firma B. als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, nicht vorzutragen vermocht hat.

Ein Verschulden der verantwortlichen Amtsträger des beklagten Kreises hat das Berufungsgericht mit folgenden Erwägungen bejaht:

Die dafür Verantwortlichen hätten bei gehöriger Überlegung erkennen können und müssen, daß das Angebot des Klägers das wirtschaftlichste war und daß die bei ihm auftauchenden Bedenken die Übergehung des Klägers nicht geboten, nicht einmal rechtfertigten. Für die

Entscheidung des Kreisausschusses sei hauptsächlich die falsche Ansicht des Bauausschusses maßgebend gewesen, daß der Kläger überhaupt nicht mehr zu berücksichtigen sei, weil er für die Deckenstrahlungsheizung kein Angebot abgegeben habe und das Gesamtgebot der Firma B [REDACTED] das niedrigste sei. Ferner habe der schuldhafte Irrtum des Beklagten, durch den Hinweis, er sei nicht verpflichtet, dem billigsten Bieter den Zuschlag zu erteilen, Entscheidungsfreiheit auch im Blick auf § 74 BVFG erhalten zu haben, eine entscheidende Rolle gespielt. Der Beklagte habe umsomehr Anlaß gehabt, auf die Vorschrift des § 74 BVFG zu achten, als der Kläger in dem Schreiben vom 8. Oktober 1960 auf den Erlaß des Wirtschaftsministers betreffend die Vergabe öffentlicher Aufträge hingewiesen gehabt habe. Das Verschulden des Beklagten werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß seine Bedenken gegen die Beauftragung von zwei Unternehmern von der Architektengemeinschaft H [REDACTED]-B [REDACTED] für berechtigt gehalten worden sei. Es sei vielmehr darauf angekommen, ob die Bedenken es rechtfertigten, die Bestimmung des § 74 BVFG nicht zu beachten.

In diesen Ausführungen tritt ein Rechtsirrtum nicht zutage; die Revision hat dazu im einzelnen auch nichts vorzubringen vermocht.

III. .

Die Revision des Beklagten erweist sich sonach als unbegründet und muß zurückgewiesen werden. Die Kosten des ohne Erfolg gebliebenen Rechtsmittels hat der Beklagte nach der Vorschrift des § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Pagendarm

Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Gähtgens