

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 111/83

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1984
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Gemeinde Q[REDACTED], vertreten durch ihren Bürger-
meister M[REDACTED], Rathaus, Q[REDACTED]/S[REDACTED],

Beklagten, Berufungs-
klägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma Bauunternehmung A[REDACTED] GmbH, Am B[REDACTED]-
[REDACTED], N[REDACTED], vertreten durch ihre Geschäfts-
führer G[REDACTED], H[REDACTED] und Gr[REDACTED], daselbst,
2. die Firma D[REDACTED] Di[REDACTED] Stahlbau GmbH, He[REDACTED]-F[REDACTED]-
Straße, Sa[REDACTED], vertreten durch ihre Geschäfts-
führer W[REDACTED] und Dr. L[REDACTED], daselbst,

Klägerinnen, Berufungsbe-
klagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1984
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Quack

für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden
die Urteile des 4. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Saarbrücken vom 25. Februar
1983 und der 4. Zivilkammer des Landgerichts
Saarbrücken vom 25. September 1981 insoweit
aufgehoben, als zugunsten der Klägerin zu 2)
entschieden worden ist.
2. Die Klage der Klägerin zu 2) wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits haben zu tragen:
 - a) Die Klägerin zu 2) ihre eigenen außergerichtlichen Auslagen im ersten Rechtszug; die Entscheidung über alle übrigen Kosten des Verfahrens im ersten Rechtszug bleibt dem Landgericht vorbehalten.
 - b) Von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens die Beklagte 1/3 und die Klägerin zu 2) 2/3; von den außergerichtlichen Auslagen des Berufungsverfahrens die Beklagte die der Klägerin zu 1) sowie 1/3 ihrer eigenen und die Klägerin zu 2) ihre eigenen sowie 2/3 der Auslagen der Beklagten.
 - c) Von den Gerichtskosten des Revisionsverfahrens die Beklagte 7/100 und die Klägerin zu 2) 93/100; von den außergerichtlichen Auslagen des Revisionsverfahrens die Beklagte die der Klägerin zu 1) sowie 1/5 ihrer eigenen und die Klägerin zu 2) ihre eigenen sowie 4/5 der Auslagen der Beklagten.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die beiden Klägerinnen beteiligten sich neben weiteren Firmen an einer beschränkten Ausschreibung der Beklagten. Gegenstand dieser Ausschreibung war die Errichtung einer Sport- und Schwimmhalle. Bei der Eröffnung lagen sieben Angebote vor. Billigster Bieter war die Klägerin zu 1), während die Klägerin zu 2) an vierter Stelle lag. Die drittbilligste Bieterin bot in einem Begleitschreiben als Variante ein Wellenbad an, "bat" dabei aber u.a. um eine Herabsetzung der Gewährleistungsfrist (die nach der Ausschreibung fünf Jahre betragen sollte) auf zwei Jahre. Die Beklagte nahm das Alternativangebot an.

Die Klägerinnen sehen darin (vor allem wegen der zugestandenem Verkürzung der Gewährleistungsfrist) eine Verletzung der VOB/A und haben deshalb Schadensersatz in Höhe ihrer Aufwendungen zur Erstellung der Angebote (Klägerin zu 1): 42.310,98 DM - Klägerin zu 2): 88.586,88 DM) nebst Zinsen gefordert. Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Ihre Revision hat der Senat - unter Nichtannahme im übrigen - im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin zu 2) entschieden hat.

In diesem Umfang verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter, während die Klägerin zu 2) das Rechtsmittel zurückzuweisen bittet.



Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht wirft der Beklagten vor, durch die Annahme des Alternativangebotes gegen die Ausschreibungsregeln verstoßen zu haben. Es billigt deshalb auch der Klägerin zu 2) einen Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu. Daß die Klägerin zu 2) nicht der billigste Bieter gewesen sei, stehe dem nicht entgegen, da sie auch als viertbilligste von sieben Bietern eine reelle Chance gehabt habe, den Zuschlag zu erhalten.

Das hält der Nachprüfung nicht stand.

Auch wenn man davon ausgeht, daß die Beklagte hier die Vergaberegeln der VOB/A verletzt hat, weil sie den Zuschlag einer Bieterin erteilte, deren Angebot eigentlich hätte ausgeschieden werden müssen, rechtfertigt das nicht, der Klägerin zu 2) Ersatz für ihre Aufwendungen bei der Angebotserstellung zuzubilligen, den sie bei richtiger Vergabe nicht erhalten hätte.

Da die Parteien - wie üblich - eine Vergütung für die Bearbeitung und Abgabe des Angebots nicht vorgesehen hatten, hätte die Klägerin zu 2) diese Kosten nur aus dem Gewinn mit ausgleichen können, den ihr der Auftrag gebracht hätte. Damit konnte ihr aber durch die unkorrekte Vergabe des Auftrags nur dann ein Schaden zugefügt werden, wenn sie bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag

erhalten hätte (vgl. Senatsurteil NJW 1981, 1673 Nr. 10). Daß das hier der Fall gewesen wäre, behauptet die Klägerin - die nach dem Ergebnis der Ausschreibung lediglich an vierter Stelle lag - aber selbst nicht. Die bloße "reelle Chance", den Zuschlag zu erhalten, genügt nicht (Senat aaO).

Soweit Hochstein meint, diese Auffassung beruhe auf einer Verwechslung von negativem und positivem Interesse (Schäfer/Finnern/Hochstein, Anm. zu § 26 VOB/A - 1973 - Nr. 2), ist dieser Vorwurf unbegründet. In Wahrheit geht es hier nämlich lediglich darum, ob ein Schaden ursächlich auf ein bestimmtes Fehlverhalten des Vertragspartners zurückzuführen ist. Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn ein Bieter auch bei ordnungsgemäßer Auftragsvergabe keinen Ausgleich für die bei der Angebotsbearbeitung erwachsenen Aufwendungen erhalten hätte.

3. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin zu 2) entschieden hat. Die Klage ist vielmehr insoweit abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack