

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/A § 25 Nr. 2 Abs. 1

Wer bei einer Ausschreibung nach der VOB/A seine Angebotspreise in zwei Losen durch bewußte Additionsfehler vorsätzlich erhöht, wird in der Regel nicht die erforderliche Zuverlässigkeit (i.S. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A) besitzen. Sein Angebot braucht deshalb nicht berücksichtigt zu werden.

BGH, Urteil vom 14. Oktober 1993 - VII ZR 96/92 - OLG Celle
LG Verden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 96/92

Verkündet am:
14. Oktober 1993
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Bliesener, Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 6. Februar 1992 aufgehoben und das Grundurteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 23. Oktober 1990 abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerinnen tragen die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerinnen, die sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen haben (federführend: die Klägerin zu 1), fordern als Schadensersatz entgangenen Gewinn in Höhe von 142.606,95 DM (15 % der Brutto-Angebotssumme), weil die Beklagte den Auftrag für Los I nicht an sie vergeben hat.

Sie haben sich an einer von der Beklagten durchgeführten öffentlichen Ausschreibung von Straßenbauarbeiten beteiligt und ihr Angebot fristgerecht bei der Beklagten in einem verschlossenen Umschlag eingereicht. Dabei nahmen sie auf die Besonderen Vertragsbedingungen, die Zusätzlichen Vertragsbedingungen und die Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung Bezug, die von der Beklagten bei der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes vorgegeben waren. Auf Seite 1 des Angebots hatten sie diese Unterlagen als beigefügte Anlagen angekreuzt. Ob sie wirklich beigefügt waren, ist unter den Parteien streitig.

Die Klägerinnen versahen ihr Angebot bezüglich der ausgeschriebenen Lose I und II bewußt mit zwei Rechenfehlern in Höhe von 100.000 DM und (Los II) 50.000 DM, angeblich um nicht gegebenenfalls sofort als günstigste Bieterinnen erkannt zu werden.

Am 31. August 1989 fand bei der Beklagten die Submissionsverhandlung statt. Dabei wurden die einzelnen Angebote

sternförmig gestanzt. Ob sie vollständig waren oder nicht, wurde zu diesem Zeitpunkt nicht festgestellt.

Nachdem die Beklagte festgestellt hatte, daß dem Angebot der Klägerinnen die o.a. Unterlagen fehlten, kam es zu Verhandlungen zwischen den Parteien und zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, in dem geprüft wurde, ob die fehlenden Unterlagen erst im Gewahrsam der Beklagten abhandeln gekommen sind. Die Staatsanwaltschaft stellte das gegen Unbekannt gerichtete Verfahren ein. Sie begründete das damit, daß aufgrund des Sachverständigengutachtens zwar davon auszugehen sei, daß sich die Besonderen Vertragsbedingungen ursprünglich bei den Angebotsunterlagen befunden hätten, dies jedoch mit Sicherheit nicht mehr zum Zeitpunkt der Stanzung der Unterlagen bei der Beklagten der Fall gewesen sei.

Die Beklagte vergab den Auftrag für Los I an die Firma S., obwohl die Klägerinnen nach Abzug des von der Beklagten erkannten "Rechenfehlers" von 100.000 DM mit einer Forderung von 1.271.578 DM brutto ein um ca. 7.000 DM niedrigeres Angebot abgegeben hatten.

Die Klägerinnen sind der Ansicht, daß der Zuschlag ihnen hätte erteilt werden müssen. Das Landgericht hat ein der Klage stattgebendes Grundurteil erlassen, das das Berufungsgericht bestätigt hat.

Dagegen richtet sich die angenommene Revision der Klägerinnen.

Entscheidungsgründe:

1. Soweit das Berufungsgericht trotz der abweichenden Bewerbungsbedingungen der Beklagten zu dem Ergebnis gelangt, daß die Vergabe der Leistung auf der Grundlage der VOB/A erfolgen sollte, ist das richtig und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

Daß bei einer Verletzung der durch die VOB/A vorgegebenen Regeln auch ein Anspruch auf entgangenen Gewinn in Betracht kommt, falls der übergangene Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Auftrag hätte erhalten müssen, trifft ebenfalls zu und ist nicht im Streit (vgl. Senatsbeschluß vom 25. September 1986

- VII ZR 26/86 = BauR 86, 733 und BGH, Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91 zu § 25 VOL/A = ZfBR 1993, 77 = BauR 1993, 214, 215).

2. a) Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Unterlagen dem Angebot der Klägerinnen beigelegt worden waren. Auch wenn das nicht der Fall gewesen sein sollte, seien sie aufgrund der Bezugnahme im Angebotsschreiben inhaltlich Gegenstand des Angebots der Klägerinnen gewesen und wären im Fall der Zuschlagserteilung auch Inhalt des Bauvertrags geworden. Eine Verfälschung des Wettbewerbs sei nicht zu befürchten gewesen, weil die Beklagte allen Bietern vervielfältigte, inhaltlich gleiche Bedingungen übersandt habe. Im Streitfall hätten im übrigen die Klägerinnen beweisen müssen, daß die ihnen übersandten Vertragsbedingungen einen abweichenden Inhalt hätten. Bei dieser Sachlage habe die

Beklagte das Angebot der Klägerinnen wegen der fehlenden Anlagen zu Unrecht gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b, 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen.

b) Ob die dagegen gerichteten Rügen der Revision durchgreifen, kann letztlich offenbleiben, weil das Rechtsmittel aus einem anderen Grund Erfolg hat (vgl. dazu 3).

Immerhin spricht insoweit viel dafür, daß die Beklagte den Klägerinnen Gelegenheit hätte geben müssen, die jedem der elf Bieter zugeleiteten, inhaltsgleichen Bedingungen vor der Vergabe nachzureichen. Wenn die Unterlagen bei der Submissionsverhandlung wirklich gefehlt haben sollten, könnte das nur auf ein Versehen im Bereich der Klägerinnen zurückzuführen sein. Da die Nachreichung dieser im Angebot sämtlich als vorhanden angekreuzten Auftragsbedingungen den Wettbewerb weder von der Leistung noch vom Preis her zum Nachteil der Mitbieter hätte beeinflussen können, wäre es mit dem Regelungszweck der VOB/A kaum vereinbar, wenn man dennoch ein derartiges Versehen zum Anlaß für den Ausschluß eines Angebots nehmen dürfte. Daß die Regeln der VOB/A nicht zu einer sinnentleerten Förmelerei erstarren dürfen, hat der Senat bereits entschieden (Urteil vom 29. März 1990 - VII ZR 240/88 = BauR 90, 463 f = ZfBR 1990, 195).

3. Das Berufungsgericht prüft weiter, ob die Beklagte das Angebot der Klägerinnen im Hinblick auf den bewußten Einbau zweier (nicht "eines") Rechenfehler wegen Unzuverlässigkeit i.S. von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A nicht berücksichtigen mußte. Es verneint die Frage, weil eine "ins Auge springende Manipulation" keine Zweifel an der Zuverlässig-

keit der fachlichen Qualifikation der Klägerinnen begründen könnte. Die Beklagte habe keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben würde, daß die Klägerinnen bislang nicht ordnungsgemäß gearbeitet hätten.

a) Das hält der Nachprüfung nicht stand.

Ein derartiges "Einschmuggeln" von "Rechenfehlern" ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Rahmen der VOB/A kein zulässiges Mittel, um Manipulationen anderer auszuschließen. Einmal ist in einer derartigen Motivation letztlich der das angestrebte Vertragsverhältnis belastende Vorwurf eingeschlossen, Mitarbeiter der Beklagten könnten bei der Manipulation mitwirken, weil ohne ihre Mitwirkung eine unkorrekte Handhabung der Angebote kaum vorstellbar wäre. Vor allem aber konnten die Klägerinnen - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - keineswegs sicher sein, daß die Rechenfehler entdeckt werden würden. Das ergibt sich aus ihrem eigenen Berufungsvortrag, nach dem ein entsprechend handelnder Bauunternehmer in Kauf nimmt, daß der "eingebaute Rechenfehler" nicht entdeckt wird. Sollte das der Fall sein und der Bauunternehmer immer noch günstigster Bieter bleiben (hier lagen z.B. einige Angebote für Los I um etwa 300.000 DM höher), hätte er einen unverdienten Preisvorteil erlangt. Sollte sich aber herausstellen, daß er lediglich aufgrund des nicht entdeckten Fehlers den Zuschlag nicht erhalten könnte, würde er noch vor der Auftragsvergabe auf das "bedauerliche Versehen" hinweisen. Damit liefe die Zulassung eines derartigen Vorgehens auf die Billigung einer "Option" auf einen trickhaft erworbenen Gewinn hinaus.

Daraus wird deutlich, daß das Berufungsgericht das Vorgehen der Klägerinnen nicht richtig gewichtet. Zugleich verkürzt es dabei die Frage nach der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit eines Anbieters auf den rein "betriebs-technischen" Bereich. Gerade weil es bei größeren Bauvorhaben in aller Regel zu Abweichungen von der ursprünglichen Planung kommt und deshalb Mehr- und Minderleistungen abzurechnen sind, darf auch der Abrechnungsbereich nicht aus dem vertraglichen "Grundvertrauen" herausgenommen werden. Ein derartiges Vertrauen kann aber nicht für sich in Anspruch nehmen, wer in zwei Fällen vorsätzlich die Angebotspreise erhöht und dadurch die Chance erhält, als immer noch billigster Bieter im Falle der Nichtentdeckung einen durch Täuschung erlangten Gewinn zu erzielen (vgl. zur Zuverlässigkeit auch Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl., A § 25 Rdn. 48 ff; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 6. Aufl., A § 2 Rdn. 7/8 a).

b) Nach alledem brauchte die Beklagte das Angebot der Klägerinnen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A nicht zu berücksichtigen. Damit kommt es nicht mehr darauf an, daß die Beklagte im Rahmen der Vergabe gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A durchaus einen angemessenen Beurteilungsspielraum hatte (vgl. Senatsurteil vom 8. November 1984 - VII ZR 51/84 = BauR 85, 75), der es gerechtfertigt hätte, den Auftrag im Hinblick auf das Verhalten der Klägerinnen dem nur um ca. 6 % teureren Zweitbieter zu erteilen.

c) Daß die Beklagte den Ausschluß des Angebots der Klägerinnen ursprünglich nur mit der Unvollständigkeit der Unterlagen schriftlich begründete, hinderte sie nicht, sich

später auch auf die durch die Preismanipulation begründete Unzuverlässigkeit zu berufen. Entscheidend ist insoweit nach den anerkannten Grundsätzen für das Nachschieben von Gründen nur, daß die betreffenden Gründe damals schon gegeben waren. Das ist der Fall. Wie unstreitig ist, hat die Beklagte den Geschäftsführer der Klägerin zu 1 schon im September 1989 auf die beiden vermeintlichen Rechenfehler hingewiesen und dabei erfahren, daß die Fehler bewußt "eingebaut" worden waren.

Lang

Bliesener

Thode

Haß

Wiebel

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 96/92

vom

9. Dezember 1993

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener,
Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

am 9. Dezember 1993

gemäß § 319 ZPO

beschlossen:

Der Tatbestand des Senatsurteils vom
14. Oktober 1993 - VII ZR 96/92 - wird dahin-
gehend berichtigt, daß das letzte Wort statt
"Klägerinnen" richtig "Beklagten" heißen muß.

Lang

Bliesener