BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 282/02

Verkündet am:
16. Dezember 2003
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

VOB/A § 26; VOL/A § 26; BGB § 276 Fc

a) Wird eine Ausschreibung aufgehoben, ohne daß einer der in § 26 VOB/A, § 26 VOL/A genannten Gründe vorliegt, so setzt der auf Ersatz auch des entgangenen Gewinns gerichtete Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo nicht nur voraus, daß dem Bieter bei Fortsetzung des Verfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgegeben hat; er setzt vielmehr darüber hinaus auch voraus, daß der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt worden ist.

b) Nimmt die öffentliche Hand von der Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags Abstand und bleibt sie bei der vor der Ausschreibung praktizierten Art des Betriebs eines Gebäudes oder des zu seinem Betrieb erforderlichen Leistungsbezugs, ohne daß dieser von der Ausschreibung miterfaßt worden ist, liegt bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Fortsetzung oder Wiederaufnahme der vor der Ausschreibung geübten Praxis keine zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtende Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags.

BGH, Urt. v. 16. Dezember 2003 - X ZR 282/02 - Kammergericht
LG Berlin

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts vom 27. August 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von der beklagten Bundesrepublik Deutschland (nachfolgend Beklagte) Schadensersatz wegen der Aufhebung einer Ausschreibung und der nachfolgenden Auftragserteilung an einen mitbietenden Konkurrenten.

Die Klägerin betreibt unter anderem Anlagen zur dezentralen Energiegewinnung. Die Beklagte betreibt auf dem Grundstück S. in

B. ein Bundeswehrkrankenhaus, das zuvor zunächst von der Volkspolizei und danach als Lazarett des Ministeriums für Abrüstung und Verteidigung der vormaligen DDR genutzt wurde. Nachdem zunächst unklar war, ob das Grundstück der Bundesrepublik Deutschland oder dem Land B. vermögensrechtlich zuzuordnen war, hat die Oberfinanzdirektion B. am 3. April 1998 das Grundstück als Verwaltungsvermögen der Bundesrepublik Deutschland zugeordnet. Die Versorgung des Bundeswehrkrankenhauses mit Elektrizität und Wärme erfolgte durch die BE. . Die Versorgung des Krankenhauses mit Kälte wurde von der Beklagten in Eigenleistung erbracht.

Noch während der laufenden Auseinandersetzung um die vermögensrechtliche Zuordnung des Grundstücks ließ das Bundesministerium der Verteidigung durch das Bundesbauamt B. III die Errichtung einer Technikzentrale als Blockheizkraftwerk zur Versorgung des Krankenhauses mit Wärme, Strom und Kälte in einem nichtoffenen Verfahren parallel als Generalunternehmerleistung für den betriebsfertigen Bau einer Technikzentrale mit den genannten Leistungen (Bekanntmachung der Ausschreibung Teil A) und als Betreiberleistungen zur Lieferung der genannten Energie (Betreibermodell, Laufzeit 20 Jahre, Bekanntmachung der Ausschreibung Teil B) ausschreiben. Daneben waren andere Varianten sowie Nebenangebote - von den Parteien als "Teil C" der Ausschreibung bezeichnet - ausdrücklich zugelassen (Amtsblatt von Berlin Nr. 63, Seite 4972). Auf die Ausschreibung gab auch die BE. ein Nebenangebot ab, das die Versorgung mit Strom aus dem B. Mittelspannungsnetz, mit Fernwärme aus dem Netz B. -Mitte und mit Kälte aus drei Kälteaggregaten vorsah und die Kosten für die Errichtung der Energieversorgungsanlage mit 5 bis 10 Millionen DM angab. Nach Ablauf der Ausschreibungsfrist erklärte die BE. in einem Schreiben vom 15. Mai 1996 gegenüber der Wehrbereichsverwaltung, daß nicht wie in ihrem Angebot 5 bis 10 Millionen DM zu-

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

sätzlich zu den Energiepreisen für die Errichtung der Technikzentrale verlangt würden, sondern dieser Betrag in den Energiepreisen "mitkalkuliert" sei.

Die Auswertung der Angebote ergab, daß das Angebot der Klägerin in Teil B, Version 2, das wirtschaftlichste war, so daß die Vergabestelle der Wehrbereichsverwaltung vorschlug, der Klägerin auf dieses Angebot den Zuschlag zu erteilen. Die Einbeziehung des Schreibens der BE. vom 15. Mai 1996 lehnte die Vergabestelle ab, weil sie darin ein unzulässiges Nachverhandeln im Sinne von § 24 Nr. 2 VOL/A sah. Die Wehrbereichsverwaltung erteilte den Zuschlag nicht, sondern teilte der Klägerin mit Schreiben vom 11. September 1996 die Aufhebung der Ausschreibung mit.

Die Klägerin hat bei der Vergabeprüfstelle des Bundes die Überprüfung der Aufhebung der Ausschreibung beantragt. Die Vergabeprüfstelle hielt die Aufhebung der Ausschreibung für rechtmäßig. Auf Beschwerde der Klägerin hat der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes mit Beschluß vom 14. April 1997 - 1 VÜ 27/96 - festgestellt, daß die Entscheidung der Vergabeprüfstelle rechtswidrig war.

Am 9. Januar 1997 hat die Beklagte einen Vertrag zur Versorgung des Bundeswehrkrankenhauses mit Elektroenergie und Wärme mit der BE. abgeschlossen, der durch eine Vereinbarung vom 23. Januar 1998 ergänzt wurde. Am 17. September 1998 hat die Beklagte einen mit dem genannten Versorgungsvertrag im wesentlichen identischen Vertrag mit der BE. abgeschlossen. Die Versorgung des Krankenhauses mit Kälte führt die Beklage in Eigenleistung durch, wofür sie Elektroenergie von der BE. bezieht.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die von der Beklagten nach Aufhebung der Ausschreibung mit der BE. geschlossenen Verträge entsprächen einer der Varianten der Ausschreibung. Deshalb stehe ihr - der Klägerin - Schadensersatz zu, der auch den Ersatz entgangenen Gewinns umfasse.

Das Landgericht hat den Klageanträgen im Umfang der eingetretenen Entscheidungsreife durch Teilurteil entsprochen. Die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin ist der Revision entgegengetreten.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, daß mit der Ausschreibung und der Beteiligung des Bieters am Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande kommt, das die Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo auslösen kann (BGHZ 120, 281; Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661; Sen.Urt. v. 16.10.2001 - X ZR 100/99, ZfBR 2002, 184 m.w.N.). Diese Ersatzpflicht findet ihren Grund in der Verletzung des Vertrauens der Bieter darauf, daß das Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vorschriften des

Vergaberechts abgewickelt wird und dementsprechend regelmäßig mit der Erteilung des Zuschlags an einen der Teilnehmer an dem Verfahren endet.

Das Berufungsgericht ist weiter in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, daß Schadensersatzansprüche des sich an einer Ausschreibung beteiligenden Bieters aus culpa in contrahendo auch dann in Betracht kommen, wenn die öffentliche Hand eine Ausschreibung aufhebt, ohne daß einer der in § 26 VOB/A oder § 26 VOL/A genannten Aufhebungsgründe vorliegt (BGHZ 139, 259, 261; 139, 280, 283). Nach dieser Rechtsprechung steht dem Bieter, der bei Fortsetzung des Verfahrens und Vergabe des Auftrags den Zuschlag erhalten hätte, grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz der mit der Teilnahme am Verfahren verbundenen Aufwendungen zu (Ersatz des negativen Interesses). Demgegenüber setzt der weitergehende Anspruch auf Ersatz auch des entgangenen Gewinns nicht nur voraus, daß dem Bieter bei Fortsetzung des Verfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgegeben hat; er setzt darüber hinaus vielmehr auch voraus, daß der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt worden ist (BGHZ 139, 259, 268; 139, 280, 284). Dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Auch der weitere Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig war, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Wie der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes mit Beschluß vom 14. April 1997 festgestellt hat, lag ein Aufhebungsgrund im Sinne der § 26 VOB/A, § 26 VOL/A nicht vor. Die Revision zieht dies nicht in Zweifel; auch insoweit tritt ein Rechtsfehler nicht zutage.

II. Demgegenüber sind die weiteren Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz des entgangenen Gewinns bejaht hat, nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der von der Beklagten mit der BE. nach Aufhebung der Ausschreibung abgeschlossene Versorgungsvertrag sei aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils mit einer der ausgeschriebenen Varianten der Energieversorgung für das Bundeswehrkrankenhaus bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung identisch. Da die Klägerin im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens das annehmbarste Angebot abgegeben habe, hätte sie den Zuschlag erhalten müssen. Der Klägerin stehe daher Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses zu.

2. Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts den von den Vorinstanzen gezogenen Schluß, die von der Beklagten nach der Aufhebung der Ausschreibung geschlossenen Versorgungsverträge beträfen bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise den gleichen Auftragsgegenstand wie die ausgeschriebenen Leistungen, nicht tragen.

a) Dem Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt darin beizupflichten, daß zur Beurteilung der Frage, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Aufhebung der Ausschreibung unter Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften an einen anderen Auftragnehmer - sei es auf der Grundlage einer neuen Ausschreibung oder freihändig - vergeben worden sind, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten ist (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640 unter II, 2 der Gründe, insoweit in BGHZ 139, 280 nicht abgedruckt). Auf dieser Grundlage sind die *ausgeschriebenen* und die *tatsächlich in Auftrag ge-*

gebenen Leistungen zu vergleichen, nicht dagegen die vor der Ausschreibung bestehenden Verhältnisse mit denen, die sich durch die Auftragsvergabe ergeben. Denn der Bieter wird in dem Vertrauen geschützt, daß der *ausgeschriebene* Auftrag nach den Regelungen des Vergaberechts vergeben wird. Nimmt die öffentliche Hand von der Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags Abstand und bleibt sie bei der vor der Ausschreibung praktizierten Art des Betriebs eines Gebäudes oder des zu seinem Betrieb erforderlichen Leistungsbezugs, ohne daß dieser von der Ausschreibung miterfaßt worden ist, dann liegt bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der bloßen Fortsetzung oder Wiederaufnahme der vor der Ausschreibung geübten Praxis keine zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtende Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen, sondern die - möglicherweise vergaberechtswidrige - Erteilung eines anderen als des ausgeschriebenen Auftrags. Wie der Senat bereits ausgesprochen hat, ist mit der Ausschreibung kein Kontrahierungszwang verbunden. Den Vorschriften der VOB kann in gleicher Weise wie den Vorschriften der VOL weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Regelungszusammenhang ein allgemeiner Anspruch auf Erteilung des Zuschlags in allen Fällen, in denen ein Aufhebungsgrund nach § 26 VOB/A, § 26 VOL/A nicht gegeben ist, entnommen werden (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640 unter II, 1 der Gründe). Die öffentliche Hand ist daher nicht gehalten, den Betrieb eines Gebäudes und/oder den Bezug der zu seinem Betrieb erforderlichen Leistungen in der bis zur Ausschreibung geübten Praxis einzustellen, um Schadensersatzansprüche auf das positive Interesse zu vermeiden, wenn und solange die bis zur Ausschreibung geübte Praxis nicht zum Gegenstand der Ausschreibung und der auf sie abzugebenden Gebote, zu denen auch Nebenangebote rechnen, gemacht worden ist.

b) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsurteil nach diesen Maßstäben keinen Bestand haben kann.

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß Gegenstand der von der Beklagten mit der BE. nach Aufhebung der Ausschreibung geschlossenen Verträge die einheitliche Versorgung des Bundeswehrkrankenhauses mit elektrischer Energie, Fernwärme und Kälte ist. Es hat lediglich unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Urteil des Landgerichts gemeint, der Vertragsgegenstand sei mit der Ausschreibung identisch, wobei das Landgericht davon ausgegangen ist, daß die Beklagte von der BE. lediglich mit Fernwärme und elektrischer Energie versorgt wird und der Bezug von Elektroenergie auch dazu dient, mit Hilfe der bereits vor der Ausschreibung vorhandenen Aggregate Kälte in Eigenleistung zu erzeugen. Dabei hat das Landgericht dem Umstand, daß die Beklagte das Krankenhaus mit Hilfe der vorhandenen Aggregate die Kälteversorgung in Eigenregie erbringt und es damit bei der vor der Ausschreibung geübten Praxis verblieben ist, ausdrücklich keine Bedeutung für die Entscheidung der Frage beigemessen, ob die nach Aufhebung der Ausschreibung mit der BE. geschlossenen Verträge den gleichen Auftrag betreffen wie die ausgeschriebenen Leistungen. Das Landgericht hat zwar zu der Frage Beweis erhoben, ob die von der Beklagten mit der BE. geschlossenen Verträge inhaltlich das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betreffen wie die Ausschreibung; nach seinem Beweisbeschluß sollte der Sachverständige jedoch unberücksichtigt lassen, daß in der Ausschreibung die Belieferung des Krankenhauses auch mit Kälte vorgesehen ist, diese jedoch gegenwärtig von der Beklagten selbst erzeugt wird. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt, indem es einerseits davon ausgegangen ist, daß Gegenstand der Ausschreibung die Versorgung des Bundeswehrkrankenhauses mit Wärme, Elektroenergie *und* Kälte gewesen sei, und dem ohne weiteres den Bezug von Wärme und

Elektroenergie von Dritten und die Erzeugung von Kälte mit Hilfe der vorhandenen Aggregate in Eigenleistung nach der bis zur Ausschreibung geübten Praxis der Beklagten gleichgestellt hat.

Damit fehlt dem vom Berufungsgericht gezogenen Schluß, der nach Aufhebung der Ausschreibung erteilte Auftrag entspreche auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem ausgeschriebenen Auftrag, die tatsächliche Grundlage. Die Klägerin macht zwar zu Recht geltend, daß der Wortlaut der Bekanntmachung der Ausschreibung die Annahme nahelegen kann, daß der Abgabe von Nebenangeboten erheblicher Raum eingeräumt worden sei, so daß auch die Abgabe von Nebenangeboten von der Ausschreibung zugelassen worden sein könnte, die eine Fortsetzung der Energiebelieferung nach der bis zur Ausschreibung geübten Praxis zum Gegenstand haben. Solange jedoch nicht anhand der Ausschreibungsunterlagen festgestellt ist, welche Art von Nebenangeboten zugelassen war und daß auch Nebenangebote abgegeben werden konnten, die die Belieferung des Bundeswehrkrankenhauses nach Art und Umfang der bis zur Ausschreibung geübten Praxis zum Gegenstand haben, kann die Fortsetzung der bis zur Ausschreibung geübten Praxis des Leistungsbezugs nach Aufhebung der Ausschreibung nicht ohne weiteres als Erteilung eines bei wirtschaftlicher Betrachtung der Ausschreibung entsprechenden Auftrags gewertet werden.

Mangels der danach erforderlichen Feststellungen zum Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung ist für das Revisionsverfahren das - bestrittene - Vorbringen der Beklagten zugrunde zu legen, daß Gegenstand der Ausschreibung auch bezüglich anderer Varianten und Nebenangebote (von den Parteien als "Teil C" der Ausschreibung bezeichnet) nicht die weitere Belieferung des Bundeswehrkrankenhauses mit Elektroenergie und Wärme nach der bis zur

Ausschreibung geübten Praxis war, sondern die einheitliche Belieferung mit Elektroenergie, Wärme und Kälte, wobei diese Leistungen zum Betrieb des Krankenhauses "gebrauchsfertig" an der Gebäudegrenze in das Verteilersystem der Liegenschaft einzuspeisen waren. Hatte die Ausschreibung einen solchen Inhalt, dann entspricht der nach der Aufhebung der Ausschreibung erteilte Auftrag nicht dem ausgeschriebenen Auftrag, so daß der Klägerin zwar Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses zustehen können, nicht jedoch Ansprüche auf Schadensersatz unter Einbeziehung des entgangenen Gewinns (positives Interesse).

III. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich. Der Rechtsstreit ist daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird anhand der Ausschreibungsunterlagen und gegebenenfalls ergänzendem Sachvortrag der Parteien die Frage zu prüfen haben, mit welchem Inhalt Nebenangebote nach den von den Parteien als "Teil C" der Ausschreibung bezeichneten Unterlagen der Ausschreibung zugelassen waren. Sollte sich ergeben, daß die Ausschreibung den von der Klägerin behaupteten Inhalt hatte und Nebenangebote zugelassen hat, die die Belieferung des Bundeswehrkrankenhauses auf der Grundlage der bis zur Ausschreibung geübten Praxis zum Gegenstand haben - Lieferung von Wärme und Energie ohne Lieferung von Kälte und ohne Errichtung oder Betrieb einer Technikzentrale - wird weiter zu prüfen sein, ob der Klägerin auch unter dieser Voraussetzung als günstigster Bieterin der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Sollte sich in dem erneuten Berufungsverfahren ergeben, daß der der BE. nach Aufhebung der Ausschreibung erteilte Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung nicht den ausgeschriebenen Leistungen entsprochen hat, wird den Parteien Gelegenheit zu geben sein, zu dem hilfsweise geltend

gemachten Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ergänzend vorzutragen.

Melullis Keukenschrijver Mühlens

Meier-Beck Asendorf