

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 109/96

Verkündet am:
8. September 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/A §§ 25, 25 a, 10 a, 17 a

Bei der Vergabeentscheidung gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A darf nach Bejahung der generellen Eignung der in die engere Wahl gekommenen Bieter ein "Mehr an Eignung" eines Bieters nicht als entscheidendes Kriterium für den Zuschlag zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

BGH, Urt. v. 8. September 1998 - X ZR 109/96 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

- 3 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin werden das am 11. Juli 1996 verkündete Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgehoben und auf ihre Berufung das am 22. Januar 1996 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück abgeändert; die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Sache wird wegen der Höhe zur Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Osnabrück zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittel übertragen wird.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

I. Die Beklagte schrieb im Jahre 1991 europaweit im offenen Verfahren die Rohbauarbeiten im Zusammenhang mit der Erweiterung eines Klärwerks aus. Die für die Entscheidung des Rechtsstreits entscheidungserheblichen Textstellen der Bekanntmachung lauten wie folgt:

"11. Mindestbedingungen:

Nachweis des Umsatzes an Bauleistungen in den letzten drei Geschäftsjahren; der in den letzten drei Geschäftsjahren ausgeführten vergleichbaren Bauleistungen mit Angabe des Auftraggebers, der Ausführungsarten und der Ausführungszeit; der verfügbaren technischen Ausrüstung ... Leistungsfähigkeit. Fachkunde.

12. ...

13. Zuschlagskriterien:

Der Zuschlag wird nach § 25 VOB/A auf das Angebot erteilt, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint."

Die Bewerbungsbedingungen enthielten unter Nr. 10 weitere Anforderungen zum Eignungsnachweis, jedoch keine zusätzlichen Hinweise zu den Zuschlagskriterien. Das Auftragsvolumen war mit rund 20 Mio. DM veranschlagt.

Die Klägerin, die sich an dem Wettbewerb unstreitig mit dem preislich niedrigsten Angebot beteiligt hatte, begehrt Schadensersatz, weil die Beklagte den Bauauftrag statt an sie an ein drittes Unternehmen als nächststrangige Bieterin vergeben hat.

Ihre Vergabeentscheidung hat die Beklagte in einem Schreiben vom 19. Februar 1992 zunächst damit begründet, daß die Klägerin bislang nahezu ausschließlich im Hochbau und in geringem Umfang im Brückenbau tätig gewesen sei, dagegen "Klärwerke, Wasserwerke, Behälter u.ä." nicht gebaut habe. Im Laufe des Rechtsstreits hat sie auf die unstreitig langjährigen Erfahrungen der Firma im Klär- und Wasserwerksbau verwiesen. Sie hat weiter geltend gemacht, daß zusätzlich zu dem (angenommenen) Nebenangebot der Firma eine Bauzeitverkürzung um sechs Monate für die Bestimmung des "annehmbarsten Angebots" im Sinne des § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A maßgebend gewesen sei.

II. Die auf Zahlung von 2.114.300,68 DM nebst Zinsen gerichtete Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihr Klagebegehren weiterverfolgt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abänderung des Urteils des Landgerichts. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

I. Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte habe nicht gegen Vergaberegeln verstoßen.

Sie habe ihre Entscheidung zu Lasten der Klägerin nicht schon auf der Stufe der Eignungsprüfung nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A getroffen. Die grundsätzliche Eignung der Klägerin sei unstreitig. Die Beklagte habe aber ihr Angebot in rechtlich nicht zu beanstandender Weise nicht als das annehmbarste im Sinne von § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A gewertet.

Einem öffentlichen Auftraggeber sei es nicht verwehrt, den Gesichtspunkt der "besseren Eignung" eines Bewerbers im Rahmen der nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A auf der letzten Wertungsstufe zu treffenden abschließenden Entscheidung über das "annehmbare" Angebot zu berücksichtigen. Zwar dürfe ein nach positivem Abschluß der Eignungsprüfung in die engere Wahl gekommenes Angebot nicht mit der Begründung zurückgestellt werden, der generell geeignete Bieter sei für die verlangten Arbeiten doch nicht geeignet. Dadurch werde aber nicht die Heranziehung von besonderen anderen Eignungsmerkmalen ausgeschlossen. Die Erfahrung eines Bieters stelle ein Eignungsmerkmal dar. Darin erschöpfe sich ihre Bedeutung jedoch nicht. Denn sie könne für den

Auftraggeber der Garant für die genaue Ausführung von Arbeiten der ausgeschriebenen Art sein. Damit werde sie für den technisch-wirtschaftlichen Aspekt der angebotenen Leistungen von eminenter Wichtigkeit. Von ihr würden die Erwartungen von der technischen Qualität der Leistungen, der Bewältigung unvorhergesehener Probleme und des reibungslosen Ablaufs der Arbeiten entscheidend geprägt. Ihre maßgebliche und häufige Berücksichtigung im Zusammenhang mit einer Auftragserteilung entspreche allgemein der gefestigten Überzeugung im privatrechtlichen Dienstleistungsbereich.

Allerdings seien die von der Beklagten genannten Wertungskriterien "bessere Eignung" und "Ausführungsfristverlängerung" nicht dokumentiert. § 30 VOB/A schreibe seit 1990 die Fertigung eines Vergabevermerks vor, aus dem sich u.a. die Begründung der jeweiligen Einzelentscheidung, also auch der nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A, und die dabei erwogenen Wertungskriterien ergeben müßten. Das sei jedoch im vorliegenden Verfahren unschädlich, weil die Verwendung des Wertungskriteriums "bessere Eignung/größere Erfahrung" unstreitig sei.

II. Der Auffassung des Berufungsgerichts kann, wie die Revision zu Recht rügt, nicht beigetreten werden; denn die Erteilung des Zuschlages an die Firma war wegen Verstoßes gegen § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A regelwidrig. Aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hätte der Zuschlag der Klägerin erteilt werden müssen.

1. Das angefochtene Urteil geht, wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, im Ansatzpunkt zutreffend von den

in höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zur Haftung bei einer öffentlichen Ausschreibung aus. Danach wird zwischen dem Ausschreibenden einerseits und einem interessierten Bieter andererseits spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch diesen ein auf eine mögliche Auftragserteilung gerichtetes vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet (vgl. hierzu die Einzelheiten in den gleichzeitig am 8.9.1998 verkündeten und zur Veröffentlichung vorgesehenen Senatsurteilen X ZR 48/97 unter III. 1. und X ZR 99/96 unter I. 2. sowie BGHZ 120, 281). Bei Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses durch den Ausschreibenden können nach den Grundsätzen einer Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) Schadensersatzansprüche des interessierten Bieters nach vertragsrechtlichen Grundsätzen entstehen. Sie sind auf den Ersatz des Schadens gerichtet, den der Bieter dadurch erlitten hat, daß er darauf vertraut hat, die Ausschreibung werde nach den Vorschriften der VOB/A abgewickelt. Ein daraus abgeleiteter Anspruch ist im allgemeinen auf einen Ersatz des sogenannten negativen Interesses, d.h. auf den Ersatz der durch Beteiligung an der Ausschreibung entstandenen Aufwendungen beschränkt, kann in besonderen Fällen aber auch den Ersatz des sogenannten positiven Interesses, vor allem den durch die Nichterteilung des Auftrages entgangenen Gewinn erfassen (BGHZ 120, 281, 284; Sen.Urt. X ZR 48/97 und X ZR 99/96, aaO).

Da im vorliegenden Rechtsstreit die Beklagte den Zuschlag erteilt und sonach das Ausschreibungsverfahren mit dem Zuschlag seinen Abschluß gefunden hat, durfte die Klägerin darauf vertrauen, daß die Beklagte alle Regelungen des Abschnitts 2 der VOB/A bis hin zur Erteilung des Zu-

schlages regelgerecht handhaben werde. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts folgt, daß die Klägerin in diesem Vertrauen enttäuscht ist. Sie kann deshalb das positive Interesse geltend machen, d.h. vor allem den ihr aus dem Auftrag entgangenen Gewinn, weil das Ausschreibungsverfahren zu einer Erteilung des Zuschlages geführt und nicht - wie in den genannten Rechtsstreitigkeiten X ZR 99/96 und X ZR 48/97 - vorher seinen Abschluß gefunden hat (hierzu a. BGHZ 120, 281, 284).

2. Für die Frage, ob die Vergabeentscheidung der Beklagten im Streitfall regelgerecht ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob bei der Wertung der Angebote im Rahmen des § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A allgemein oder nur unter besonderen Voraussetzungen eine besondere Eignung, d.h. eine langjährige Erfahrung des Bieters, zu seinen Gunsten und damit zwangsläufig zu Lasten anderer Bieter, berücksichtigt werden darf. Es geht sonach darum, ob die Prüfung der Eignung der Bieter gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A in die spätere Prüfungs- und Wertungsphase erneut einfließen darf. Das hat das Berufungsgericht im Anschluß an das Oberlandesgericht München (NJW-RR 1995, 1235) bejaht (ebenso nunmehr VÜA Freistaat Bayern WuW/VergAL 1997, 373 - Erdarbeiten zur Geländeregulierung). Die Frage wird auch in der Literatur kontrovers diskutiert (verneinend etwa Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, HandKomm. z. VOB, 8. Aufl., Rdn. 35 zu § 25 Nr. 2 VOB/A; bejahend hingegen Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., 1996, Rdn. 74 zu § 25 Nr. 3 VOB/A).

Die Revision rügt zu Recht, daß die Beklagte die Eignung der Klägerin zur Ausführung des ausgeschriebenen Vorhabens im Wertungsverfahren nach Maßgabe des § 25 VOB/A zweimal und mit unterschiedlichem Ergebnis berücksichtigt

hat. Zunächst hat das Berufungsgericht die generelle Eignung der Klägerin für die Ausführung des ausgeschriebenen Vorhabens anerkannt. Die Revision macht insoweit keine Rechtsfehler geltend, solche sind auch nicht ersichtlich. Hingegen steht die Auffassung des Berufungsgerichts, das das Kriterium der größeren Erfahrung eines Bieters ohne weiteres im Rahmen der Entscheidung über den Zuschlag für zulässig erachtet, nicht im Einklang mit grundlegenden Wertungsgedanken der VOB/A.

3. a) Zutreffend erachtet das Berufungsgericht den Abschnitt 2 der VOB/A als einschlägig; denn das Vorhaben der Beklagten überschreitet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit einer geschätzten Bausumme von rund 20 Mio. DM den Schwellenwert von 5 Mio. ECU (rd. 10 Mio. DM), den § 1 a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A für die Anwendung der Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Baukoordinierungsrichtlinie (v. 26.07.1971 - 71/305/EWG, geändert durch die RL v. 18.07.1989, 89/440/EWG) als maßgeblich bezeichnet.

Die Beklagte hat vorliegend das offene Verfahren gemäß § 3 a Nr. 1 a VOB/A gewählt. Im Hinblick darauf mußte sie bezüglich der Zuschlagskriterien die einschlägigen Regelungen der VOB/A vor dem Hintergrund der Regelungen der EG-Baukoordinierungsrichtlinie nebst ihrer Änderung beachten.

b) Der Aufbau des § 25 VOB/A spricht schon an sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts; denn nach dem zwingenden Ausschluß von Angeboten gemäß § 25 Nr. 1 VOB/A ist in einem weiteren Prüfungsabschnitt gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A z u n ä c h s t die Eignung der Bieter zu prüfen. In die engere Wahl kommen gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1

VOB/A nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen. Eine besondere Eignung des Bieters oder seine Erfahrung in bezug auf das ausgeschriebene Vorhaben ist hingegen nicht angesprochen. Auch die Regelung des § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A, die die Zuschlagskriterien beschreibt, enthält das Kriterium der Eignung nicht.

Diese Auslegung des § 25 VOB/A ist jedenfalls mit Rücksicht auf die Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (71/305/EWG, ABl. EU 1971 Nr. L 185/5 - BKR), die insoweit durch die Richtlinie des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG (89/440/EWG, ABl. EU 1989 Nr. L 210/1) keine Änderung erfahren hat, geboten. Nach Art. 20 BKR erfolgt der Zuschlag des Auftrags aufgrund der in Kap. 2 des Abschn. IV vorgesehenen Zuschlagskriterien, n a c h d e m die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer, die nicht aufgrund von Art. 23 BKR ausgeschlossen sind, nach den in den Art. 25 bis 28 BKR genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit geprüft haben.

Demgemäß bestimmt Art. 29 Abs. 1 BKR als Kriterium für den Zuschlag entweder ausschließlich den niedrigsten Preis oder - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, z.B. den Preis, die Ausführungsfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, den technischen Wert.

Es liegt auf der Hand, daß die Bieter der Willkür der Vergabestelle ausgeliefert wären, wenn diese nach Abgabe der Angebote im Wertungsverfahren die Zuschlagskriterien beliebig wählen könnte. Schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, zu denen auch die Vorhersehbarkeit, Meßbarkeit und Transparenz staatlichen Handelns gehören, ist es deshalb unabdingbar, daß die Zuschlagskriterien vorher, d.h. bei Anforderung zur Angebotsabgabe, bekanntgemacht werden, damit sich die interessierten Unternehmen hierauf einstellen können. Im übrigen besteht für die Berücksichtigung des von der Beklagten in einem offenen Verfahren herangezogenen Kriteriums eines "Mehr an Eignung" kein Bedürfnis. Wäre ein solches für die Beklagte aus ihrer Sicht - und aus nachvollziehbaren Erwägungen - unverzichtbar gewesen, wäre sie nicht gehindert gewesen, gemäß § 3 a Nr. 3 in Verbindung mit § 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb das nicht offene Verfahren zu wählen. Sie wäre allerdings dann gehindert gewesen, beim Zuschlag ein Mehr an Eignung anzuführen, es sei denn, es hätten sich nach Anforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung eines Bieters ergeben (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Auch dieser Regelungszusammenhang macht deutlich, daß eine klare Trennung der Prüfungsschritte unverzichtbar ist, damit Vergabeentscheidungen objektiv und überprüfbar bleiben.

Dementsprechend ordnet nunmehr § 25 a VOB/A , der zu Beginn des Ausschreibungsverfahrens der Beklagten im Jahre 1991 noch nicht in die VOB/A eingefügt war, wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt, klarstellend an, daß bei der Wertung der Angebote nur Kriterien berücksichtigt werden dürfen, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind. Allerdings bestand für die ausschreibende Stelle schon damals gemäß §§ 10 a, 17 a Nr. 3

Abs. 1 VOB/A Fassung Juli 1990 die Verpflichtung, sachgerechte Kriterien und deren Bedeutung für die Entscheidung über den Zuschlag deutlich zu machen.

Der Senat sieht keine Veranlassung, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit der Problematik zu befassen. Der Senat hält sich mit seiner Auslegung der hier einschlägigen Vorschriften der RL 71/305/EWG auf der vom Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Linie (Slg. EuGH 1988, 4635, 4656-4659 - Beentjes).

III. Den genannten Anforderungen wird die Vergabeentscheidung der Beklagten nicht gerecht; das haben die Vorinstanzen verkannt.

Unter den festgestellten Umständen ist mangels Dokumentation dieses Grundes in dem Vergabevermerk auch nicht ersichtlich, daß die angeblich von der Firma in Verbindung mit einem Nebenangebot zugesagte Bauzeitverkürzung für sich allein die Beklagte veranlaßt hätte, das Angebot der Firma als das annehmbarste zu bewerten. Es ist daher davon auszugehen, daß der Klägerin bei Beachtung der Vergabebestimmungen der Auftrag erteilt worden wäre. Der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz ihres positiven Interesses ist damit gerechtfertigt.

IV. Wegen des Umfangs des Ersatzanspruchs weist der Senat auf die unter II. 1. genannten zwei Entscheidungen vom 8. September 1998 (X ZR 99/96 und X ZR 48/97) sowie auf BGHZ 120, 281 hin, wonach im Falle eines regelwidrig erfolgten Zuschlags der benachteiligte Bieter nicht nur Ersatz seiner Aufwendungen für die Teilnahme an der Ausschreibung, sondern sein positives Interesse, vor allem al-

so auch den ihm entgangenen Gewinn, aus dem Auftrag geltend machen kann.

Der Senat verweist den Rechtsstreit wegen der Höhe gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an das Landgericht zurück (vgl. hierzu BGHZ 16, 71, 82; s.a. BGH, Urt. v. 12.01.1994, NJW-RR 1994, 379).

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen