

scheidung ausschlaggebende Bedeutung. Als das annehmbarste Angebot, auf das nach § 25 Abs. 3 Satz 2 VOB/A der Zuschlag erteilt werden soll, ist in einem solchen Fall das Gebot mit dem niedrigsten Angebotspreis anzusehen.

c) VOB/A § 22 Abs. 4

Unterläßt der Ausschreibende eine nach § 22 Abs. 4 VOB/A gebotene Protokollierung, ist es ihm im Verhältnis zu den Bietern verwehrt, sich auf die Unvollständigkeit des Protokolls zu berufen, wenn er diese nicht beweisen kann.

BGH, Urt. v. 26. Oktober 1999 - X ZR 30/98 - OLG Düsseldorf

LG Kleve

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Dezember 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, ein Bauunternehmen, nimmt die Beklagte, eine Stiftung, mit der Begründung auf Ersatz des ihr entgangenen Gewinns in Anspruch, die Beklagte habe den Zuschlag für ein von ihr ausgeschriebenes Bauvorhaben unter Verletzung der Regelungen der VOB/A nicht der Klägerin, sondern einem anderen Unternehmen erteilt.

- 4 -

Im Jahre 1990 plante die Beklagte die Neuerrichtung eines Altenheims und einer Tiefgarage und leitete die Ausschreibung für die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für dieses Vorhaben im Oktober 1990 ein. Der die Ausschreibung für die Beklagte betreuende Architekt P. teilte jedenfalls einigen der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren mit, daß einzelne Gewerke, bei denen sich die Beklagte eine anderweitige Vergabe vorbehalten wollte, nicht in die Gebote einbezogen werden sollten. Ob die übrigen hiervon zumindest mündlich unterrichtet wurden, ist zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin macht geltend, ihr sei eine Information über die Beschränkung des Ausschreibungsgegenstandes nicht zugegangen.

Aufgrund der Ausschreibung reichte die Klägerin ein Angebot für alle dort genannten Gewerke ein, das mit einem Gesamtpreis von 2.825.642,99 DM endete. Das diesem Gebot am nächsten kommende Angebot eines Wettbewerbers schloß bei gleichem Leistungsumfang mit einem Gesamtpreis von 2.960.246,88 DM. Beide Gebote schlossen die gestrichenen Gewerke ein.

Nach der Eröffnung der Angebote rechnete der für die Beklagte tätige Architekt P. aus beiden die Kosten für die infolge der Beschränkung des Auftrags gestrichenen Gewerke heraus und ermittelte so einen Preis von 2.544.348,19 DM für das Angebot der Klägerin, den er später auf 2.521.869,72 DM korrigierte. Für das diesem am nächsten gekommene Angebot des Wettbewerbers, der Firma B., ermittelte er einen Schlußpreis von 2.515.339,71 DM. Dabei hat er zwei von diesem Bieter genannte Preisnachlässe berücksichtigt, von denen zwischen den Beteiligten unter anderem streitig ist, ob ihr Angebot bereits im Eröffnungstermin vorgelegen hat.



Die Klägerin ist der Meinung, der Zuschlag habe ihr als dem Anbieter mit dem niedrigsten Preis erteilt werden müssen, da ihr Angebot ohne die Streichungen, die unzulässig gewesen seien, das annehmbarste dargestellt habe. Von der Beklagten verlangt sie Ersatz des ihr entgangenen Gewinns, den sie mit 238.928,94 DM beziffert.

Das Landgericht hat die auf diesen Betrag nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Diese Entscheidung ist auf die Revision der Beklagten durch Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 24. April 1997 - VII ZR 106/95 (BB 1997, 1608 = NJW-RR 1997, 1106 = WM 1997, 1583) aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Im erneuten Berufungsrechtszug hat die Klägerin unstreitig gestellt, daß bei einer Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens inhaltlich die gleichen Gebote abgegeben worden wären. Nach erneuter Verhandlung hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren Revision, mit der sie die Wiederherstellung des ersten Berufungsurteils anstrebt. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

#### Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Beklagte zwar die von ihr im Ausschreibungsverfahren zu beachtende Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter verletzt hat, indem sie diese nicht alle gleichermaßen über die Änderung des Vergabeumfangs informiert hat. Wegen dieses Verstoßes sei sie jedoch der Klägerin gleichwohl nicht zum Ersatz verpflichtet, da hierdurch deren Rechtsstellung nicht berührt werde. Nach ihrem Vorbringen hätten weder sie noch die übrigen von der Änderung nicht informierten Mitbieter Gebote mit anderen Preisen abgegeben, so daß sich bei einer Wiederholung der Ausschreibung die gleichen Entscheidungsgrundlagen für die Beklagte ergeben hätten, wie sie tatsächlich gegeben gewesen seien. Bei dieser Sachlage habe die Beklagte bereits das Angebot des Wettbewerbers der Klägerin, dem der Zuschlag erteilt worden sei, als das annehmbarste ansehen dürfen. Bei dieser Bewertung ist das Berufungsgericht von der durch den Architekten P. ermittelten Angebotssumme ausgegangen, den es im Falle der Klägerin um den Preis für die Position Los 2 Gewerk 010 (7.307,30 DM) gemindert hat, der nach Darstellung der Klägerin ebenfalls aus ihrem Angebot hätte herausgerechnet werden müssen. Den so ermittelten Gesamtpreis von 2.514.565,42 DM hat es dem des mit dem Auftrag bedachten Wettbewerbers gegenübergestellt, der nach der vom Berufungsgericht übernommenen Ermittlung des Architekten P. auf 2.515.339,71 DM korrigiert worden ist. Dabei hat es in Übereinstimmung mit dem Architekten P. die beiden von dem Wettbewerber der Klägerin angebotenen Rabatte von 3 % und 2,5 % mit der Begründung berücksichtigt, daß die Klägerin mit ihrer Behauptung, diese Angebote hätten beim Eröffnungstermin nicht vorgelegen, ihre Darstellung nicht bewiesen habe.

Angesichts der mithin allenfalls geringen Preisdifferenz habe die Beklagte auch dem geringfügig teureren Angebot des Wettbewerbers der Klägerin den Zuschlag geben dürfen. Die VOB/A verlange nicht, daß dieser jeweils auf den niedrigsten Preis erteilt werden müsse. Der Ausschreibende dürfe das Angebot auswählen, das ihm im Rahmen des ihm durch die VOB belassenen Wertungs- und Beurteilungsspielraums als das beste erscheine.

## II. Diese Würdigung greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß Fehler bei Ausschreibung und Zuschlag öffentlicher Aufträge eine Haftung des Auftraggebers gegenüber den Bietern auf Ersatz der diesen entstandenen Schäden auslösen können. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats wird spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Bieter zwischen diesen und dem Ausschreibenden ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet (vgl. Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, BB 1998, 2182; X ZR 99/96, BB 1998, 2181, 2182 = NJW 1998, 3640 f. u. X ZR 109/96, BB 1998, 2180 = MDR 1998, 1407, 1408 = NJW 1998, 3644, 3645; s.a. Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., Einl. Rdn. 52, 53 u. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., Einl. Rdn. 8, jew. m.w.N.). Die Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses durch den Ausschreibenden kann nach den Grundsätzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) Ersatzansprüche der betroffenen Bieter auslösen.

2. Nach dem im Revisionsverfahren zugrundezulegenden Sachverhalt leidet die von der Beklagten durchgeführte Ausschreibung an einem Mangel in diesem Sinne bereits deshalb, weil sie - wie das Berufungsgericht unterstellt

hat - die Klägerin von wesentlichen Änderungen der Ausschreibungsgrundlagen im Gegensatz zu anderen Bietern nicht in Kenntnis gesetzt hat. Nach Darstellung der Klägerin ist sie von der Beklagten nicht darüber unterrichtet worden, daß aus dem ausgeschriebenen Vorhaben einzelne Gewerke, nämlich die Gewerke 001, 002, 003 und 004 teilweise sowie die Bohrpläne und die Unterfangung herausgenommen und anderweitig vergeben werden sollten. Von diesem - durch die Beklagte allerdings bestrittenen - Vorbringen ist mangels abweichender tatrichterlicher Feststellungen in der Revisionsinstanz auszugehen. Die Weitergabe dieser Informationen an nur einen Teil der Bieter enthält, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, einen Verstoß gegen die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und zur Gleichbehandlung aller Bieter bei der Beschreibung der Leistung, wie sie sich aus § 9 Nr. 1 VOB/A ergibt. Die herausgenommenen - und später anderweitig vergebenen - Gewerke waren für die Bemessung des Angebotspreises von nicht unerheblichem Gewicht; ihre Herausnahme aus der Ausschreibung bildet damit eine wesentliche Änderung der Angebotsunterlagen, bei der alle am Verfahren teilnehmenden Bieter eine vollständige Information erwarten können.

Auf der Grundlage der ursprünglichen Ausschreibung als fehlerhaft erweist sich das Verfahren darüber hinaus auch deshalb, weil der Zuschlag nicht der Klägerin, sondern einem ihrer Wettbewerber erteilt wurde. Nach dem festgestellten Sachverhalt endete das Gebot der Klägerin mit dem - bezogen auf den Gesamtumfang der ursprünglichen Ausschreibung - niedrigsten Preis. Es hätte daher im Rahmen dieses Verfahrens schon aus diesem Grunde vor allen anderen berücksichtigt werden müssen. Zwar ist der Ausschreibende - wie sich aus § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/A ergibt - nicht verpflichtet, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis in jedem Fall den Vorzug zu geben. Der Zuschlag ist

nach § 25 Nr. 3 Satz 2 VOB/A vielmehr auf das unter Berücksichtigung aller technischen, wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte annehmbarste Angebot zu erteilen. Daß sich die Gebote der Klägerin und der übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung in technischer, gestalterischer oder funktionsbedingter Hinsicht unterscheiden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Hierfür finden sich auch sonst im Vorbringen der Parteien keinerlei Anhaltspunkte.

Bei der damit zugrundezulegenden inhaltlichen Übereinstimmung der eingereichten Gebote gewinnt der Preis als Entscheidungskriterium aber ausschlaggebende Bedeutung. Das gilt insbesondere dann, wenn - wie hier nach den tatrichterlichen Feststellungen - bei der Durchführung des Vorhabens auch öffentliche Mittel Verwendung finden, bei deren Einsatz der Ausschreibende die haushaltsrechtliche Pflicht zu höchstmöglich sparsamer und effektiver Verwendung der Gelder zu beachten hat. Wirtschaftliche Gründe, auf die sich eine abweichende Vergabe des Auftrags stützen ließe, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; für berücksichtigungsfähige durchgreifende Gründe ist auch im übrigen ein Anhaltspunkt nicht zu erkennen. Ungeprüfte Gerüchte über das Geschäftsgebaren der Klägerin oder von der Beklagten selbst nicht verifizierte Warnungen vor der Klägerin und ihrer Geschäftstätigkeit können eine Vergabeentscheidung zu deren Nachteil nicht rechtfertigen. Die Regelungen der VOB/A sind in allen Fassungen darauf angelegt, diese Entscheidungen für die betroffenen Bieter durchsichtig und gerichtlich überprüfbar zu machen (vgl. dazu Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, Der Betrieb 1998, 2259 = MDR 1998, 1408 = NJW 1998, 3636; s.a. Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, Der Betrieb 1999, 1055 für die vergleichbaren Regelungen in der VOL/A). Schon dieser Zweck schließt die Berücksichtigung von Umständen aus, die nicht auf einer

gesicherten eigenen Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen. Ebenso wenig kann derzeit der von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen angeführte Gesichtspunkt wirtschaftlicher Schwierigkeiten bei der Klägerin in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden. Daß sich die Klägerin, über deren Vermögen nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien das Konkursverfahren eröffnet, dann aber mangels Masse eingestellt worden ist, bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über den Zuschlag in solchen Schwierigkeiten befunden hat, ist durch das Berufungsgericht ebenso wenig festgestellt worden wie weiter, daß die Beklagte von diesen Problemen gewußt hat. Damit scheidet ihre Berücksichtigung in der Vergabeentscheidung aus.

3. Seinem Inhalt nach ist der auf diese Verstöße zu stützende Anspruch auf den Ersatz der Schäden gerichtet, die der Bieter infolge seines Vertrauens darauf erlitten hat, daß die Ausschreibung nach den Vorschriften der VOB/A abgewickelt wird (vgl. Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 48/97, Der Betrieb 1998, 2259 = MDR 1998, 1408 = NJW 1998, 3636). Das beschränkt ihn grundsätzlich auf den Ersatz des sogenannten negativen Interesses, das heißt auf den Ausgleich der durch die Teilnahme an der Ausschreibung entstandenen Aufwendungen. In besonderen Fällen kann er darüber hinaus jedoch auch den infolge der Nichterteilung des Auftrags entgangenen Gewinn einschließen (BGHZ 120, 281, 284; Ingenstau/Korbion, aaO, Einl. Rdn. 53 m.w.N.). Das gilt insbesondere dann, wenn der Auftrag - wie hier - vergeben wurde und darüber hinaus bei richtiger, das heißt rechtmäßiger Handhabung des Verfahrens, allein dem Gläubiger des Ersatzanspruchs hätte erteilt werden können und dürfen (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640 = BB 1998, 2181 = Der Betrieb 1998, 2261 u. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, Der Betrieb 1999, 1055, 1056).

Einen solchen Sachverhalt macht die Klägerin hier geltend, deren Gebot im Rahmen der ursprünglichen Ausschreibung nach den tatrichterlichen Feststellungen, die an den übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien anknüpft, den niedrigsten Preis aufwies und daher als das annehmbarste hätte in Erwägung gezogen werden müssen, auf das nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre.

4. Der danach grundsätzlich in Betracht zu ziehende Ersatzanspruch auch auf Ausgleich des entgangenen Gewinns scheidet jedoch, wovon das Berufungsgericht weiter zutreffend ausgegangen ist, jedenfalls dann aus, wenn und soweit die Einbuße, das heißt das Unterbleiben der Auftragsvergabe an die Klägerin, auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Schädigers entstanden wäre. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, nach der die Berufung auf das rechtmäßige Alternativverhalten, also der Einwand, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers entstanden, grundsätzlich beachtlich ist (vgl. etwa BGHZ 90, 103, 111; 96, 157, 172 f.). Das gilt auch für den auf eine Verletzung der Vorschriften über die Ausschreibung und den Zuschlag bei Bauvorhaben nach der VOB/A gestützten Ersatzanspruch (BGHZ 120, 281, 285 f. sowie das in dieser Sache ergangene erste Revisionsurteil). Die Erheblichkeit des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (BGHZ 96, 157, 173), in den bei den Vorschriften der VOB/A auch der Ausschreibende insbesondere dann einbezogen ist, wenn er - wie hier die Beklagte - bei dem Vorhaben auch öffentliche Mittel einsetzt, bei deren Verwendung er dem haushaltsrechtlichen Sparsamkeitsgebot unterliegt (vgl. BGHZ 120, 281, 286).

5. Als ein Alternativverhalten der Beklagten in diesem Sinne kam nach dem in dieser Sache ergangenen ersten Revisionsurteil, die Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 lit. b VOB/A in Betracht, nach dem sich infolge der gegenüber dem Inhalt der Ausschreibung veränderten Planung der Beklagten Änderungen im Auftragsumfang und damit - wovon im Revisionsverfahren mangels anderweitiger tatrichterlicher Feststellungen auszugehen ist - auch in den Verdingungsunterlagen ergeben hatten.

6. Zu Recht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht den darauf gestützten Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens als beachtlich angesehen hat. Die Aufhebung der Ausschreibung kann dem Ersatzverlangen der Klägerin aus diesem Gesichtspunkt nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn nach der Aufhebung und erneuter Ausschreibung der Auftrag nicht ihr, sondern dem tatsächlich bedachten Wettbewerber oder einem anderen Unternehmen hätte erteilt werden können. Für diese Annahme bildet der bisher festgestellte Sachverhalt keine tragfähige Grundlage.

Bei seiner gegenteiligen Bewertung ist das Berufungsgericht von einer in etwa bestehenden preislichen Gleichwertigkeit der Angebote der Klägerin und des an ihrer Stelle berücksichtigten weiteren Bieters ausgegangen und hat im Anschluß daran der Beklagten einen Beurteilungsspielraum zugebilligt, in dessen Rahmen sie auch einem nach seinen tatsächlichen Feststellungen geringfügig höheren Gebot den Zuschlag hätte erteilen dürfen. Diese Beurteilung greift die Revision mit Erfolg an.

Bei ihrer Bestimmung des annehmbarsten Angebots kann die Beklagte eine Bewertungsprärogative, die ihre Entscheidung und die für sie maßgeblichen Gründe der gerichtlichen Kontrolle entziehen würde, nicht in Anspruch nehmen. Unbeschadet der Frage, ob angesichts der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Angebote im übrigen, von der mangels gegenteiliger tatrichterlicher Feststellungen in der Revisionsinstanz auszugehen ist, überhaupt Raum für eine Bewertung nach subjektiven Maßstäben durch den Ausschreibenden ist, die die Erteilung des Zuschlags auf ein preislich höheres Gebot als das der Klägerin hätte rechtfertigen können, wäre die Zubilligung eines solchen Frei-raums mit Sinn und Zweck des Vergaberechts nicht zu vereinbaren (vgl. dazu auch Sen.Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, Der Betrieb 1999, 1055, 1056 für die vergleichbare Problematik bei der Vergabe von Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber). Erforderlich ist daher zumindest, daß der Aufschreibende berücksichtigungsfähige Gründe darlegt, die ihn veranlaßt haben, den Zuschlag nicht auf das preislich günstigste, sondern ein anderes Angebot zu erteilen. Solche Gründe hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; sie sind - wie bereits ausgeführt - auch dem Vorbringen der Beklagten bislang nicht zu entnehmen.

Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die Berechnung des Vergleichsangebots, das das Berufungsgericht seiner Bewertung des rechtmäßigen Alternativverhaltens zugrunde gelegt hat. Dabei hat es allerdings zutreffend angenommen, daß nach dem unstreitigen Vorbringen der Beteiligten davon ausgegangen werden kann, daß sämtliche der eingereichten Angebote bei den nicht von der Herausnahme betroffenen Positionen die gleichen Preise aufweisen würden, wie sie die ursprünglich eingereichten Gebote enthielten. Insoweit hat die Klägerin im übrigen zu Recht darauf hingewiesen, daß die Einfügung ande-

rer Preise bei einer Wiederholung der Ausschreibung Zweifel an der Zuverlässigkeit des jeweiligen Bieters hätte wecken müssen, so daß ein solches Angebot aus diesem Grunde aus dem Kreis der zu berücksichtigenden Offerten hätte ausscheiden müssen. Auf dieser Grundlage endet, was das Berufungsgericht nicht verkannt hat, das ursprüngliche Hauptangebot des berücksichtigten Wettbewerbers der Klägerin auch bei einer Reduzierung der Ausschreibungsgegenstände mit einem höheren Preis als das Gebot der Klägerin.

Eine preisliche Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Gebote hat das Berufungsgericht daraus hergeleitet, daß das Vergleichsangebot zwei mögliche Preisnachlässe eingeschlossen habe. Auch diese Würdigung greift die Revision mit Erfolg an. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, können diese Preisnachlässe bei der inhaltlichen Ausfüllung der Vergleichsangebote nur berücksichtigt werden, wenn sie bereits im Eröffnungstermin vorgelegen haben. Die Berücksichtigung späterer Änderungen oder Ausgestaltungen der Gebote ist nach § 23 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen, soweit sie sich nicht lediglich auf die inhaltliche Klärung eines an sich festgelegten Gebotes beschränkt (vgl. § 24 VOB/A).

Soweit das Berufungsgericht im folgenden von einem Vorliegen dieser Zusatzangebote im Eröffnungstermin deshalb ausgeht, weil die Klägerin ihre gegenteilige Behauptung nicht bewiesen habe, beruht seine Entscheidung auf einer Verkennung der Beweislast. Dabei kann dahinstehen, ob diese die Beklagte nicht schon deshalb trifft, weil sie das rechtmäßige Alternativverhalten einem Anspruch der Klägerin entgegensetzt und deswegen nach den allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen dieses Gegenrechtes zu beweisen hätte. Beweisbelastet ist sie insoweit jedenfalls deshalb, weil das von ihr über

den Eröffnungstermin geführte Protokoll keine Angaben zu diesen Nachlässen enthält, obwohl diese nach ihrer Darstellung seinerzeit bereits vorgelegen haben sollen. Zwar ist dieses Protokoll lediglich eine Privaturkunde, mit der der Nachweis des Fehlens oder des Nichteintritts von Tatsachen, die nicht in die Urkunde aufgenommen wurden, nicht ohne weiteres geführt werden kann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Bei seiner Würdigung hat das Berufungsgericht jedoch nicht hinreichend bedacht, daß die Beklagte nach § 22 Nr. 4 VOB/A auch im Verhältnis zu den Bietern die Verpflichtung zur Anfertigung einer Niederschrift über den Verlauf des Eröffnungstermins trifft, in der alle wesentlichen Vorgänge und Sachverhalte festzuhalten sind (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 22 VOB/A Nr. 34). Dazu gehören hinsichtlich der Angebote insbesondere die für die Bemessung des Preises wesentlichen Angaben einschließlich der Zahl der Nebenangebote und etwaiger Änderungsvorschläge (Heiermann/Riedl/Rusam, aaO). In die Protokollierungspflicht eingeschlossen sind damit auch Angaben über nicht im eigentlichen Gebot enthaltene zusätzliche Preisnachlässe in Neben- oder Hauptangeboten, soweit sie - wie hier - Auswirkungen auf die anderweitig genannten und ohne ihre Berücksichtigung bestimmten Angebotspreise aufweisen können. Kommt der Ausschreibende dem bei der Protokollierung des Eröffnungstermins nicht nach, liegt darin die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, die es ihm verwehrt, sich im Verhältnis zu den betroffenen Bietern auf die Unvollständigkeit des Protokolls zu berufen. Er muß sich diesen gegenüber jedenfalls bis zu dem ihm obliegenden Gegenbeweis diesen gegenüber vielmehr so behandeln lassen, als sei das Protokoll vollständig und inhaltlich richtig. Soweit diese die streitigen Preisnachlässe nicht aufführt, ist es somit nicht - wie das Berufungsgericht meint - Sache der Klägerin, nachzuweisen, daß diese im Eröffnungstermin

noch nicht vorlagen. Die Beweislast für ihre vorhergehende Einreichung trifft vielmehr im Ergebnis die Beklagte.

Mit Recht beanstandet die Revision auch, wie das Berufungsgericht bei dem Vergleichsangebot den mit einer Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines Vorschusses auf die Materialkosten verbundenen Nachlaß berücksichtigt hat. Zutreffend weist sie darauf hin, daß eine solche Vorauszahlung regelmäßig zu finanziellen Einbußen führt, weil die für sie erforderlichen Mittel entweder nicht mehr für eine gewinnbringende Anlage zur Verfügung stehen oder aber zu ihrer Erbringung eine Kreditaufnahme erforderlich wird. Derartige Einbußen können, soweit sie eintreten, bei der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, wie sie für die Ermittlung des annehmbarsten Angebots anzustellen ist, wegen ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit dem gewollten Zahlungsnachlaß nicht unberücksichtigt bleiben. Insoweit hat die Beklagte zwar geltend gemacht, daß ihr die Mittel für die Vorauszahlung aus einer Stiftung zur Verfügung gestanden hätten. Abgesehen davon, daß daraus nicht zwingend folgt, daß sie bis zur Fälligkeit der Forderung diese Mittel nicht in einer zu Zins-einnahmen führenden Weise hätte anlegen können, hat das Berufungsgericht Feststellungen zu diesem von der Klägerin bestrittenen Vorbringen nicht getroffen, so daß es der Entscheidung im Revisionsverfahren nicht zugrunde gelegt werden kann.

Soweit die Preisnachlässe überhaupt berücksichtigungsfähig sind, ist dem Berufungsgericht demgegenüber darin beizupflichten, daß die Einbeziehung des Skontos in den Vergleichspreis als solche keinen durchgreifenden Bedenken begegnet. Das Berufungsgericht hat dem der Beklagten vorliegenden Angebot als Voraussetzung für die Gewährung dieses Nachlasses eine

Zahlung des Werklohns innerhalb von acht Werktagen nach Eingang der Schlußrechnung entnommen. Daß unter dieser Voraussetzung die Gewährung des Preisnachlasses schlechthin ausscheidet, ist nicht festzustellen. Logisch ausgeschlossen ist dies jedenfalls nicht. Im übrigen ist die Beurteilung der Frage, ob innerhalb dieses Zeitraums eine Prüfung darauf möglich ist, daß eine Zahlung zu rechtfertigen ist, allein Sache der Beklagten. Soweit - worauf die Revision verweist - in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung vertreten wird, auf eine so kurz bemessene Frist müsse sich der öffentliche Auftraggeber bis zur Bezahlung des Werklohns nicht einlassen, läßt sich darauf für die hier zur Entscheidung stehende Frage nichts herleiten. Gemeint ist damit der Zeitraum, der dem Auftraggeber für die Prüfung der Rechnung zugebilligt werden muß; diese Überlegungen betreffen daher allein die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der öffentliche Auftraggeber die Zahlung verweigern darf, um die Schlußrechnung ordnungsgemäß prüfen zu können. Für die Frage, auf welche Zeitspanne er sich in diesem Zusammenhang einlassen darf, gibt dieser Gesichtspunkt nichts her. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob diese Frist einer Überprüfung nach dem AGBG standhalten würde. Auch insoweit fällt ins Gewicht, daß es nicht um eine der Beklagten gesetzte Zahlungspflicht, sondern um die Voraussetzungen für eine ihr gewährte Vergünstigung durch den Gläubiger der von ihr

geschuldeten Leistung geht, die dieser nicht erbringen muß und deren Voraussetzungen er daher auch nach seinen Vorstellungen festsetzen kann.

Rogge

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens