

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/A § 9 Nr. 1

Der Auftraggeber, der eine Leistung auf der Grundlage der VOB/A ausschreibt, hat die vorvertragliche Pflicht, auch bei der Beschreibung der Leistung die Bewerber gleich zu behandeln. Dazu gehört es u.a., jedem der beteiligten oder interessierten Unternehmer wesentliche Änderungen der Angebotsunterlagen unverzüglich bekannt zu geben.

VOB/A § 9 Nr. 1 BGB § 276 Fb

Eine vorvertragliche Pflichtverletzung gegenüber einem anderen Bewerber/Bieter kann die Rechtsposition des überangegangenen Bieters nur dann berühren, wenn der andere Bieter ohne den Verstoß weniger günstig geboten hätte.

VOB/A § 26 Nr. 1 Buchst. c; BGB § 249 Ba

Besteht ein schwerwiegender Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung, so kann der Auftraggeber die Aufhebung gegenüber einem Anspruch eines überangegangenen Bieters auf Ersatz des positiven Interesses auch dann als rechtmäßiges Alternativverhalten einwenden, wenn er den Grund vor Beginn der Ausschreibung hätte kennen können.

BGH, Urteil vom 24. April 1997 - VII ZR 106/95 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 106/95

Verkündet am:
24. April 1997
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] M [REDACTED]-J [REDACTED] H [REDACTED] R [REDACTED] vertreten durch das Kuratorium als Vorstand, dieses vertreten durch den Vorsitzenden H [REDACTED] N [REDACTED] R [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und Dr. von [REDACTED] -

g e g e n

T [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die T [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Gerhard T [REDACTED], H [REDACTED]-allee [REDACTED], K [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. März 1995 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Tatbestand:

Die Klägerin fordert Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, weil ihr ein Zuschlag nicht erteilt worden ist.

Die Beklagte schrieb im Oktober 1990 die Erd-, Mauer- und Betonarbeiten für die Errichtung eines Altenheims und einer Tiefgarage in R. öffentlich aus. Im Laufe der Angebotsfrist teilte der Zeuge P., Architekt der Beklagten, Bieter mündlich mit, die Beklagte behalte sich die Vergabe von vier näher bezeichneten Gewerken vor, da sie sich aufgrund einer gleichzeitig durchgeführten beschränkten Ausschreibung dieser Gewerke hierfür günstigere Angebote erhoffe. Die Klägerin reichte ein Angebot über 2.825.642,99 DM ein; die Firma B. gab ein Angebot über 2.960.246,88 DM ab. Nach Eröffnung der Angebote strich der Zeuge P. die Preise für die vier Gewerke, da die Vergabe an einen Bieter der beschränkten Ausschreibung günstiger war. Er errechnete sodann den Angebotspreis der Klägerin auf 2.544.348,19 DM (richtig: 2.521.865,90 DM oder 2.521.869,72 DM) und den der Firma B. auf 2.515.339,71 DM. Letztere erhielt den Zuschlag.

Die Klägerin hat Ersatz ihres entgangenen Gewinns und weiteren Schadens, insgesamt 238.928,94 DM, geltend gemacht und dazu ausgeführt, ihr Angebot sei ohne die Streichungen das annehmbarste gewesen; der Vorbehalt sei ihr nicht mitgeteilt worden; die Streichungen seien unzulässig gewesen. Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme mit der

Begründung abgewiesen, die Klägerin habe Kenntnis von dem zulässig erklärten Vorbehalt gehabt. Eine fünfte Position sei entgegen der Behauptung der Klägerin in keinem der Angebote gestrichen worden. Jedenfalls hätte die Beklagte aber auch dann der Firma B. den Zuschlag mit der Erwägung erteilen dürfen, das Angebot der Klägerin sei nicht annehmbar, weil die Klägerin als "Prozeßhansel" bekannt sei. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe schuldhaft ihre Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bewerber verletzt, weil der Vorbehalt nicht allen Interessenten zur Kenntnis gelangt sei. Der Zeuge P. habe vor seiner gerichtlichen Aussage schriftlich erklärt, nur sechs der sieben

Bieter hiervon unterrichtet zu haben. Er habe jedenfalls unstreitig drei Bewerber, die kein Angebot abgegeben hätten, nicht in Kenntnis gesetzt.

2. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kommt durch eine den Regeln der VOB/A folgende Ausschreibung und die Beteiligung eines Bieters am Ausschreibungsverfahren zwischen den Verhandlungspartnern ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren schuldhaftige Verletzung zu Schadensersatzansprüchen führen kann (Urteil vom 8. November 1984 - VII ZR 51/84 = BauR 1985, 75 = ZfBR 1985, 74 m.w.Nachw.).

b) Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Seine Ansicht, die Beklagte habe in dem hier zu entscheidenden Fall den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Nach dem als unstreitig festgestellten Sachverhalt hatte der Zeuge P. drei Bewerber über seinen Vorbehalt bei vier Positionen, die rechnerisch etwa 10 % der Angebotspreise ausmachten, nicht unterrichtet. Damit hatte er die sich aus § 9 Nr. 1 VOB/A ergebende Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bewerber bei der Beschreibung der Leistung verletzt. Diese Pflicht soll gewährleisten, daß alle Bewerber dieselbe Ausgangsposition erhalten (Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl. A § 9 Rdn. 22). Dazu gehört es, jedem der beteiligten oder interessierten Unternehmer wesentliche Än-

derungen der Angebotsgrundlagen unverzüglich bekanntzugeben (Ingenstau/Korbion aaO Einl. Rdn. 53). Die Frage, wie dies zu geschehen hat, kann hier offenbleiben, da feststeht, daß drei Bewerber nicht unterrichtet wurden. Die Gründe, aus denen diese Bewerber später kein Angebot abgaben, sind rechtlich ohne Bedeutung.

II.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe ein rechtlich geschütztes Interesse daran, daß die Beklagte bei der Vergabe die Verfahrensregeln der VOB/A einhalte. Das Fehlverhalten gegenüber einzelnen Bewerbern könne reflexartige Auswirkungen auf die Rechtsposition der Klägerin haben. Bei ordnungsgemäßigem Vorgehen, d.h. ohne die Ausnahme der - angeblich - vorbehaltenen Positionen, hätte der Klägerin auf ihr bei weitem niedrigstes Angebot der Zuschlag erteilt werden müssen.

2. Das greift die Revision zu Recht an. Das Berufungsgericht hat die Rechtswirkungen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verkannt.

a) Nach diesem Grundsatz hat der Auftraggeber jedem der Bewerber/Bieter eine verfahrensfehlerfreie Ausschreibung zu gewährleisten und ihn vor einer Ungleichbehandlung bei der Auswahl des annehmbarsten Angebots nach § 25 VOB/A zu schützen. Allerdings führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht jede Pflichtverletzung zu Schadensersatz.

satzansprüchen. So kann ein Verfahrensverstoß gegenüber einem anderen Bewerber/Bieter die Rechtsposition des übergangenen Bieters nur dann berühren, wenn der andere Bieter ohne den Verstoß weniger günstig geboten hätte (vgl. Senatsurteil vom 26. März 1981 - VII ZR 185/80 = NJW 1981, 1673). Andernfalls fehlt es an dem notwendigen Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und einem schützenswerten Interesse des übergangenen Bieters an der Vergabe des Auftrages.

b) Hier berührt der Verfahrensverstoß der Beklagten die Rechtsposition der Klägerin nicht. Die Firma B., die den Zuschlag als günstigste Bieterin erhalten hatte, wurde über den Vorbehalt unterrichtet. Da das Berufungsgericht es offengelassen hat, ob auch die Klägerin über den Vorbehalt informiert wurde, ist in der Revisionsinstanz von ihrer Kenntnis auszugehen. Mithin hätte sich an der Tatsache, daß die Klägerin nicht die günstigste Bieterin gewesen war, nichts geändert, wenn alle Bewerber unterrichtet worden wären.

c) Die Frage, ob die Beklagte die Klägerin über den Vorbehalt in schriftlicher Form unterrichten mußte, wie die Revisionserwiderung ausführt, kann offenbleiben. Selbst wenn Schriftform geboten wäre, so begründet ein Verstoß hiergegen keine Schadensersatzpflicht der Beklagten, da nichts dafür ersichtlich ist, daß gerade die Verletzung der Form zu einem Schaden der Klägerin geführt hatte.

III.

1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Beklagte könne den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht mit Erfolg geltend machen. Sie könne sich nicht darauf berufen, sie hätte bei Kenntnis der Pflichtwidrigkeit die Ausschreibung aufgehoben. Ein zur Aufhebung berechtigender Grund nach § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A setze einen dem Auftraggeber erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt gewordenen Umstand voraus. Daran fehle es. Der Zeuge P. habe bereits vor Beginn der Ausschreibung gewußt, daß die Ausschreibungsunterlagen einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht enthielten. Schließlich sei nicht ersichtlich, daß sich das Ermessen der Beklagten, die Ausschreibung aufzuheben, hinreichend reduziert habe, um die Aufhebung zu beschließen und den Auftrag nicht an die Klägerin zu vergeben.

2. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung gleichfalls nicht stand.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, der Einwand also des Schädigers, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden, bei der Frage der Zurechnung eines Schadenserfolges beachtlich sein (vgl. z.B. Urteile vom 24. Oktober 1995 - KZR 3/95 = WM 1996, 217 und vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91 = BGHZ 120, 281). Dies hat der Bundesgerichtshof bei einer mit § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A gleichlautenden Vorschrift der VOL/A grund-

sätzlich angenommen (Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91 aaO).

b) Davon geht auch das Berufungsgericht aus und bejaht zutreffend, daß ein zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigender schwerwiegender Grund i.S.v. § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A nur dann anzunehmen ist, wenn der maßgebliche Umstand dem Auftraggeber erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt geworden ist. Die Voraussetzungen hierfür verneint es allerdings zu Unrecht.

Richtig ist, daß der Zeuge P. keinen ausdrücklichen Vorbehalt in die Verdingungsunterlagen aufgenommen hatte, obwohl er dies hätte tun können. Er ging jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts irrig davon aus, aufgrund des ihm vorliegenden Textes der Ausschreibung bereits zu einem solchen Vorbehalt berechtigt gewesen zu sein. Auf sein Versehen wurde er erst nach Bekanntmachung der Ausschreibung durch Anfragen einzelner Bewerber aufmerksam.

Dieser Irrtum ist aus Rechtsgründen beachtlich. Dies gilt auch, sofern er auf Fahrlässigkeit beruht haben sollte. Etwas anderes ist auch dem Urteil des VIII. Zivilsenats (Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91 aaO) nicht zu entnehmen. Der VIII. Zivilsenat hat in dieser Entscheidung den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens allein bei Kenntnis des Ausschreibenden über den Grund nicht durchgreifen lassen.

Der Auftraggeber soll durch eine den Regeln der VOB/A folgende Ausschreibung aufgrund des Wettbewerbs das annehm-

barste Angebot ermitteln können, um ein Bauvorhaben unter Berücksichtigung sparsamster Verwendung von Haushaltsmitteln zu verwirklichen. Es muß ihm daher möglich sein, nach Beginn der Ausschreibung schwerwiegende, wenn auch vor Beginn fahrlässig verursachte Fehler, die diesen Grundsätzen zuwider laufen, zu korrigieren; etwaige Schadensersatzansprüche der Bieter werden davon nicht berührt.

Die Voraussetzungen für eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A waren gegeben. Ein schwerwiegender Grund im Sinne dieser Vorschrift lag vor. Es wäre der Beklagten als Auftraggeberin nicht zuzumuten gewesen, trotz eines noch vor Angebotseröffnung erkannten Fehlers den Zuschlag an einen Bieter für eine Leistung erteilen zu müssen, die sie für einen nicht unerheblichen Teil anderweit günstiger erhalten konnte. Deshalb trifft auch die Wertung des Berufungsgerichts nicht zu, es sei kein Sachverhalt erkennbar, wonach die Beklagte eine Aufhebung der Ausschreibung habe vornehmen müssen. Das wenn auch rechtsfehlerhafte Bemühen des Zeugen P., noch innerhalb der Angebotsfrist die Leistungsbeschreibung zu ändern, belegt das Gegenteil.

c) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts steht allerdings nicht fest, daß die Klägerin nach einer Aufhebung und nach einer Neuausschreibung den Auftrag gleichfalls nicht erhalten hätte. Diese Beurteilung wird das Berufungsgericht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats nachzuholen haben.

IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehenbleiben; es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

Sollte die Klägerin den Vorbehalt gekannt haben, so kann sie aus der von ihr behaupteten Streichung einer weiteren Position im Angebot der Firma B., die in ihrem Angebot nicht gestrichen worden sein soll, nichts zu ihren Gunsten herleiten. Selbst wenn die Behauptung der Klägerin zuträfe, durfte sich die Beklagte angesichts einer rechnerischen Preisdifferenz von 1.554,22 DM für das um weniger als 0,1 % teurere Angebot der Firma B. entscheiden, ohne damit ihren Beurteilungsspielraum im Rahmen des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A zu verletzen.

Sollte die Klägerin dagegen den Vorbehalt nicht gekannt haben und hätte sie bei dessen Kenntnis das billigste Angebot eingereicht, so kann sich die Beklagte entgegen den Ausführungen der Revision nicht darauf berufen, sie hätte der Klägerin unter keinen Umständen den Auftrag erteilt, weil sie, die Klägerin, als "Prozeßhansel" bekannt sei. Das hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt.

Lang

RiBGH Dr. Haß ist
erkrankt und kann
deshalb nicht unter-
schreiben.

Hausmann

Lang

Wiebel

Kuffer