BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 130/10

Verkündet am:
3. April 2012
Wermes
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Straßenausbau

VOB/A 2006 § 8 Nr. 3, § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 und § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b

a) Zu der Ausschlusssanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, korrespondiert die Verpflichtung der Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen wann abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, darf der Auftraggeber ein Angebot nicht ohne Weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen.

b) Will ein Bieter im Schadensersatzprozess geltend machen, die Verpflichtung, seine vorgesehenen Nachunternehmer schon zum Ende der Angebotsfrist namhaft zu machen oder gar die sie betreffenden Eignungsnachweise bis dahin beizubringen, sei unzumutbar gewesen und habe deshalb unbeachtet bleiben können, muss er die tatsächlichen Umstände darlegen, aus denen sich die Unzumutbarkeit ergeben soll.

BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10 - OLG Naumburg
LG Stendal

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning, Dr. Bacher und Hoffmann sowie die Richterin Schuster

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 30. September 2010 verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte in einem von ihr durchgeführten Vergabeverfahren betreffend den Ausbau einer Kreisstraße das von der Klägerin eingereichte Angebot zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht hat.

2 Zu den Vergabeunterlagen gehörte folgender, dem Formblatt 211 des Vergabehandbuchs VHB 2008 entsprechender Vordruck zur Beibringung von Eignungsnachweisen:

„3 Vorlage von Nachweisen/Angaben durch den Bieter und ggf. Nachunternehmer

3.1 Der Auftraggeber wird ab einer Auftragssumme von 30.000 € für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, zur Bestätigung der Erklärung (Angebotsschreiben Nr. 3) einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister beim Bundesamt für Justiz anfordern.

3.2 Zum Nachweis der Eignung sind vorzulegen:

☒ mit dem Angebot ☐ auf Verlangen der Vergabestelle

folgende Unterlagen nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A

a) ☒ b) ☒ c) ☒ d) ☒ e) ☒ f) ☒

3.3 Folgende sonstige nachweise/Angaben sind vorzulegen:

☒ mit dem Angebot ☐ auf Verlangen der Vergabestelle

gem. Pkt. S.) der Bekanntmachung im Ausschreibungsanzeiger SA

3.4 Präqualifizierte Unternehmen können anstelle der Nachweise nach 3.2 im Angebotsschreiben 213 unter Nr. 4.4 die Nummer angeben, unter der sie in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) eingetragen sind.

3

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

Des Weiteren umfassten die Vergabeunterlagen die Formblätter 233 und 234, auf denen die Vergabestelle durch Ankreuzen entsprechender Kästchen kenntlich machen konnte, ob gegebenenfalls vorgesehene Nachunternehmer bereits bei Angebotsabgabe namhaft gemacht werden sollten. Diese Kästchen waren im Streitfall nicht angekreuzt.

4 Die Klägerin benannte zwar mit dem Angebot ihre vorgesehenen Nachunternehmer, reichte die dazugehörigen Eignungsnachweise aber erst nach Ablauf der Angebotsfrist, im Rahmen eines Bietergesprächs, ein und wurde deshalb bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt.

5 Ihre Klage auf Feststellung, dass die Beklagte ihr den aus der Nichtberücksichtigung ihres Angebots entstandenen Schaden zu ersetzen habe, hatte in erster Instanz Erfolg; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Feststellungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung verneint, das Angebot der Klägerin sei zu Recht von der Wertung ausgeschlossen worden und dazu im Wesentlichen ausgeführt: Der Wille der

Vergabestelle, die Eignungsnachweise der eventuell vorgesehenen Nachunternehmer bis zum Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt zu bekommen, sei nach den gesamten Umständen klar zum Ausdruck gebracht worden und hätte von der Klägerin beachtet werden müssen. Da die Klägerin somit geforderte Erklärungen nicht abgegeben habe, sei ihr Angebot zu Recht ausgeschlossen worden. Jedenfalls bei Bauvorhaben der hier in Rede stehenden Größenordnung sei das Ansinnen der Vergabestelle, die Eignungsweise für die eventuell vorgesehenen Nachunternehmer schon mit der Einreichung des Angebots übermittelt zu bekommen, in der Regel auch nicht unzumutbar. Allein die Möglichkeit, dass die Interessenlage eine andere sein könne, wie der Bundesgerichtshof sie in seiner Entscheidung vom 10. Juni 2008 (X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782 - Nachunternehmererklärung) dargestellt habe, rechtfertige es allein nicht, von dem Wortlaut der Vergabeunterlagen abzuweichen, für den die Vergabestelle sich entschieden habe.

8 II. Dagegen wendet die Klägerin sich mit Erfolg.

9 1. a) Das Berufungsgericht ist zwar im Ausgangspunkt zutreffend davonausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 und § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A in der auch im Streitfall anzuwendenden Fassung Angebote, die unvollständig waren, weil sie geforderte Erklärungen nicht enthielten, regelmäßig ohne Weiteres von der Wertung auszuschließen waren (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - X ZR 243/05, NZBau 2005, 594 mwN; Urteil vom 18. September 2007 - X ZR 89/04, VergabeR 2008, 69). Es entspricht aber - und zwar gerade mit Blick auf die Ausschlusssanktion für die Abgabe unvollständiger Angebote - ebenso der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass aus den Vergabeunterlagen für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen muss, welche Erklärungen von ihnen verlangt werden (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - X ZR 78/07,

VergabeR 2008, 782 Rn. 10 - Nachunternehmererklärung). Die Vergabestellen trifft insoweit die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden.

10 b) Dafür, ob die in vorformulierten Vergabeunterlagen vorgesehenen Erklärungen diesen Anforderungen genügen, ist der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64; BGH, VergabeR 2008, 782 Rn. 10). Die diesbezügliche Würdigung durch den Tatrichter unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Denn vorformulierte Angebotsunterlagen wie die im Formblatt 211 enthaltenen sind allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbar, deren Revisibilität in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, BGHZ 163, 321; Urteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09, NJW 2010, 2877 ff.). Sie unterscheiden sich von Letzteren nur in dem für die Entscheidung des Streitfalls unerheblichen Gesichtspunkt, dass mit allgemeinen Geschäftsbedingungen die vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner nach Vertragsschluss gestaltet werden, während vorformulierte Bedingungen für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren wie im Formblatt 211 die Konditionen festlegen, unter denen die Bieter sich an den mehr oder minder streng formalisierten, zum Zwecke des Vertragsschlusses geführten Vergabeverfahren (offenes, nicht offenes Verfahren bzw. Verhandlungsverfahren, öffentliche, beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe) beteiligen können.

11 2. Wird in den Vergabeunterlagen nicht mit der gebotenen Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass eine bestimmte Erklärung vom Bieter schon bis zum Ablauf der Angebotsfrist beizubringen ist, darf die Vergabestelle ein Angebot, in dem diese Erklärung fehlt, nicht ohne Weiteres ausschließen. Vielmehr

muss sie dem betreffenden Bieter Gelegenheit geben, die Erklärung nachzureichen. Kommt sie dieser Obliegenheit nicht nach und erteilt sie einem anderen Bewerber den Zuschlag, macht sie sich gegenüber dem ausgeschlossenen Bieter schadensersatzpflichtig, wenn eigentlich ihm der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

12 3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hätte die Beklagte das Angebot der Klägerin nicht ohne Weiteres ausschließen dürfen.

13 a) Den Vergabeunterlagen ist nicht mit der gebotenen Deutlichkeit zu entnehmen, was den Bietern in Bezug auf die die Nachunternehmer betreffenden Eignungsnachweise obliegt. Der Text zu Nr. 3 des Formblatts 211 ist infolge der sprachlichen Verkürzung, in der er gefasst ist, vielmehr mehrdeutig und missverständlich und dieser Mangel kann auch nicht im Wege der Auslegung durch die Bieter behoben werden. Seinem Wortsinn nach, infolge der Verwendung der Präposition "durch" und der Konjunktion "und" ("Vorlage ... durch den Bieter und ggf. Nachunternehmer"), müssten die Nachunternehmer selbst die sie betreffenden Eignungsnachweise beibringen. Es mag zwar sein, dass die Klausel, so verstanden, einem durchschnittlichen Bieter ungewöhnlich vorkommen wird. Das führt aber nicht zu einem eindeutigen Verständnis der Vergabeunterlagen und rechtfertigt nicht die Annahme des Berufungsgerichts, dass der durchschnittliche Bieter darüber im Bilde war, was von ihm verlangt war. Das Formular kann ebenso gut dahin verstanden werden, dass die eigenen Pflichten des Bieters sich darin erschöpfen, die Nachunternehmer aufzufordern, die geforderten Eignungsnachweise einzureichen, was im Übrigen umso näher liegt, als der Bieter, um diese Anforderung zu erfüllen, ohnehin auf die Kooperation der Nachunternehmer angewiesen ist.

14 Überdies steht dem Verständnis, das die Vergabestelle der Klausel beigelegt wissen möchte, nämlich dass jeder Bieter für jeden einzelnen vorgesehenen Nachunternehmer die Eignungsnachweise nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. a bis f VOB/A 2006 mit dem Angebot einreichen sollte, die Verwendung des Adverbs "gegebenenfalls" ("ggf.") entgegen. Der Text zu Nr. 3 des Vordrucks 211 mag so verstanden werden können, dass der Bieter, sofern er einen Nachunternehmereinsatz beabsichtigt, die diese Unternehmen betreffenden Eignungsnachweise (mit dem Angebot) beizubringen hat. Ebenso gut, insbesondere in Anbetracht des unklaren Sprachgebrauchs, kann aus Bietersicht aber, wie schon das Landgericht gemeint hat, gefordert sein, dass diese Nachweise nur unter weiteren Umständen, zumindest erst auf weitere Anforderung durch die Vergabestelle eingereicht werden müssen. Das gilt umso mehr, als dieses Verständnis der Vergabeunterlagen, auf dessen Grundlage das Angebot der Klägerin nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen, durch den weiteren Inhalt der Vergabeunterlagen, und zwar der Formblätter 233 und 234, gestützt wird. Die Vergabeunterlagen bilden eine Einheit und das Verständnis, das die Adressaten sich von bestimmten Passagen bilden, kann vom Erklärungsgehalt anderer, sachlich damit zusammenhängender Teile beeinflusst werden. So verhält es sich hier. So, wie der Erklärungsgehalt der Formblätter 233 und 234 sich aus der Sicht der Bieter darstellte, waren diese schon nicht aufgefordert, bei Angebotsabgabe anzugeben, ob sie überhaupt Nachunternehmer einzusetzen beabsichtigten. Wenn die Nachunternehmer schon nicht namentlich benannt werden mussten, lag es fern, Formblatt 211 so zu verstehen, dass gleichwohl die sie betreffenden Eignungsnachweise mit dem Angebot einzureichen waren. Dies konnte vielmehr die Bieter nur in der Annahme bestärken, dass die Eignungsnachweise erst auf nachträgliche Anforderung einzureichen waren.

15 b) Der Hinweis des Berufungsgerichts, selbst die Klägerin habe nicht angenommen, dass die Nachunternehmer nicht mit dem Angebot benannt werden

mussten, ist nicht stichhaltig. Dass die Klägerin die von ihr vorgesehenen Nachunternehmer in den Angebotsunterlagen namentlich benannt hat, obwohl das nach dem Erklärungsgehalt der Formblätter 233 und 234 für diesen Zeitpunkt noch nicht gefordert war, zeigt allenfalls, dass in sich widersprüchliche Vergabeunterlagen widersprüchliches Bieterverhalten nach sich ziehen können. Tragfähige Schlussfolgerungen dazu, welchen objektiven Erklärungsgehalt die Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit haben, lassen sich daraus nicht ziehen.

16 4. Danach kommt es nicht auf den Einwand der Klägerin an, sie habe auch deshalb nicht ausgeschlossen werden dürfen, weil die Forderung, die Eignungsnachweise nach § 8 Nr. 3 Buchst. a bis f VOB/A 2006 für sämtliche vorgesehenen Nachunternehmer schon mit dem Angebot einzureichen, eine unzumutbare Belastung darstelle. Dazu sind jedoch folgende Bemerkungen angezeigt.

17 a) Das Berufungsgericht hat bei Einnahme seines gegenteiligen Standpunkts die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs missverstanden. Es vertritt nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe die Auffassung, dass, wenn die Beibringung der Nachweise zu diesem frühen Zeitpunkt in den Vergabeunterlagen mit eindeutigem Wortlaut gefordert wird, entgegenstehende, die Frage der Zumutbarkeit dieser Forderung betreffende Interessen der Bieter ohnehin nicht berücksichtigt werden könnten. Das ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und wird durch diese auch nicht nahegelegt. Vielmehr hat der Senat zu früheren Fassungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen entschieden, dass Angebote von Bietern auszuschließen waren, wenn in den Vergabeunterlagen geforderte Angaben, die zu machen den Bieter nicht unzumutbar belastete, nicht in den Angebotsunterlagen enthalten waren (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003 - X ZR 43/02, BGHZ 154, 32, 43). Daraus folgt im Gegenschluss, dass der öffentliche Auftraggeber nicht be-

rechtigt war, ein Angebot aus der Wertung zu nehmen, wenn der Bieter eine Anforderung nicht erfüllt hatte, die diesen unzumutbar belastete. Für diese Rechtsfolge kann es naturgemäß nicht darauf ankommen, ob diese Anforderung in den Vergabeunterlagen mit eindeutigem Wortlaut gestellt worden ist oder nicht. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Juni 2008 (X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782 Rn. 14 - Nachunternehmererklärung), das das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang erörtert. Dort war den Vergabeunterlagen bereits bei interessengerechter Auslegung ein Inhalt beizulegen, der nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Bieter führte. Für die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass unzumutbare Anforderungen bei klarem Wortlaut hingenommen werden müssen, bietet die Entscheidung indes keine Anhaltspunkte.

18 b) Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 10. Juni 2008 ausgeführt, dass es die Bieter unzumutbar belasten "kann", wenn den Bietern durch die Vergabeunterlagen ein unverhältnismäßiger Erklärungsaufwand bereitet wird (aaO Rn. 14). Dementsprechend ist die Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit von diesbezüglichen Anforderungen in den Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen zu beurteilen. Das Unternehmen, das Unzumutbarkeit geltend macht, muss die dafür maßgeblichen Umstände dartun. Die Interessenlage kann durchaus unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem, ob es sich um ein vergleichsweise kleines Bauvorhaben mit einem voraussichtlich überschaubaren Bieterkreis handelt, bei dem für den Einsatz von Nachunternehmern nach Art der zu erbringenden Leistung außerdem möglicherweise ohnehin nur beschränkter Raum ist, oder um ein größeres oder großes Bauvorhaben, bei dem die Bewerber erfahrungsgemäß umfänglich Nachunternehmer einsetzen werden. Handelt es sich um einen Fall der letzteren Art, kann es eher unzumutbar sein, wenn jeder Bieter für jeden Nachunternehmer schon mit dem Angebot unter Umständen umfangreiche Eignungsnachweise beibringen muss,

wofür er zudem auf die zeitnahe Kooperation seitens dieser Unternehmen angewiesen ist. Wenn es, wie der Senat im Urteil vom 10. Juni 2008 zum Ausdruck gebracht hat (aaO Rn. 14), schon eine unzumutbare Belastung darstellen kann, wenn alle Bieter mit dem Angebot sämtliche Nachunternehmer namentlich benennen müssen, gilt dies umso mehr für eine formularmäßige Klausel, die es dem Auftraggeber erlaubt, durch bloßes Ankreuzen - zudem als erste angebotene Alternative - zu bestimmen, dass alle Bieter sogar die Eignungsnachweise für alle vorgesehenen Nachunternehmer bereits mit dem Angebot beibringen sollen.

19 5. Nach allem wird das Berufungsgericht im wiedereröffneten Berufungsrechtszug der nach seiner bisherigen Rechtsauffassung konsequenterweise offen gelassenen Frage nachzugehen haben, ob der Klägerin, wie diese geltend macht, der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

Meier-Beck Gröning Bacher

Hoffmann Schuster

Vorinstanzen:
LG Stendal, Entscheidung vom 30.04.2010 - 21 O 144/09 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 30.09.2010 - 1 U 50/10 -