BGH, Urt. v. 16. Oktober 2001 - X ZR 100/99 - Thüringer Oberlandesgericht
LG Erfurt

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2001 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 27. April 1999 verkündete Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schrieb am 3. Januar 1996 für ein Bauvorhaben in B. verschiedene Bauarbeiten öffentlich aus. Bei dem Bauvorhaben handelte es

sich um die Errichtung von 21 Wohneinheiten mit ca. 1.200 qm Wohnfläche im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus. Die Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung. Sie reichte ein Angebot über 1.483.621,20 DM ein und wurde auf Platz 1 der Bieterliste gesetzt. Gleichwohl erhielt nicht die Klägerin den Zuschlag, sondern die W. U., deren Angebot um 1,18 % teurer war als das der Klägerin. Dieses Unternehmen hatte bereits ein Jahr zuvor 21 Wohneinheiten für die Beklagte errichtet.

Die Klägerin verlangt Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluß, weil die Beklagte bei ihrer Entscheidung über den Zuschlag die Grundsätze des Auswahlverfahrens nach § 25 VOB/A verletzt habe. Ihren entgangenen Gewinn beziffert sie auf 83.819,63 DM.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin Aufhebung des angefochtenen Urteils und Verurteilung der Beklagten nach Antrag.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgegangen, nach der durch die öffentliche Ausschreibung nach den Regeln der VOB/A und das Angebot der Klägerin zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande gekommen sei,

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

das auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet habe. Zu diesen Sorgfaltspflichten gehört insbesondere die Einhaltung der Vergabevorschriften der VOB/A, deren schuldhafte Verletzung Schadensersatzansprüche begründen kann (BGHZ 120 ,120, 281; Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3644; Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97), NJW 2000, 137; Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661).

Das Berufungsgericht hat die Eignung der Klägerin als Bieterin im Rahmen des § 25 Nr. 1 und 2 VOB/A geprüft und festgestellt, daß die Klägerin in persönlicher und sachlicher Hinsicht zur Erbringung der ausgeschriebenen Bauarbeiten geeignet ist und die notwendige Sicherheit zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen bietet, insbesondere über die erforderliche Fachkunde, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Ausführung des konkreten ausgeschriebenen Bauvorhabens und auch über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügt. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts war das Angebot der Klägerin deshalb in die engere Auswahl für die Erteilung des Zuschlags zu ziehen.

Weiter hat das Berufungsgericht ausgeführt, nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A solle der Zuschlag auf dasjenige Angebot aus der engeren Auswahl erfolgen, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheine. Dabei sei der niedrigste Preis allein nicht entscheidend (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/A). Vielmehr sei dem Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote und der Entscheidung über den Zuschlag ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt, wobei dieser einen objektiven und einen subjektiven Gehalt habe. Die objektive Seite erfordere, daß ein dritter fachkundiger und an der Vergabe selbst nicht interes-

sierter Bauherr das ausgesuchte Angebot als das geeignetste für das zur Vergabe anstehende Objekt ansehen würde. Subjektiv sei zu berücksichtigen, was der spezielle Auftraggeber in seiner Lage für seine Ziele und Bestrebungen richtig erachte. Es könne davon ausgegangen werden, daß das Angebot der Klägerin in objektiver Hinsicht das annehmbarste sei.

Dies greift die Revision als ihr günstig nicht an. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

2. a) Das Berufungsgericht hat sodann einen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint, weil die Beklagte ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der Klägerin nicht verletzt habe. Im subjektiven Bereich des Beurteilungsspielraums lägen Umstände vor, die eine Vergabe des Auftrages an die W. U. rechtfertigten. Die Beklagte habe zugunsten der W. U. berücksichtigen können, daß diese bereits in der Vergangenheit 21 Wohneinheiten für die Beklagte errichtet habe und die Bauausführung völlig reibungslos und ohne technische und zeitliche Probleme erfolgt sei. Zwar sage dies nichts darüber aus, daß die Klägerin nicht in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zur Zufriedenheit der Beklagten zu erfüllen. Bei völlig gleicher Eignung zweier Bieter könne jedoch auf das Prinzip "bekannt und bewährt" zurückgegriffen werden. Das führe unter Berücksichtigung des geringfügigen Preisunterschiedes von lediglich 1,18 % dazu, daß der W. U. der Vorzug habe gegeben werden können.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

b) Die Beklagte hat von ihrem durch § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A eingeräumten Ermessen fehlerhaften Gebrauch gemacht, indem sie der Klägerin eine Mitbieterin nur deshalb vorzog, weil diese ihr bereits bekannt war und sich bewährt hatte. Zwar brauchte die Beklagte der Klägerin nicht allein deshalb den Zuschlag zu erteilen, weil diese das preisgünstigste Angebot abgegeben hatte. Vielmehr konnte sie in der dritten Stufe des Auswahlverfahrens ihren Beurteilungsspielraum voll ausschöpfen und bei der Prüfung des annehmbarsten Angebots alle technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte berücksichtigen. Zu diesen gehörte aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Bevorzugung eines Bieters nach dem Prinzip "bekannt und bewährt".

Das Kriterium "bekannt und bewährt" enthält eine Aussage über die Zuverlässigkeit der W. U., sagt aber nichts darüber aus, daß die Klägerin nicht in der Lage gewesen wäre, die ausgeschriebenen Leistungen zur Zufriedenheit der Beklagten zu erfüllen. Das Berufungsgericht hat dies zutreffend erkannt und deshalb dem Umstand, daß die W. U. bereits 21 Wohneinheiten für die Beklagte zu deren vollen Zufriedenheit errichtet hatte, dem Auswahlkriterium der Zuverlässigkeit zugeordnet. Dieses Merkmal ist eines von mehreren Kriterien, nach denen die Eignung eines Bieters in der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A zu prüfen ist. Die Zuverlässigkeit der Klägerin für die Ausführung der ausgeschriebenen Bauarbeiten hat das Berufungsgericht tatrichterlich festgestellt. Die Zuverlässigkeit durfte deshalb nicht ein zweites Mal in die spätere Prüfungs- und Wertungsphase nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A einfließen. Nach Bejahung der generellen Eignung eines Bieters darf dessen Zuverlässigkeit nicht als "Mehr an Eignung" als letztlich entscheidendes Kriterium für den Zuschlag

berücksichtigt werden (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3644, 3645).

c) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob neben dem Preiskriterium weiter Kriterien in der dritten Wertungsstufe berücksichtigt werden durften. Vielmehr hat es bei gleichen Eignungsvoraussetzungen der Klägerin und er W. U. den einzigen Unterschied im Preisangebot gesehen. Zwar soll nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/A der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend sein. Vielmehr können nach Satz 2 auch die dort genannten Kriterien unter objektiven und subjektiven Gesichtspunkten in die Auswahl einbezogen werden, die auch einen höheren Preis als das Niedrigst-Angebot rechtfertigen können. Nachdem aber das Berufungsgericht solche rechtfertigenden Kriterien nicht festgestellt hat, verblieb es bei dem Preisvergleich. In einem solchen Fall gewinnt der Preis als Entscheidungskriterium ausschlaggebende Bedeutung (Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661). Bei inhaltlich und qualitativ gleichen Angeboten ist unter den in die engere Auswahl gekommenen Angeboten stets das Angebot mit dem niedrigsten Preis das annehmbarste. Hier bleibt dem Auftraggeber kein Ermessens- und Beurteilungsspielraum (Heiermann/Riedel/Rusam, VOB, 8. Aufl., § 25 VOB/A Rdn. 61).

3. Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO), weil das Berufungsgericht zum Grund und zur Höhe des Schadensersatzanspruchs keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die notwendigen Feststellungen nachholen kann.

Da das Auswahlverfahren der Beklagten nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen fehlerhaft war und der Zuschlag dem Angebot der Klägerin als dem preisgünstigsten hätte erteilt werden müssen, wird das Berufungsgericht nunmehr zu prüfen haben, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß zusteht. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Bieter Ersatz des Schadens verlangen kann, den er infolge seines - berechtigten - Vertrauens darauf erlitten hat, daß die Ausschreibung nach den Vorschriften der VOB/A abgewickelt wird (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636; Sen.Urt. v. 12.6.2001 - X ZR 150/99, Betrieb 2001, 1988). Das beschränkt ihn nicht auf den Ersatz des sogenannten negativen Interesses, d.h. auf den Ausgleich der durch die Teilnahme an der Ausschreibung entstandenen Aufwendungen. Er kann vielmehr gegebenenfalls auch den infolge der Nichterteilung des Auftrags entgangenen Gewinn verlangen (BGHZ 120, 281, 284), und zwar dann, wenn der Auftrag vergeben wurde und bei rechtmäßiger

Handhabung des Verfahrens der Zuschlag allein ihm hätte erteilt werden können und dürfen (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640; Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, NJW 2000, 137; Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661). Dies behauptet die Klägerin. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - hierzu bislang keine abschließenden Feststellungen getroffen.

Rogge Jestaedt

Scharen

Mühlens Meier-Beck