

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. Mai 1997 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Großwäscherei. Mit Angebot vom 10. September 1993 beteiligte sie sich an einer Ausschreibung für die Reinigung von Krankenhauswäsche, die das ...-Krankenhaus, das seinerzeit eine

Einrichtung des Beklagten war, in eigener Verantwortung für seinen Betrieb durchführte. In der Ausschreibung vorgesehen war die Möglichkeit einer Aufteilung der anfallenden Wäschemenge in zwei Teillose. Das Angebot der Klägerin schloß mit zwei Preisen, bei denen nach dem Anfall der Wäsche differenziert wurde. Bei Zuteilung des Loses für die gesamte Wäschemenge sollte der Preis 1,49 DM/kg netto betragen; bei der Menge nach einem der Teillose lautete ihr Angebot auf 1,55 DM/kg netto.

Vor der Entscheidung des Beklagten über den Zuschlag fand ein Telefongespräch zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und einem für die Vergabe zuständigen Mitarbeiter des Beklagten statt, dessen Ablauf und Inhalt die Parteien unterschiedlich schildern. Nach Darstellung des Beklagten hat der Geschäftsführer der Klägerin den Mitarbeiter bei dieser Gelegenheit durch die Drohung mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde zur Erteilung des Auftrags zugunsten der Klägerin zu beeinflussen versucht. Die Klägerin hat demgegenüber ausgeführt, ihr Geschäftsführer habe nur auf der Einhaltung des gesetzmäßigen Verfahrens bestanden und eine Drohung bei dieser Gelegenheit nicht ausgesprochen.

Im Eröffnungstermin stellten sich beide Angebote der Klägerin als die preislich niedrigsten heraus. Der Ankündigung in den Verdingungsunterlagen entsprechend wurde der Gesamtauftrag geteilt, wobei den Zuschlag für beide Teillose nicht die Klägerin erhielt. Ein Teilauftrag ging an die Firma T., die einen Nettopreis von 1,97 DM/kg geboten hatte. Das zweite Teillos erhielt, nachdem das ursprünglich für die Vergabe vorgesehene Unternehmen in der Ausschreibung geforderte Unterlagen nicht fristgemäß vorgelegt hatte, die Firma B., deren Angebot mit einem Preis von 1,90 DM/kg netto geendet hatte.

Grundlage der Vergabeentscheidung war unter anderem eine Anforderungsliste, die - insoweit zumindest teilweise über die Anforderungen in der Ausschreibung hinausgehend - als weitere Kriterien Mengenaufnahmefähigkeit, Sauberkeit, Personal und Betrieb, Hygiene, Arbeitsablauf, Übersichtlichkeit aufgriff und gewichtete. Dabei wurde den Kriterien Sauberkeit, Personal und Betrieb sowie Qualität eine doppelte Wertigkeit zuerkannt. Hinsichtlich jedes dieser zusätzlichen Kriterien wurde von dem zuständigen Abteilungsleiter und seiner Stellvertreterin eine Punktzahl von 1 bis 10 vergeben. Grundlage dieser Bewertung war eine zuvor von ihnen gemeinsam durchgeführte unangekündigte Besichtigung der Betriebe der in Betracht gezogenen Unternehmen, wobei Art und Umfang dieser Besichtigung zwischen den Parteien wiederum streitig sind.

Die Klägerin ist der Meinung, nach dem maßgeblichen Vergaberecht hätte der Auftrag ihr als dem Anbieter mit dem niedrigsten Gebot erteilt werden müssen, und nimmt den Beklagten auf Ersatz des ihr entgangenen Gewinns in Anspruch. Insoweit hat sie ihren Schaden zuletzt mit 1.312.030,80 DM berechnet, von dem sie nach Rücknahme der Klage im übrigen zuletzt einen Teilbetrag von 70.000,-- DM im Wege der Klage geltend gemacht hat. Nach der Rücknahme ihrer Klage im übrigen hat der Beklagte negative Feststellungsklage hinsichtlich der ursprünglich geltend gemachten weitergehenden Schadensersatzansprüche erhoben.

Das Landgericht hat den eingeklagten Ersatzanspruch von 70.000,-- DM mit Teilurteil vom 26. September 1996 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und in diesem Urteil die Entscheidung über die im Wege der Widerklage verfolgte negative Feststellungsklage ausdrücklich zurückgestellt. Auf das



Rechtsmittel des Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Von einer Entscheidung über die Widerklage hat es nach dem Inhalt seiner Entscheidungsgründe abgesehen und diese ausdrücklich in der Zuständigkeit des Landgerichts belassen.

Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. In der ergangenen Form kann die Berufsungsentscheidung schon deshalb keinen Bestand haben, weil sie ein unzulässiges Teilurteil bestätigt hat.

1. Das Berufsungsgericht hat davon abgesehen, den Streitgegenstand in der Berufsungsinstanz im Hinblick auf die erhobene negative Feststellungsklage zu erweitern, nachdem das Landgericht ausdrücklich über die insoweit erhobene Widerklage nicht entschieden hatte. Es hat dazu ausgeführt, daß - sollte eine verfahrensrechtlich denkbare Erweiterung zwingend geboten sein - diese in der Revisionsinstanz nachgeholt werden könne, falls die Klägerin in die dritte Instanz gehe. Sie habe beachtliche Gründe für eine Einschränkung des Klageantrages vorgetragen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen müsse sie

die Möglichkeit haben, Rechtsschutz zu erlangen, ohne die Existenz ihres Betriebes zu gefährden. Deshalb sei die negative Feststellungsklage in der ersten Instanz zu belassen.

2. Diese Würdigung greift die Revision mit Erfolg an.

Mit seinem Urteil hat das Landgericht, was das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nicht abschließend über den Grund der geltend gemachten Ansprüche entschieden. Sein Urteil betrifft auch zum Anspruchsgrund nur einen Teil der geltend gemachten Forderung, nämlich den von der Klägerin mit der Klage zuletzt allein noch verlangten Betrag von 70.000,-- DM. Hinsichtlich des Anspruchs, dessen sich die Klägerin darüber hinaus berühmt hat, hat das Landgericht ausdrücklich von einer Entscheidung auch zum Anspruchsgrund abgesehen. Damit enthält sein Erkenntnis auch zum Anspruchsgrund lediglich ein Teilurteil, das - wie die Revision mit Recht rügt - hier nicht hätte erlassen werden dürfen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf ein Teilurteil nur ergehen, wenn es einen quantitativen, zahlenmäßig oder sonst bestimmten Teil eines teilbaren Streitgegenstandes unabhängig von der Entscheidung über den Rest des Anspruchs abschließend so bescheidet, daß die Gefahr widerstreitender Entscheidungen ausgeschlossen ist (vgl. BGHZ 20, 311, 312; 107, 236, 242, 244; 108, 256, 260; BGH, Urt. v. 13.2.1992 - III ZR 28/90, NJW 1992, 2080), wobei für die Annahme einer den Erlaß eines Teilurteils ausschließenden Divergenzgefahr die Möglichkeit abweichender Entscheidungen im Instanzenzug genügt (vgl. BGHZ 107, 236, 242; 120, 376, 380). Über einen Teil eines einheitlichen prozessualen Anspruchs kann durch

Grundurteil daher nur entschieden werden, wenn damit der gesamte Anspruchsgrund in der Instanz erledigt wird (vgl. BGHZ 107, 236, 242; BGH, Urt. v. 8.11.1995 - VIII ZR 269/94, NJW 1996, 395 = MDR 1996, 304; Urt. v. 12.1.1999 - VI ZR 77/98, zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch Urt. v. 20.9.1960 - I ZR 45/59, GRUR 1961, 79, 81 - Behälterspritzkopf). Daran fehlt es hier. Der entschiedene und der offengelassene Teil des Verfahrens betreffen den gleichen materiell-rechtlichen Anspruch. Damit kann über sie nicht durch Teilurteil befunden werden. Von der grundsätzlich eröffneten Möglichkeit, den in dem gleichwohl ergangenen Teilurteil liegenden Verfahrensfehler dadurch zu heilen, daß es den in der Vorinstanz verbliebenen Teil der Ansprüche an sich zieht (vgl. dazu BGHZ 30, 213, 215; BGH, Beschl. v. 12.3.1992 - I ZR 296/91, GRUR 1992, 562 = NJW 1992, 1021), hat das Berufungsgericht nach dem Inhalt seiner Entscheidungsgründe ausdrücklich abgesehen. Es hätte die Unzulässigkeit des Teilurteils jedoch ohne entsprechenden Vortrag der Parteien von Amts wegen prüfen müssen. Der gegebene Verfahrensmangel hätte auch durch Rügeverzicht der Parteien nicht geheilt werden können (BGH, Urt. v. 12.1.1999, aaO [Umdruck S. 4]). Die Zulässigkeit einer Entscheidung durch Teilurteil unterliegt nicht der Dispositionsbefugnis der Parteien.

II. Auch in der Sache hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Ersatzansprüche der Klägerin hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, Ausschreibung und Auftragsvergabe begegneten keinen rechtlichen Bedenken. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die bei allen Bewerbern gleichermaßen vorgenommenen Prüfbesuche als hinreichende sachliche Entscheidungsgrundlage keine Berücksichtigung finden könnten. Derartige Besu-

che seien dem Beklagten nicht zu verbieten und auch in der Form nicht zu beanstanden. Der Beklagte habe Mitarbeiter entsandt, gegen deren Sachkunde keine Bedenken zu erheben seien. Eine vorherige Ankündigung der Besuche sei nicht erforderlich gewesen, zumal nicht ersichtlich sei, daß eine derartige Ankündigung bei anderen Bewerbern als der Klägerin erfolgt sei. Unerheblich sei auch, daß über die Durchführung der Besuche und die dabei vorgenommenen Bewertungen bei dem Beklagten zunächst Meinungsunterschiede bestanden hätten.

Mit Hilfe der Besuche habe der Beklagte zusätzliche Erkenntnisse zur Vorbereitung seiner Entscheidung gewinnen wollen, nachdem die Klägerin ebenso wie ein großer Teil ihrer Mitbewerber gleichermaßen die Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllt hätten. Daß eine spätere gerichtliche Aufklärung zu besseren Erkenntnissen hätte führen können, sei nicht ersichtlich. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergebe sich auch nicht, daß der Beklagte seinen Beurteilungsspielraum überschritten und andere Bewerber aus unsachlichen Gründen bevorzugt habe.

Die von der Klägerin angeführten Preise bildeten nur eines der im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigenden Kriterien. Nach § 25 VOL/A sei der niedrigste Preis nicht allein entscheidend. Der Beklagte sei auch nicht verpflichtet gewesen, den Wettbewerbsteilnehmern die weiter von ihm verlangten Eignungsanforderungen gesondert mitzuteilen. Seine Ausfallentscheidung habe er auf der Grundlage erkennbarer Voraussetzungen getroffen. Die Ermessensentscheidung selbst entziehe sich der gerichtlichen Nachprüfung im einzelnen, soweit nicht der Beurteilungsspielraum überschritten sei. Derartige Ermessensfehler habe die Klägerin nicht dargelegt.

2. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, kann sich nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch für Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung auch daraus ergeben, daß der öffentliche Auftraggeber im Verlauf des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts nicht einhält (BGHZ 120, 281, 284; Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 = MDR 1998, 1408, 1409). Dessen Regelungen in den maßgeblichen Verdingungsordnungen wie der Verdingungsordnung für Bauleistungen oder der - hier im Hinblick auf den auf eine Dienstleistung gerichteten Vertragsgegenstand zugrundezulegenden - Verdingungsordnung für Leistungen bilden nicht lediglich unverbindliche Ermessensrichtlinien, sondern enthalten seit ihrer Einbettung in das öffentliche Haushaltsrecht durch die Bundes- und Landesgesetzgebung unmittelbar geltendes, auch öffentliche Auftraggeber bindendes Recht. Das hat der Senat bereits für Ausschreibungen nach der VOB/A entschieden (vgl. u.a. Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, BB 1998, 2180 = MDR 1998, 1047 u. X ZR 99/96, BB 1998, 2181 = MDR 1998, 1408). Von dem gleichen Grundsatz ist auch für die Regelungen nach der VOL/A auszugehen. Bei der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VGRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512) geltenden haushaltsrechtlichen Lösung hat der Gesetzgeber die zuvor in Form einer Verwaltungsvorschrift geltenden Verdingungsordnungen in das Haushaltsrecht integriert und ihnen damit Rechts-satzqualität zugemessen. Mit diesen Regelungen sollte das Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge im Interesse der Teilnehmer am Ausschreibungs-

verfahren und der Bewerber um solche Aufträge durchsichtig und nachprüfbar gemacht werden.

b) Die danach für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgeblichen Rechtsgrundsätze hat der Beklagte bei der Vergabe des Wäschereiauftrages dadurch verletzt, daß er seine Entscheidung nicht allein auf die in den Verdingungsunterlagen genannten, sondern auf weitere, dort nicht aufgeführte Kriterien gestützt hat.

Nach den von Revision und Revisionsbeantwortung nicht angegriffenen tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß die Entscheidung des Beklagten über den Zuschlag maßgeblich durch das Ergebnis der Bewertungen beeinflusst wurde, die seine Mitarbeiter aufgrund von Besuchen der in die Wahl gezogenen Betriebe vorgenommen hatte. Diese Kriterien, die Besuche und die auf ihrer Grundlage vorgenommene Bewertung waren sämtlich nicht Inhalt der Verdingungsunterlagen, wie auch dadurch bestätigt wird, daß sie nach Darstellung des Beklagten als zusätzliche Entscheidungshilfen notwendig waren, nachdem die Angebote der Bieter in ihrer Mehrzahl den allgemeinen Anforderungen nach der Ausschreibung gleichermaßen genügt hätten. Auch danach stellen sie sich als zusätzliche Kriterien dar, auf die der Beklagte zur weiteren Abwägung der aus seiner Sicht bei Anlegung der allgemeinen Maßstäbe gleichwertigen Angebote zurückgegriffen hat. Diese Art der Entscheidungsfindung verstößt gegen § 25 VOL/A. Danach hätte vielmehr - wie die Revision mit Recht geltend macht - der Zuschlag dem Anbieter mit dem niedrigsten Preis erteilt werden müssen.

c) Allerdings ist der öffentliche Auftraggeber nach § 25 Abs. 3 Satz 2 VOL/A nicht gehalten, den Zuschlag allein auf das Gebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Auftrag dem Bieter mit dem unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichsten Angebot zu geben, für dessen Annahme der niedrigste Angebotspreis lediglich eines von mehreren zu berücksichtigenden Kriterien bildet. Auch wenn damit neben dem Preis andere sachliche Erwägungen in die Vergabeentscheidung einzufließen haben, ist dies auf die in den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien beschränkt. Dem Auftraggeber ist bei seiner Entscheidung der Rückgriff auf solche Anforderungen verwehrt, die in der Ausschreibung und den an die Bieter übermittelten Anforderungsprofilen keinen Ausdruck gefunden haben. Nach § 8 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung in der Ausschreibung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, daß alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Nach Absatz 2 der gleichen Vorschrift sind, um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Schon diese allgemeine Regelung schließt es aus, bei der Vergabeentscheidung auf weitere Kriterien zurückzugreifen, die in den ursprünglichen Unterlagen nicht erwähnt worden sind. Da sich die Bewerber hierauf nicht haben einstellen können, wird durch eine solche Erweiterung des Kriterienkatalogs sowohl die Vergleichbarkeit der Angebote untereinander als auch die Preisermittlung nachhaltig gestört.

Bestätigt wird die Annahme einer Unzulässigkeit der Berücksichtigung von solchen Kriterien, die in die Verdingungsunterlagen keinen Eingang gefunden haben, durch den Zweck der Regelung. Mit der Aufnahme der VOL/A in das Haushaltsrecht ist der Gesetzgeber den Anforderungen aus der Richtlinie

92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18. Juni 1992 in der hier maßgeblichen Fassung vor den Änderungen durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. Oktober 1997 nachgekommen, die ihn wie die weiteren Regelungen in den Richtlinien des Rates zur Vergabe öffentlicher Aufträge zum Erlaß von Vorschriften verpflichteten, eine Gleichbehandlung aller Bewerber um öffentliche Aufträge und eine Vergabe allein nach sachlichen und willkürfreien Kriterien sicherstellen. Mit diesem Zweck ist eine Berücksichtigung erst nachträglich gebildeter, aus der Ausschreibung selbst nicht hervorgehender Kriterien unvereinbar. Könnte der Auftraggeber nachträglich den Kriterienkatalog beliebig ändern oder anders gewichten, wäre die nach dem Zweck der Regelung erforderliche Überprüfung seiner Vergabeentscheidung nach objektiven Kriterien nicht mehr gewährleistet. Durch sie würden Veränderungen im Anforderungsprofil ermöglicht, mit deren Hilfe der Auftraggeber einen dem Gebot der Chancengleichheit widersprechenden Einfluß auf die Vergabeentscheidung nehmen könnte. Damit wären die Anbieter in einer mit dem Zweck der Regelung unvereinbaren Weise der Willkür der Vergabestelle ausgeliefert. Ebenso wie bei der Vergabeentscheidung nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (vgl. dazu Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3644, 3646) ist daher auch bei der Entscheidung nach § 25 Abs. 3 VOL/A in der hier maßgeblichen Fassung unabdingbar, daß diese Entscheidung nur auf solche Kriterien gestützt wird, die vorher, das heißt bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe, bekannt gemacht worden sind. Nur dann ist dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit, zu dem auch die Vorhersehbarkeit, Meßbarkeit und Transparenz staatlichen Handelns gehört, in dem gebotenen Umfang genügt. Folgerichtig bestimmt Art. 36 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinien vom 18. Juni 1992 auch in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG vom 13. Oktober 1997, daß bei Aufträgen, die - wie hier - auf das wirtschaftlich gün-

stigste Angebot vergeben werden sollen, die Auftraggeber in den Vergabungsunterlagen oder der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben haben, deren Verwendung sie vorsehen und dabei zugleich nach Möglichkeit deren Reihenfolge und Gewichtung bezeichnen sollen.

3. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat insoweit verwehrt. Ob der Beklagte dem aufgrund seiner Rechtsverletzung dem Grunde nach bestehenden Ersatzanspruch der Klägerin den Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegensetzen kann, ist auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes nicht abschließend zu entscheiden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann der übergangene Bewerber bei Verstößen gegen das Vergaberecht von dem Ausschreibenden Ersatz seines Schadens einschließlich des hier geltend gemachten entgangenen Gewinns verlangen, wenn er den Auftrag ohne den Rechtsverstoß hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist (Urt. v. 22.11.1992 - VIII ZR 170/91, BB 1993, 27 = MDR 1993, 119 = NJW 1993, 520; Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 = BB 1998, 2259). Diese Voraussetzungen sind hier nach dem festgestellten Sachverhalt erfüllt. Da der Beklagte bei seiner Entscheidung über den Zuschlag nur die in der ursprünglichen Ausschreibung genannten Kriterien verwenden konnte, war das Angebot der Klägerin das wirtschaftlich günstigste und damit annehmbarste. Nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts waren die eingegangenen Angebote auf der Grundlage der in der Ausschreibung genannten Kriterien im wesentlichen gleichwertig; Unterschiede bestanden lediglich im Preis. Bei dieser Sachlage

mußte der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis und damit der Klägerin erteilt werden.

Gründe, die eine abweichende Gewichtung der Angebote nach den in den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien hätten rechtfertigen können, sind weder durch den Beklagten geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich. Eine Bewertungsprärogative kann der Beklagte in diesem Zusammenhang nicht in Anspruch nehmen. Unbeschadet der Frage, ob angesichts der festgestellten grundsätzlichen Gleichwertigkeit der eingegangenen Gebote und erheblichen Differenz zwischen dem von der Klägerin verlangten und den nächstkommenden Angeboten überhaupt Raum für eine Bewertung war, die zu einer Entscheidung zugunsten eines anderen Bewerbers hätte führen können, wäre die Zubilligung eines der gerichtlichen Nachprüfung entzogenen Beurteilungsspielraums mit Sinn und Zweck des Vergaberechts nicht zu vereinbaren. Dessen Funktion, die Chancengleichheit unter den Bewerbern zu sichern, verlangt eine Vergabeentscheidung, die in Anbindung an die rechtlichen Vorgabe und frei von willkürliche Ergebnisse ermöglichenden Wertungen in einem rechtsförmigen Verfahren ergeht. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber die Regelungen in den Verdingungsordnungen bei ihrer Übernahme in das öffentliche Haushaltsrecht verstanden und ausgestattet, wie auch dadurch bestätigt wird, daß er weitergehende Änderungen und Anpassung an die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaften (siehe oben zu 2. c) nicht für erforderlich gehalten hat. Bei Zubilligung eines der gerichtlichen Kontrolle nicht unterliegenden Beurteilungsspielraums würde dieser vom Gesetzgeber verfolgte Zweck verfehlt.

Im übrigen könnte der Beklagte mit dem Hinweis auf seine abweichende Einschätzung auch dann keinen Erfolg haben, wenn ihm bei seiner Entscheidung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zuzubilligen wäre. Auch bei dessen Vorliegen erstreckt sich die gerichtliche Kontrolle jedenfalls darauf, ob die Grenze dieses Spielraums eingehalten wurde. Diese Überprüfung setzt eine Darlegung der Gründe voraus, die zu der jeweiligen Entscheidung geführt haben. Daran fehlt es hier. Welche Gründe ihn über die aufgrund der Besichtigung der Betriebe vorgenommene Bewertung hinaus zur Vergabe des Auftrages nicht an die Klägerin, sondern an andere Bewerber bewegt haben, ist nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich, so daß auch die Einhaltung eines dem Beklagten eingeräumten (Beurteilungs-)Ermessens nicht festgestellt werden kann.

b) Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kann dem Ersatzverlangen der Klägerin dem Grunde nach auch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, daß - wie in der Ausschreibung angekündigt - der Auftrag nicht einheitlich, sondern geteilt vergeben worden ist und damit die Klägerin in keinem Fall für den Gesamtauftrag zum Zuge gekommen wäre. Daß die Voraussetzungen des § 5 VOL/A, der eine Vergabe eines größeren Auftrags nach Losen ermöglicht, gegeben sind, ist nicht festgestellt. Die Vorschrift gestattet die Aufteilung eines solchen Auftrags in mehrere Lose nur, wenn dies zweckmäßig ist, um eine Bewerbung auch durch kleine und mittlere Unternehmen um Teile des Gesamtauftrags zu ermöglichen. Daß die Zerlegung des Gesamtauftrags diesem Ziel diene, ist dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen und ergibt sich auch nicht zweifelsfrei aus dem Vorbringen des Beklagten. Schon dem Wortlaut nach dient § 5 Abs. 1 VOL/A allein dazu, kleinen oder mittleren Unternehmen, die mit dem Gesamtauftrag überfordert wären, durch eine Zerle-

gung in Teillose und die damit verbundene Reduzierung des Aufwandes bei dem einzelnen Teillos die Teilnahme an Ausschreibungen zu ermöglichen. Mit dieser konkreten Zielsetzung hat der Beklagte seine Entscheidung über die Aufteilung der Teillose nicht verteidigt, sondern zu dessen Rechtfertigung im wesentlichen allgemeine wirtschaftspolitische Erwägungen, wie die Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen angeführt. Die Verfolgung derartiger wirtschaftspolitischer Ziele gehört aber ebensowenig wie die Unterstützung ortsansässiger Unternehmen zu den Kriterien, auf die eine Vergabeentscheidung nach öffentlicher Ausschreibung gestützt werden kann. Seiner Funktion entsprechend, die Chancengleichheit unter den Bewerbern zu sichern, läßt das Vergaberecht nur die Berücksichtigung solcher Umstände bei der Entscheidung über den Zuschlag zu, die den durch die Vergabe bezeichneten Bedarf und den Inhalt der zur Deckung dieses Bedarfs abgegebenen Gebote betreffen. Damit sollte es zugleich dem von der Ausschreibung weiter geschützten öffentlichen Interesse an einer auch im Hinblick auf die anfallenden Kosten optimalen Deckung dieses Bedarfs der öffentlichen Hände dienen. Die Einbeziehung weiterer, insbesondere allgemeiner wirtschaftspolitischer Erwägungen ist mit diesem System nicht zu vereinbaren. Auch nach der Aufteilung in Teillose sind diese an denjenigen Bieter zu geben, der das günstigste und damit annehmbarste Angebot abgegeben hat.

c) Nach dem durch das Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt sind auch keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, daß das Unterlassen einer ursprünglichen Aufnahme der von dem Beklagten nachträglich in das Verfahren eingeführten Kriterien einen Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung nach deren Einleitung hätte bilden können, die dem Ersatzverlangen der Klägerin nach dem Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens hätte entge-

gengesetzt werden können. Wie der Senat für die Ausschreibung nach der VOB entschieden hat, muß die Regelung über die Aufhebung einer Ausschreibung nach ihrem Sinn und Zweck eng ausgelegt werden (vgl. Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636, 3637 = BB 1998, 2259). Hiervon ist auch bei der Ausschreibung nach der VOL/A auszugehen. Auch hier verdient der Bieter mit dem annehmbarsten Angebot Schutz seines Vertrauens davor, daß die bei einem ordnungsgemäßen Abschluß des Verfahrens bestehende Aussicht auf Amortisation seiner mit der Teilnahme am Verfahren verbundenen Aufwendungen nicht durch zusätzliche Risiken beeinträchtigt wird, die in vergaberechtlichen Bestimmungen keine Grundlage finden. Danach können die vom Beklagten in das Verfahren eingeführten Kriterien hier um so weniger Berücksichtigung finden, als sie nicht nachträglich aufgetretene, bei Abfassung der Ausschreibung und der Verdingungsunterlagen nicht erkennbare Umstände betreffen. Daß und in welchem Umfang diese zusätzlichen Kriterien das Bild der jeweiligen Angebote beeinflussen können, hätte der Beklagte bereits bei Anfertigung der Verdingungsunterlagen erkennen können. Das schließt eine Aufhebung der Ausschreibung wegen ihrer unterbliebenen Berücksichtigung bei der Ausschreibung selbst aus (vgl. dazu Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636, 3637 f. = BB 1998, 2259, 2260).

d) Demgegenüber läßt der festgestellte Sachverhalt keine abschließende Entscheidung darüber zu, ob der Beklagte den Kläger von der Teilnahme an der Ausschreibung hätte ausschließen können. Das Bestehen einer Ausschlußmöglichkeit hätte er dem Ersatzverlangen der Klägerin nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegensetzen können, da er auf ihr Gebot dann den Zuschlag auch dann nicht hätte erteilen müssen, wenn es das Annehmbarste gewesen ist. Damit wäre der Anspruch bereits dem

Grunde nach entfallen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 24.4.1997 - VII ZR 106/95, WM 1997, 1583). Daß bei einem berechtigten Ausschluß die Klägerin als Empfängerin des Zuschlags nicht mehr in Betracht gekommen wäre, hätte eine Voraussetzung ihres Ersatzverlangens entfallen lassen.

Zur Begründung seines Ausschließungsrechtes hat der Beklagte geltend gemacht, der Geschäftsführer der Klägerin habe in einem Telefongespräch mit dem zuständigen Mitarbeiter versucht, durch Drohungen auf dessen Entscheidung über die Vergabe des Auftrags und deren Vorbereitung Einfluß zu nehmen. Das Berufungsgericht ist dieser durch die Klägerin bestrittenen Darstellung - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht nachgegangen. Das wird gegebenenfalls nachzuholen sein. Dabei wird das Berufungsgericht allerdings zu beachten haben, daß ein Verstoß gegen § 7 Nr. 5 VOL/A, der zum Ausschluß des Bieters berechtigt, nicht schon dann angenommen werden kann, wenn dieser durch die Androhung rechtlich zulässiger Schritte die Einhaltung des gesetzmäßigen Verfahrens zu erreichen versucht. Zweifel an der

Zuverlässigkeit des Bieters bestehen vielmehr allenfalls dann, wenn dieser über das danach zulässige Verhalten hinaus versucht, durch Zwang oder Drohung in einer von der Rechtsordnung nicht mehr geachteten Weise auf die Vergabeentscheidung Einfluß zu nehmen.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver