Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Scharen, Keukenschrijver, Pokrant sowie Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 2. März 2000 verkündete Urteil des 8. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts teilweise aufgehoben.

Die Berufung der Klägerinnen gegen das am 5. August 1999 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Neuruppin wird vollen Umfangs zurückgewiesen.

Die Klägerinnen haben auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Rahmen des Umbaus und der Instandsetzung des Schlosses O. forderte die Beklagte im offenen Verfahren zur Abgabe eines Angebots für Fassadensanierung - Putzarbeiten auf. Die Angebote waren bis zum 12. März 1998 einzureichen; die Zuschlagsfrist endete am 27. April 1998; mit der Ausführung sollte in der 19. Kalenderwoche 1998 begonnen werden; die Leistung sollte in der 10. Kalenderwoche 1999 fertiggestellt werden.

Die Klägerinnen bildeten eine Bietergemeinschaft. Da sie ihnen übertragene Arbeiten im wesentlichen durch ausländische Arbeitnehmer ausführen lassen wollten, stellten sie am 9. März 1998 bei der Arbeitsverwaltung einen Antrag auf Erteilung der Zusicherung der Arbeitserlaubnisse. Mit einem Angebot für Putzarbeiten vom 11. März 1998 beteiligten sie sich an der Ausschreibung. In ihrem Begleitschreiben hieß es:

> "Die ... (Klägerin zu 2) wird die ausgeschriebenen Arbeiten im Rahmen der genehmigten Werkverträge ausführen. Die Arbeiten können nach Erteilung von gültigen Arbeitserlaubnissen aufgenommen werden."

Mit Schreiben vom 23. März 1998 forderte die Beklagte die Klägerinnen auf, bis zum 30. März 1998 die Arbeitsgenehmigungen für die zum Arbeitseinsatz vorgesehenen 15 ausländischen Arbeitnehmer vorzulegen. Die Klägerinnen antworteten mit Telefax vom 30. März 1998, daß sie bei dem zuständigen Arbeitsamt "entsprechende Arbeitserlaubnisverfahren" in die Wege geleitet hätten. Mit Telefax vom 16. April 1998 berichteten sie über eine telefonische Auskunft des Landesarbeitsamts N., wonach "die Zustimmung für den Werkvertrag Schloß O. schon am 24. April 1998 erteilt" werde.

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

Am 20. April 1998 erteilte die Beklagte den Zuschlag an einen anderen Bieter.

Am 24. April 1998 wurde zugunsten der Klägerinnen ein amtlicher Bescheid über die Zusicherung von Arbeitserlaubnissen zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bei den Restaurationsarbeiten am Schloß O. erlassen. Darin wurde die Erteilung der Arbeitserlaubnisse von der Zahlung einer festgesetzten Gebühr abhängig gemacht. Dieser Bescheid ging der Klägerin zu 1 am 27. April 1998 zu.

Mit Schreiben vom 24. November 1998 teilte die Beklagte den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerinnen mit, deren Angebot habe nach § 25 Nr. 2 VOB/A ausgeschlossen werden können, weil die Klägerinnen die Arbeitsgenehmigungen nicht innerhalb der gesetzten angemessenen Frist vorgelegt gehabt hätten.

Die Klägerinnen, die das preislich bei weitem günstigste Angebot für die Putzarbeiten abgegeben hatten, haben errechnet, ihnen sei unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen ein kalkulierter Gewinn von 187.416,88 DM entgangen. Diesen Betrag nebst Zinsen haben sie gerichtlich gegen die Beklagte geltend gemacht. Das Landgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen. Das von den Klägerinnen daraufhin angerufene Oberlandesgericht hat dieses Urteil abgeändert und der Klage - bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen - entsprochen. Gegen diese Verurteilung wendet sich die Beklagte mit der Revision und dem Begehren, das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

Entscheidungsgründe

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg und führt zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Landgerichts.

1. Das Berufungsgericht hat dem Begehren der Klägerinnen nach Ersatz ihres positiven Interesses wegen Verletzung des durch die Ausschreibung zustande gekommenen vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses entsprochen, weil die Beklagte der aus den Klägerinnen bestehenden Bietergemeinschaft als dem preisgünstigsten Bieter den Zuschlag habe erteilen müssen. Denn das Angebot der Klägerinnen habe weder wegen eines der in § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A geregelten Ausschlußtatbestände noch wegen Fehlens der Eignung der Klägerinnen (§ 25 Nr. 2 VOB/A) unberücksichtigt bleiben dürfen. Zur Begründung, daß ein Ausschlußtatbestand nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht vorgelegen habe, hat das Berufungsgericht dabei lediglich ausgeführt, das Angebot der Klägerinnen weise weder inhaltliche noch formelle Mängel auf; die Beklagte habe ihre Entscheidung auch nicht auf einen Ausschlußtatbestand gestützt.

2. Das hält der umfassenden rechtlichen Überprüfung nicht stand, die durch die Einlegung der Revision eröffnet ist (§ 559 Abs. 2 ZPO a.F.). Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661, 663 m.w.N.) kommt ein auf das positive Interesse gerichteter Ersatzanspruch nur in Betracht, wenn dem klagenden Bieter der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Einen solchen Sachverhalt hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen. Angesichts des festgestellten Sach-

verhalts ist die Verneinung eines Ausschlußtatbestands nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht rechtens.

a) Das Berufungsgericht hat das Angebot der Klägerinnen als Hauptangebot behandelt. So war es seitens der Klägerinnen ersichtlich auch gemeint, weil nichts dazu festgestellt ist, die Klägerinnen hätten ihr Angebot in einer § 21 Nr. 3 VOB/A entsprechenden Weise als Änderungsvorschlag oder Nebenangebot gekennzeichnet. Unter diesen Umständen wird angesichts des von den Klägerinnen zusammen mit ihrem Angebot der Beklagten übermittelten Hinweises, die Arbeiten nach Erteilung von gültigen Arbeitserlaubnissen für vorgesehene 15 ausländische Arbeitnehmer aufnehmen zu können, die ganz allgemein gehaltene Begründung des Berufungsgerichts dem Vergaberecht nicht gerecht, das sowohl die Beklagte als ausschreibender öffentlicher Auftraggeber als auch die Klägerinnen als Bieter zu beachten hatten.

b) Die Putzarbeiten sollten im Verfahren nach der VOB/A vergeben werden. Dieses Regelwerk schreibt in § 21 Nr. 1 vor, daß die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen, sowie daß jegliche Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind. Das, insbesondere das in Abs. 2 enthaltene Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen, trägt dem Umstand Rechnung, daß ein echter fairer Wettbewerb nach Angeboten verlangt, die vergleichbar sind. Diese Vergleichbarkeit soll grundsätzlich ohne weiteres gegeben sein. Das ist sichergestellt, wenn die Angebote der sich an der Ausschreibung beteiligenden Bieter den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Bedingungen entsprechen, die der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen nach § 9, § 10 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 bis 4 VOB/A (vgl. § 10 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A) bestimmt hat und zu denen er den

Vertrag abschließen möchte (vgl. hierzu schon Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 85/97, NJW 1998, 3634 f. m.w.N.). Ausnahmen von der Regel, daß abgegebene Angebote deshalb keine Änderungen gegenüber der Ausschreibung enthalten dürfen, duldet die VOB/A nur bei Abweichungen von den technischen Spezifikationen, wenn zugleich mit dem Angebot nachgewiesen ist, daß es in bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist (§ 21 Nr. 2 VOB/A), sowie im Falle von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten, wenn der Auftraggeber ihre Zulassung in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht ausgeschlossen hat sowie der Bieter das betreffende Angebot auf besonderer Anlage gemacht und den Änderungsvorschlag oder das Nebenangebot als solchen/s deutlich gekennzeichnet hat (§ 25 Nr. 5, § 21 Nr. 3 VOB/A). Bei einem Hauptangebot ist mithin die ohne weiteres gegebene Vergleichbarkeit der Angebote unverzichtbare Voraussetzung. Dazu, daß diese Angebote ohne weiteres vergleichbar sind, hat jeder Beteiligte der Ausschreibung beizutragen. Für den Bieter bedeutet dies, daß er für ein den Verdingungsunterlagen entsprechendes Angebot zu sorgen hat, anderenfalls sein Angebot gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A ausgeschlossen werden muß (Senat, aaO).

c) Gleichwohl enthielt das Angebot der Klägerinnen vom 11. März 1998 in bezug auf die Ausführungsfrist, welche die Beklagte in den nach § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A zu den Verdingungsunterlagen gehörenden besonderen Vertragsbedingungen ausbedungen hatte, jedenfalls insoweit eine Änderung, als die Klägerinnen die Einhaltung des in der 19. Kalenderwoche (beginnend mit Montag, dem 4. Mai) 1998 vorgesehenen Beginns der Ausführung nicht verbindlich versprochen hatten. Dies ergibt eine Auslegung der Erklärungen der Parteien, insbesondere des tatbestandlich festgestellten Hinweises der Kläge-

rinnen auf die Notwendigkeit von Arbeitserlaubnissen für die ausländischen Arbeitnehmer, die sie bei der Ausführung einzusetzen gedachten. Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, weil sie aufgrund des festgestellten Sachverhalts ohne weiteres möglich ist.

d) Die Verdingungsunterlagen wiesen aus, daß die Beklagte ein Angebot wünschte, das die unbedingte Zusage enthielt, in der am 4. Mai 1998 beginnenden Woche die Putzarbeiten aufzunehmen. Eine Einschränkung für den Fall, daß ausländische Arbeitnehmer, die einer Arbeitserlaubnis bedurften, eingesetzt würden, war nicht gemacht. Das bedeutete, daß nach den Verdingungsunterlagen unabhängig von der Notwendigkeit der Einholung von Arbeitserlaubnissen mit dem Angebot die Verpflichtung übernommen werden mußte, in der 19. Woche 1998 mit den Arbeiten zu beginnen.

Der Hinweis der Klägerinnen anläßlich des Angebots vom 11. März 1998 hingegen konnte nur dahin verstanden werden, daß sie die Aufnahme der Arbeiten lediglich unter einer Bedingung zusagen wollten, mit der Folge, daß die Klägerinnen im Falle der Auftragserteilung auf ihr Angebot hin zur Arbeitsaufnahme in der am 4. Mai 1998 beginnenden Woche nicht verpflichtet gewesen wären, wenn sie bis dahin gültige Arbeitserlaubnisse für die vorgesehenen ausländischen Arbeitnehmer nicht erhalten hätten. Damit sah das Angebot der Klägerinnen zugleich vor, der Beklagten ein Risiko zu überbürden, das sich erst aus der Notwendigkeit von Arbeitserlaubnissen für ausländische Arbeiter ergab, einer Notwendigkeit, welche allein die Klägerinnen durch ihr Interesse begründet hatten, ausländische Arbeitnehmer einzusetzen. Dieses Risiko war von der Beklagten ersichtlich nicht gewünscht und seine Übernahme durch die Beklagte war mit den Verdingungsunterlagen unvereinbar.

e) Es ist unschädlich, daß die Beklagte die Nichtberücksichtigung des Angebots der Klägerinnen nicht ausdrücklich auf die sich hieraus ergebende Rechtsfolge des Ausschlusses des Angebots vom 11. März 1998 gestützt hat. In Fällen, in denen das Ausschreibungsverfahren zum Zuschlag geführt hat, steht einem Bieter, der dabei nicht zum Zuge gekommen ist, ein Anspruch auf Ersatz seines positiven Interesses nach der Rechtsprechung des Senats dann zu, wenn er in berechtigter und schützenswerter Weise darauf vertrauen durfte, bei Beachtung der geltenden Vergaberegeln den Auftrag zu erhalten (Sen.Urt. v. 12.06.2001 - X ZR 150/99, BB 2001, 1549 m.w.N.). Falls die Klägerinnen angenommen haben sollten, wegen des von ihnen angebotenen günstigen Preises den Auftrag zu erhalten, wäre ein solches Vertrauen hier jedenfalls nicht schutzwürdig gewesen, weil die Klägerinnen selbst ein zwingendes Erfordernis für ein faires Vergabeverfahren nicht eingehalten haben. Damit war das Angebot der Klägerinnen als Hauptangebot gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen.

3. Die daraus folgende Feststellung, daß den Klägerinnen der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zusteht, ist auch geboten, wenn man das Angebot der Klägerinnen als Änderungsvorschlag oder Nebenangebot wertet. Solche Angebote sind stets durch eine Abweichung vom geforderten Angebot gekennzeichnet, weshalb dieser Umstand für sich allein nicht zur Nichtberücksichtigung führen darf. Jedenfalls sofern sie die nach der VOB/A und den Vergabeunterlagen bestehenden formalen Voraussetzungen erfüllen, hat der Ausschreibende vielmehr Änderungsvorschläge und Nebenangebote in seine Wertung nach § 25 Nr. 2 u. 3 VOB/A einzubeziehen (§ 25 Nr. 5 VOB/A). Bei dieser Wertung ist zu berücksichtigen, daß wegen der Abweichung die er-

forderliche Vergleichbarkeit nicht ohne weiteres gegeben ist. Auf das Angebot mit dem Änderungsvorschlag oder das Nebenangebot kann deshalb ein Auftrag zu erteilen sein, wenn die Wertung ergibt, daß es trotz der Abweichung dem Vergleich mit dem geforderten Angebot stand hält und im Vergleich mit anderen abgegebenen Angeboten trotz (oder wegen) seiner Abweichung als das annehmbarste erscheint. Bei Nichtberücksichtigung eines Änderungsvorschlags oder Nebenangebots kommt demgemäß ein auf den Ersatz des positiven Interesses gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch den Ausschreibenden in Betracht, wenn der nicht berücksichtigte Bieter in berechtigter und schützenswerter Weise darauf vertrauen durfte, daß sein Änderungsvorschlag oder Nebenangebot bei sachgerechter Wertung als dem geforderten Angebot mindestens gleichwertig erkannt werden muß. Das kann hier angesichts der seitens der Klägerinnen der Beklagten angetragenen Risikoverlagerung nicht festgestellt werden.

4. Auf die vom Berufungsgericht näher ausgeführte Feststellung, mangelnde Eignung der Klägerinnen habe der Berücksichtigung deren Angebots bei der Vergabe nicht entgegengestanden, und die hiergegen von der Revision erhobenen Rügen kommt es mithin nicht an. Die vom Landgericht ausgesprochene Klageabweisung ist vielmehr unabhängig davon wieder herzustellen.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Melullis Scharen Keukenschrijver

Pokrant Asendorf