

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 249 (E), 276 (Fa, Fc); VOL/A § 25

Im Falle einer gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 g VOL/A verstoßenden Auftragsvergabe durch den öffentlichen Auftraggeber kann der benachteiligte Bieter wegen vorvertraglichen Verschuldens das positive Interesse ersetzt verlangen, wenn er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen.

BGB § 249 (Ba); VOL/A § 26

Gegenüber einem aus vorvertraglichem Verschulden hergeleiteten Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Auftragsvergabe kann der öffentliche Auftraggeber als rechtmäßiges Alternativverhalten einwenden, er hätte bei Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 VOL/A aufgehoben.

VOL/A § 26

Ein zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigender "schwerwiegender Grund" im Sinne des § 26 Nr. 1 d VOL/A setzt jedenfalls einen dem Ausschreibenden erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt gewordenen Umstand voraus.

BGH, Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91 - OLG Celle
LG Hannover

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 170/91

Verkündet am:
25. November 1992
Kühn
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1992 durch
den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte,
Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Celle vom 13. Juni 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten des Revi-
sionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

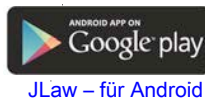
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich mit der Gewinnung und dem Ver-
trieb von Natursteinen. Sie nimmt die Beklagte wegen Ver-
letzung vorvertraglicher Pflichten in Anspruch. Mit Schrei-
ben vom 24. Juli 1989 forderte die Beklagte, vertreten
durch das Wasser- und Schifffahrtsamt Hann. Münden, im Rah-
men einer auf sechs Anbieter beschränkten Ausschreibung die
Klägerin auf, unter Beachtung der Bewerbungsbedingungen für



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



die Vergabe von Leistungen im Wasserbau (BwL-W) ein Angebot über die Lieferung von Wasserbausteinen abzugeben; Änderungsvorschläge und Nebenangebote waren nicht zugelassen. Nach den "Hinweisen" in den BwL-W verfährt der Auftraggeber nach der VOL/A. Für das Los C (W.) sah die Ausschreibung als Material Wasserbauschüttsteine aus Basalt, Grauwacke oder hartem Sandstein vor.

Die Klägerin gab am 7. August 1989 für das Los C ein Angebot über die Lieferung von Basaltsteinen in Höhe von 237.430,65 DM ab. Außer ihr beteiligten sich an der Ausschreibung noch zwei weitere Bieter, nämlich eine Firma B., die ein Angebot über die Lieferung von - nicht der Ausschreibung entsprechenden - Oolith-Steinen in Höhe von 118.349,10 DM abgab und zugleich ein Materialprüfungsgutachten über die Geeignetheit dieser Steine für den vorgesehenen Zweck einreichte, sowie eine dritte Firma, deren Angebot nicht vollständig war. Den Zuschlag erhielt die Firma B.

Mit der Klage verlangt die Klägerin den Betrag von - jetzt noch - 67.903,62 DM als Ersatz für entgangenen Gewinn und macht geltend, die zur Einhaltung der VOL/A verpflichtete Beklagte hätte allein ihr, der Klägerin, den Zuschlag erteilen dürfen, zumal die Beklagte Oolith-Steine schon seit 1984 wegen deren Minderwertigkeit gegenüber den ausgeschriebenen Gesteinsarten nicht mehr verwendet habe. Die Beklagte hält dem entgegen, sie hätte die Ausschreibung aufheben dürfen, nachdem sich aus dem ihr vorgelegten Gutachten ergeben habe, daß auch Oolith den Anforderungen ent-

spreche, im übrigen hätte die Klägerin wegen unzulässiger Preisabsprachen nicht berücksichtigt werden können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung, mit der die Klägerin hilfsweise einen Betrag von 16.799,04 DM als entgangenen Gewinn wegen unterbliebener Berücksichtigung bei einer Neuausschreibung auf der Grundlage von Oolith-Steinen beansprucht, hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Zwar sei zwischen den Parteien durch Ausschreibung und Angebotsabgabe ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande gekommen, das die Beklagte zur Beachtung der Vergabevorschriften nach der VOL/A verpflichtet habe. Sie hätte deshalb die Firma B. wegen des nicht zugelassenen Nebenangebots ausschließen müssen und ihr den Zuschlag nicht erteilen dürfen. Anspruch auf entgangenen Gewinn habe die Klägerin aber nur, wenn sie bei ordnungsgemäßem Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten hätte. Ob das allein ordnungs-

gemäßes Angebot der Klägerin wegen unzulässiger Preisabsprache hätte unberücksichtigt bleiben müssen, brauche nicht abschließend entschieden zu werden. Denn die Beklagte hätte bei verfahrenskonformer Vorgehensweise die Ausschreibung gemäß § 26 VOL/A aufheben können, so daß die Klägerin auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Beklagten den geltend gemachten entgangenen Gewinn nicht erzielt hätte. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigender "schwerwiegender Grund" im Sinne des § 26 Nr. 1 d VOL/A sei nämlich anzunehmen, wenn erst an sich ausgeschlossene, aber gleichwohl eingereichte Nebenangebote dem Auftraggeber die Erkenntnis vermittelt hätten, die Leistung könne sachgerechter und auch kostengünstiger ausgeführt werden. Ungeachtet der früheren Praxis der Beklagten hätte sie gerade das Ausschreibungsverfahren mit dem bis dahin nicht verfügbaren Angebot der Klägerin und einer daraus folgenden Preisdifferenz von mehr als 50 % gegenüber dem an sich unzulässigen Oolith-Angebot der Firma B. nach den Grundsätzen sparsamer Haushaltsführung zu der Überprüfung veranlassen können und dürfen, ob bei so gravierenden Preisunterschieden nicht doch eher die zweitbeste Lösung hinsichtlich der Haltbarkeit und Qualität des Gesteins zum Tragen kommen solle. Ob die Beklagte auch dann Rücksichtnahme auf ihre - in erster Linie maßgebende - subjektive Interessenlage hätte beanspruchen können, wenn ihr schon bei der Ausschreibung ein so weitgehendes Preisgefälle zwischen Basalt- und Oolith-Gestein bekannt oder erkennbar gewesen wäre, könne offenbleiben, weil dafür nach dem Klagevorbringen nichts ersichtlich sei.

Auch ein entgangener Gewinn in Höhe von nur 16.799,03 DM stehe der Klägerin nicht zu. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Beklagte bei verfahrenskonformer Beendigung der Ausschreibung für die Lieferung von Basalt-Gestein eine neue Ausschreibung auf der Grundlage von Oolith-Gestein hätte durchführen müssen. Denn die Klägerin habe nicht bewiesen, daß sie bei einer Neuausschreibung den Zuschlag erhalten hätte. Wegen der Möglichkeit, daß sich an einer derartigen Neuausschreibung außer der Firma B. auch weitere Bieter hätten beteiligen können, sei das Ergebnis völlig offen.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Gewinnentgangs wegen des unterbliebenen Zuschlags für die Lieferung von Basaltsteinen (67.903,62 DM) kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden.

a) Die Darlegungen des angefochtenen Urteils zum Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses, zur Verpflichtung der Beklagten, die Vergabevorschriften der VOL/A zu beachten, und zur Verletzung dieser Pflicht durch Berücksichtigung des nach den §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 g, 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A in Verbindung mit Nr. 9 der Ausschreibung vom 24. Juli 1989 ausgeschlossenen Angebots der Firma B. macht sich die Revision als ihr günstig zu eigen. Auch die Revisionserwiderung erhebt insoweit keine Einwände. Rechtsfehler sind nicht ersichtlich (vgl. zu der mit der VOL/A im wesentlichen vergleichbaren Rechtslage nach der

VOB/A z.B. Feber, Schadensersatzansprüche bei der Auftragsvergabe nach VOB/A, 1989, S. 21 ff, 38 ff, 87 ff m.w.Nachw.).

b) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die Klägerin das positive Interesse ersetzt verlangen kann, wenn sie bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen (z.B. Jäckle NJW 1990, 2520, 2524 Fußn. 41, 2525; für die VOB/A ebenso: OLG Düsseldorf BauR 1986, 107 m.Anm. Vygen EWiR § 26 VOB/A 1/85, 1011 - Revision durch Beschluß des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 25. September 1986 nicht angenommen, vgl. BauR 1986, 733; OLG Düsseldorf BauR 1989, 195, 198 f und BauR 1990, 257; Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., Einl. Rdnr. 66; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 6. Aufl., Einl. Rdnr. 3 a.E.; Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl., Rdnr. 29 vor § 13; Feber aaO S. 87 ff und BauR 1989, 553, 556 f; Locher, Das private Baurecht, 1988, Rdnr. 73; Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 2. Aufl., Rdnr. 87). Zwar trägt der Bieter die Beweislast dafür, daß ihm ohne die Pflichtverletzung des Auftraggebers der Zuschlag erteilt worden wäre. Dieser Beweis ist ihm aber in Fällen der vorliegenden Art schon dann gelungen, wenn er nachweist, daß der Vertrag bei Aufrechterhaltung der Ausschreibung und ordnungsgemäßer Erteilung des Zuschlags nach § 25 Nr. 3 VOL/A mit ihm zustande gekommen wäre (vgl. z.B. OLG Düsseldorf BauR 1986, 107, 111; Feber BauR 1989, 553, 557). Davon ist für die Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin auszugehen: Die beiden einzigen anderen Bieter hätten bei Fortsetzung des Verfahrens nicht berücksichtigt werden dürfen, die Firma B. nicht wegen ei-

nes nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 g VOL/A ausgeschlossenen Nebenangebots und die dritte Firma nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 a VOL/A nicht wegen Fehlens wesentlicher Preisangaben. Daß das Angebot der Klägerin nicht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 f VOL/A wegen unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Abreden ausgeschlossen war, ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Revision zu unterstellen. Von anderen der Berücksichtigung des Angebots der Klägerin entgegenstehenden Umständen ist keine Rede.

c) Auch gegen die vom Berufungsgericht zugunsten der Beklagten berücksichtigte Möglichkeit einer Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens nach § 26 Nr. 1 VOL/A ist im Ausgangspunkt nichts einzuwenden.

aa) Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, der Einwand also des Schädigers, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Frage der Zurechnung eines Schadenserfolges beachtlich sein (aus der jüngeren Judikatur z.B. BGHZ 90, 103, 111; 96, 157, 172 ff; BGH, Urteil vom 4. Februar 1980 - II ZR 55/79 = LM BGB, § 831 <E> Nr. 3 unter 1, jeweils m.w.Nachw.; vgl. z.B. auch Staudinger/Medicus, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdnr. 107 ff; Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 160 ff vor § 249; Hermann Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., § 4 XII S. 197 ff). Die Erheblichkeit des Einwandes richtet sich nach dem Schutzbereich der jeweils verletzten Norm (BGHZ 96, 157, 173). Die Regelungen über das Zuschlagsverfahren in §§ 25 Nr. 3, 28 VOL/A und über die Aufhebung einer Ausschreibung in § 26 VOL/A dienen nicht allein und zum Teil nicht einmal

in erster Linie dem Schutz des einzelnen Bieters, sondern zumindest auch den Interessen des Ausschreibenden selbst (z.B. OLG Nürnberg, NJW 1986, 437), bei öffentlichen Auftraggebern zumal auch dem Erfordernis sparsamer Haushaltsführung (vgl. z.B. bei BGH, Urteil vom 4. Oktober 1979 - VII ZR 11/79 = NJW 1980, 180 unter II 1). Mit dem - von der Beklagten hier tatsächlich unterlassenen - Verfahren einer Aufhebung der Ausschreibung werden dem Verletzten auch nicht besondere Verfahrensgarantien oder Entscheidungsspielräume gesichert (zum Einfluß auf die Erheblichkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens z.B. Deutsch, Haftungsrecht, 1. Bd., 1976, § 12 IV 2 S. 175), was schon § 26 Nr. 4 VOL/A zeigt.

bb) Die Voraussetzungen dieses Einwands hat das Berufungsgericht indessen nicht in rechtsfehlerfreier Weise bejaht.

Bei dem zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigenden "schwerwiegenden Grund" im Sinne des § 26 Nr. 1 d VOL/A muß es sich jedenfalls, wovon auch das Berufungsgericht auszugehen scheint, um einen dem Ausschreibenden erst nachträglich, also erst nach Beginn der Ausschreibung, bekannt gewordenen Umstand handeln (für die VOB/A z.B. Ingenstau/Korbion aaO A § 26 Rdnr. 9; ähnlich Feber, Schadensersatzansprüche aaO S. 19; vgl. auch die Beispiele bei Daub/Piel/Soergel, Kommentar zur VOB, Bd. 1, 1989, ErlZ A 26.22). Das Berufungsgericht will ihn in dem sehr hohen Preisunterschied zwischen dem Basaltstein-Angebot der Klägerin und dem Oolithstein-Angebot der Firma B. sehen und meint, nach dem Klagevorbringen sei nichts dafür ersicht-

lich, daß der Beklagten schon bei der Ausschreibung ein derartiges Preisgefälle bekannt gewesen sei oder sie damit hätte rechnen müssen. Damit verkennt es, wie die Revision zu Recht rügt, die Darlegungs- und Beweislast. Denn nicht die Klägerin, sondern die Beklagte ist für die Voraussetzungen einer Aufhebung der Ausschreibung darlegungs- und beweispflichtig. Das ergibt sich zum einen aus dem Ausnahmecharakter der Bestimmung des § 26 Nr. 1 VOL/A (für § 26 VOB/A z.B. Daub/Piel/Soergel aaO ErlZ A 26.48; Ingenstau/Korbion aaO A § 26 Rdnr. 3; Feber, Schadensersatzansprüche aaO S. 21), zum anderen aber auch aus dem allgemeinen Grundsatz, daß regelmäßig der Schädiger nachweisen muß, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten (BGHZ 29, 176, 187; 61, 118, 123 f; BGH, Urteile vom 4. Februar 1980 aaO unter 2 und vom 26. Juni 1990 - X ZR 19/89 = NJW 1991, 166 unter I 7 b). Entgegen der Darstellung der Revision hat die Beklagte zwar vorgetragen, erst durch das Angebot der Firma B. habe sich für sie ergeben, daß die Leistung mit um mehr als 50 % verringerten Kosten erbracht werden könne. Die Klägerin ist dieser Behauptung jedoch entgegengetreten. Dies wird das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache aufzuklären haben. Damit hat die Beklagte zugleich Gelegenheit, ihr Vorbringen unter Beweis zu stellen, was ihr nach dem bisherigen Verlauf des Rechtsstreits nicht erforderlich erscheinen mußte.

cc) Das Berufungsgericht hat darüber hinaus nicht berücksichtigt, daß die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten nur beachtlich ist, wenn der Schädiger bei pflichtgemäßem Verhalten denselben Erfolg herbeigeführt hätte; daß er ihn lediglich hätte herbeiführen können,

reicht regelmäßig nicht aus (z.B. BGHZ 63, 319, 325; BGH, Urteil vom 11. Juli 1963 - III ZR 44/62 = VersR 1963, 1175 unter 2; RGZ 169, 353, 358; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. April 1959 - III ZR 4/58 = NJW 1959, 1316 zu Leitsatz b; Soergel/Mertens aaO Rdnr. 160 f vor § 249; Staudinger/Medicus aaO § 249 Rdnr. 113). Entgegen der Darstellung eines Teils des Schrifttums (z.B. Hermann Lange aaO S. 201, 205 f) ist der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes von dieser Rechtsprechung nicht dadurch abgerückt, daß er in neueren Entscheidungen davon ausgeht, die Kausalität zwischen einer Amtspflichtverletzung und dem Schaden sei nur dann gegeben, wenn feststehe, daß eine andere, den Schaden vermeidende Ermessensausübung vorgenommen worden wäre (z.B. BGH, Beschlüsse vom 21. Januar 1982 - III ZR 37/81 = VersR 1982, 275 unter 1 und vom 30. Mai 1985 - III ZR 198/84 = VersR 1985, 887 unter 1; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Februar 1985 - III ZR 212/83 = VersR 1985, 588 unter II 5). Dieser letztgenannte Grundsatz ist nicht für Fälle rechtmäßigen Alternativverhaltens ausgesprochen, sondern bezieht sich allein auf die Kausalitätsprüfung. Die Kausalität der ausschreibungswidrigen Auftragsvergabe für den Schaden der Klägerin steht hier indessen - wie ausgeführt (oben II 1 b) - fest. Dagegen hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß die Beklagte - das Vorliegen eines Aufhebungsgrundes unterstellt - die Ausschreibung hätte aufheben müssen oder daß es - wofür Anhaltspunkte fehlen - ihrer ständigen früheren Übung entsprochen habe, die Aufhebung vorzunehmen. § 26 Nr. 1 VOL/A ist eine Kann-Bestimmung, die den öffentlichen Auftraggeber zur Aufhebung berechtigt, ihn aber nicht hierzu verpflichtet (z.B. Daub/Meierrose/Eberstein/Kulartz, Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl., § 26 Rdnr. 9;

für die VOB/A auch Daub/Piel/Soergel aaO ErlZ A 26.11). Einen Sachverhalt aber, der das Ermessen der Beklagten so "verdichtete", daß sie die Aufhebung der Ausschreibung vornehmen mußte und den Auftrag zur Lieferung des teureren, aber wohl besseren Basaltgesteins nicht an die Klägerin vergeben durfte (zu derartigen Fällen z.B. Ingenstau/Korbion aaO A § 26 Rdnr. 5), hat das Berufungsgericht nicht angenommen und die Beklagte bisher auch nicht vorgetragen. Auch dazu wird sie nach Zurückverweisung der Sache Gelegenheit haben.

2. Der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen des unterbliebenen Zuschlages bei - unterstellter - Neuausschreibung der Lieferung von Oolithsteinen (16.799,04 DM) sowie der von der Revision erstmals angesprochene Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses sind nur unter der Voraussetzung zur Entscheidung gestellt, daß der Hauptanspruch verneint wird. Gleichwohl erscheinen die folgenden Hinweise für den Fall angezeigt, daß das Berufungsgericht auch nach erneuter Prüfung einen schwerwiegenden Grund zur Aufhebung der Ausschreibung bejaht und annimmt, daß die Beklagte dieser Umstand auch zur Aufhebung veranlaßt hätte, wenn sie erkannt hätte, daß die tatsächlich erfolgte Auftragsvergabe gegen vorvertragliche Pflichten verstieß.

a) Auf die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob die Beklagte nach einer Aufhebung der Ausschreibung zu einer Neuausschreibung verpflichtet gewesen wäre (bejahend für die VOB/A z.B. Ingenstau/Korbion aaO A § 26 Rdnr. 9; Daub/Piel/Soergel aaO ErlZ A 25.239; verneinend z.B. OLG

Nürnberg NJW 1986, 437, 438), wird es in dieser Zuspitzung nicht ankommen. Denn da der Auftrag vergeben werden sollte und vergeben worden ist, kann unberücksichtigt gelassen werden, ob die Beklagte von einer Auftragsvergabe und einer Durchführung der Arbeiten ganz hätte absehen können. Andererseits ist nichts dafür ersichtlich und von der Beklagten auch nicht geltend gemacht, daß einer der in § 3 Nr. 4 a-p VOL/A aufgezählten Gründe für eine freihändige Vergabe des Auftrags vorgelegen hätte. Deshalb kann davon ausgegangen werden, daß die Beklagte im Falle einer - gedachten - Ausschreibungsaufhebung auch den dann gebotenen Weg (vgl. z.B. Rusam, VOL/A Handkommentar, 1985, § 26 Rdnr. 10) einer Neuausschreibung gegangen wäre.

Zu Recht hat das Berufungsgericht aber von der Klägerin den Nachweis verlangt, daß ihr bei einer Neuausschreibung zur Lieferung von Oolithsteinen der Auftrag hätte erteilt werden müssen. Das folgt aus den oben dargestellten Grundsätzen, nach denen die Klägerin bei einer fehlerhaften Auftragsvergabe das positive Interesse ersetzt verlangen kann (oben II 1 b). Die Regeln über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens (dazu oben II 1 c bb) sind hier nicht anwendbar. Denn gegenüber dem Ersatzanspruch, der aus einer Nichtberücksichtigung bei der Auftragsvergabe betreffend Oolithstein-Lieferungen hergeleitet wird, verteidigt sich die Beklagte nicht unter Berufung auf ein Alternativverhalten, sondern bestreitet einen Schadenseintritt bei der Klägerin. Daß das Berufungsgericht auf der Grundlage des bisherigen Parteivorbringens den der Klägerin obliegenden Beweis nicht als geführt angesehen hat, läßt entgegen den An-

griffen der Revision keinen Rechtsfehler erkennen. Weder ergibt sich aus dem Umstand, daß die Klägerin im Ausschreibungsverfahren hinsichtlich der Basaltsteine das einzige berücksichtigungsfähige Angebot abgegeben hat, ein "erster Anschein" dafür, daß sie bei einer Neuausschreibung auf der Grundlage von Oolithsteinen der günstigste Bieter gewesen wäre, noch bestehen Anhaltspunkte für die Annahme, bei einer Neuausschreibung wären "wohl keine weiteren Bieter aufgetreten".

b) Nach einer Zurückverweisung der Sache hat die Klägerin Gelegenheit, als negatives Interesse ihre vergeblichen Aufwendungen geltend zu machen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes setzt allerdings auch ein derartiger - auf Ersatz eines "Mindestschadens" gerichteter - Anspruch voraus, daß der Bewerber bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag erhalten hätte (BGH, Urteil vom 26. März 1981 - VII ZR 185/80 = BauR 1981, 368 unter II 2 b und vom 12. Juli 1984 - VII ZR 11/83 =

BauR 1984, 631 unter 1; dazu Feber, Schadensersatzansprüche aaO S. 89 ff). Auch insoweit kommt es mithin auf das von der Beklagten eingewendete rechtmäßige Alternativverhalten an (dazu oben II 1 c).

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß