BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 78/07

Verkündet am:
10. Juni 2008
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

Nachunternehmererklärung

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

Zur Auslegung von Vergabeunterlagen, nach denen der Bieter bei beabsichtigter Übertragung von Teilen der Leistung auf Nachunternehmer in seinem Angebot Art und Umfang der durch Subunternehmer auszuführenden Leistungen angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen muss und zu denen ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen gehört.

BGH, Urt. v. 10. Juni 2008 - X ZR 78/07 - Brandenburgisches OLG
LG Neuruppin

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Scharen, Keukenschrijver, Asendorf und Gröning

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 24. April 2007 verkündete Urteil des 11. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

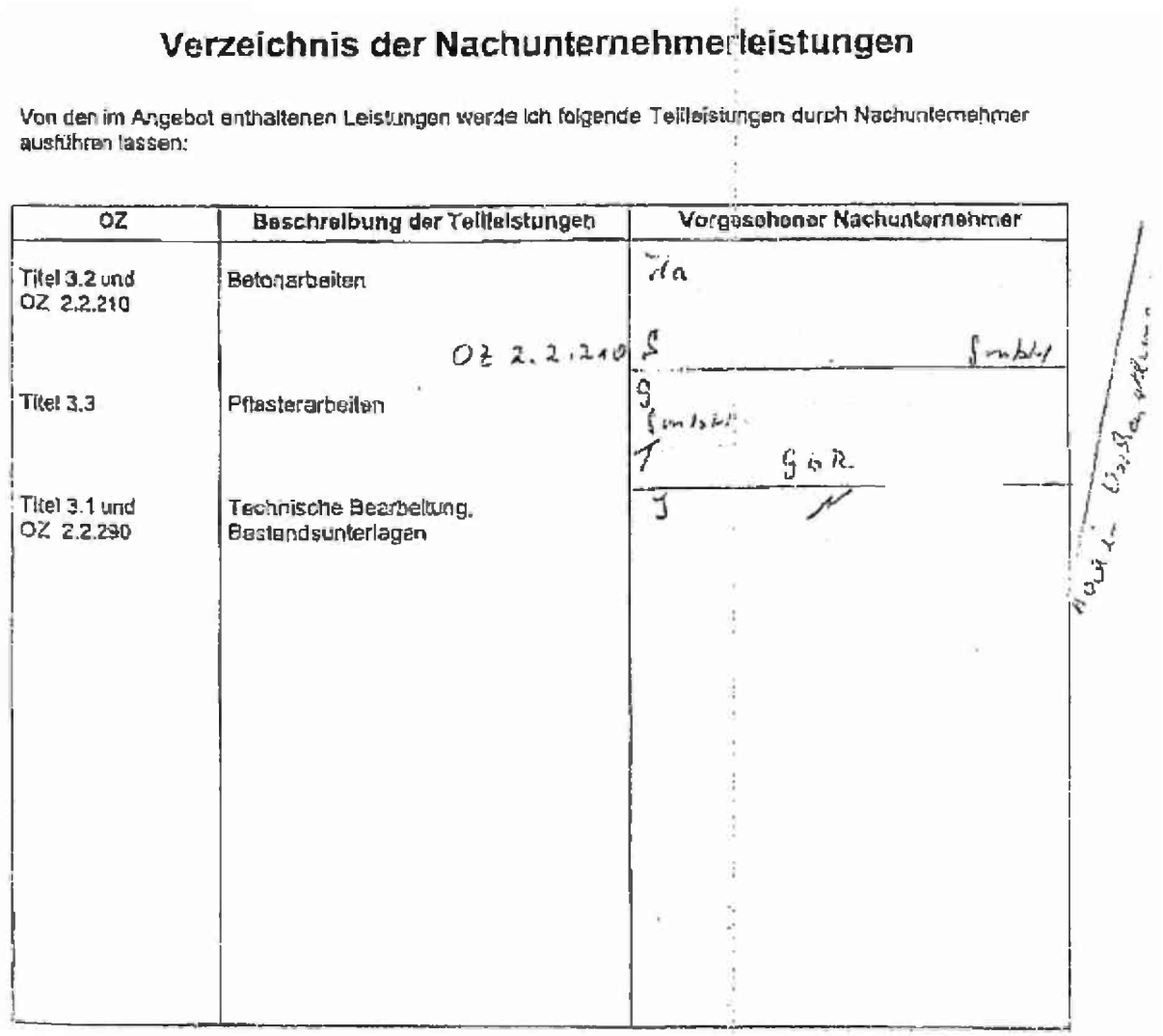
Tatbestand:

1 Die Klägerin beteiligte sich an einer im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung im Namen und für Rechnung der Beklagten durchgeführten Ausschreibung, die Schutz- und Leiteinrichtungen an einem Autobahnabschnitt zum Gegenstand hatte. Nummer 6 der den Nachunternehmereinsatz betreffenden Bewerbungsbedingungen lautet:

"Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, muss er in seinem Angebot Art und

Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen."

2 Zu den Vergabeunterlagen gehörte auch der nachfolgend abgebildete Vordruck "Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen", in dessen rechte Spalte die Klägerin handschriftlich mehrere Unternehmen eingetragen und neben der sie, quer zur Leserichtung, den Hinweis "noch in Verhandlungen" vermerkt hatte:



Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen

Von den im Angebot enthaltenen Leistungen werde ich folgende Teilleistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen:

OZ	Beschreibung der Teilleistungen	Vorgesehener Nachunternehmer
Titel 3.2 und OZ 2.2.210	Betonarbeiten	
Titel 3.3	Pflasterarbeiten	
Titel 3.1 und OZ 2.2.290	Technische Bearbeitung, Bestandsunterlagen	

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

3 Die Vergabestelle schloss das Angebot der Klägerin mit der Begründung aus, es enthalte Preise beziehungsweise geforderte Erklärungen nicht und sei nicht vollständig. Die fachkundige Ausführung der im Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen aufgeführten Teilleistungen sei aufgrund der nicht endgültigen beziehungsweise nicht eindeutigen Nennung der Nachunternehmer nicht gesichert. Der Auftrag wurde an einen Mitbewerber vergeben.

4 Die Klägerin hat die Beklagte mit der Begründung auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch genommen, ihr hätte bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt werden müssen. Sie habe alle erforderlichen Erklärungen abgegeben; dazu habe nur der Umfang der Nachunternehmerleistungen gehört, nicht jedoch die Benennung der dafür vorgesehenen Unternehmen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

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

6 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte das Angebot der Klägerin nicht ausgeschlossen werden dürfen. Allein dadurch, dass das Nachunternehmerverzeichnis den Vergabeunterlagen beigefügt und darin die Rubrik "vorgesehene Nachunternehmer" enthalten gewesen sei, habe die Vergabestelle nicht

im Sinne von Nr. 6 der Bewerbungsbedingungen verlangt, die Nachunternehmer namentlich bereits mit dem Angebot anzugeben. In Anbetracht der Formulierung, Nachunternehmer seien "auf Verlangen" zu benennen, hätte die Klägerin, von ihrem Empfängerhorizont aus betrachtet, diese Rubrik zunächst gar nicht ausfüllen müssen, sondern die besondere Aufforderung zur Bekanntgabe der Nachunternehmer abwarten und dementsprechend auch nicht endgültig verpflichtete Nachunternehmer angeben dürfen.

7 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht in allen entscheidungserheblichen Punkten stand.

8 1. Ohne Erfolg wendet die Revision sich allerdings dagegen, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebots der Klägerin nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A verneint hat.

9 a) Nach der Rechtsprechung des Senats ergibt sich aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b und § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A, dass die Angebote die geforderten Erklärungen enthalten müssen. An die Nichteinhaltung dieser Vorgabe ist regelmäßig die Sanktion des Angebotsausschlusses geknüpft (vgl. Sen.Urt. v. 24.5.2005 - X ZR 243/05, NZBau 2005, 594 m.w.N.; v. 18.9.2007 - X ZR 89/04, VergabeR 2008, 69). Im Streitfall hängt die Frage, ob die Klägerin eine geforderte Erklärung nicht abgegeben hat und ihr Angebot deshalb auszuschließen war, davon ab, ob den Bietern allein dadurch, dass zu den Verdingungsunterlagen die Bewerbungsbedingung Nr. 6 gehörte und diesen das Formular über den Nachunternehmereinsatz beigefügt war, konkludent die Erklärung abverlangt worden ist, die vorgesehenen Nachunternehmer bereits mit ihrem Angebot bekannt zu geben. Das hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint.

10 aa) Welcher Erklärungswert Angebotsunterlagen zukommt, ist anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze (§§ 133 und 157 BGB) zu ermitteln (vgl. BGHZ 124, 64; BGH, Urt. v. 18.4.2002 - VII ZR 38/01, NZBau 2002, 500). Die Verdingungsunterlagen sind zwar selbst keine Angebote im Sinne der §§ 145 ff. BGB (vgl. § 28 Nr. 2 und 3 VOB/A), sie bilden die von den Bietern einzureichenden Angebote aber gleichsam spiegelbildlich ab. Deshalb und in Anbetracht der Ausschlusssanktion müssen die Bieter diesen Unterlagen klar entnehmen können, welche Erklärungen i.S. von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A von ihnen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe verlangt werden (vgl. dazu auch BayObLG VergabeR 2003, 675 - Bauzeitenplan). Bedürfen die Vergabeunterlagen der Auslegung, ist dafür der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich (BGH, Urt. v. 22.4.1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595; BGHZ 124, 64). Das gilt auch für die im Streitfall verwendeten Unterlagen, weil die kombinierte Verwendung von Klausel und Vordruck nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen Verwendung gefunden hat und weiter findet, und zwar offenbar bundesweit (vgl. insoweit OLG Schleswig VergabeR 2006, 367).

11 bb) Dass die Bieter den hier interessierenden Teilen der Vergabeunterlagen in der Zusammenschau, wie das Berufungsgericht meint, nicht entnehmen mussten, sie hätten die vorgesehenen Nachunternehmer bereits im Angebot namentlich zu benennen, ist eine mögliche, wenn nicht sogar die naheliegende Auslegung.

12 (1) Nr. 6 der Bewerbungsbedingungen unterscheidet bei den den Nachunternehmereinsatz betreffenden Erklärungsobliegenheiten der Bieter zwischen zwei Regelungsgegenständen: der Einschaltung von Subunternehmern als sol-

cher und der Benennung der für die Ausführung vorgesehenen Unternehmen. Die Erstere muss nach Art und Umfang der von Subunternehmern auszuführenden Leistungen stets im Angebot angegeben werden. Über Letzteres müssen die Bieter sich dagegen nur "auf Verlangen" erklären. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Bieter hätten den Vergabeunterlagen entnehmen dürfen, auch vertraglich noch nicht gebundene Nachunternehmer angeben zu können und, die Vergabestelle behalte sich lediglich die nachträgliche Benennung der Nachunternehmer vor, verstößt weder gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze, noch ist das Berufungsgericht dazu unter Verletzung von Verfahrensvorschriften gelangt. Das der Klausel von der Beklagten beigelegte Verständnis, von der in Aussicht gestellten Aufforderung ("auf Verlangen") könne in anderen, gleichzeitig überreichten Teilen der Vergabeunterlagen sofortiger Gebrauch gemacht werden, mag formal von ihrem Wortlaut her noch gedeckt sein. Ohne Verstoß gegen § 286 ZPO hat das Berufungsgericht dieses denkbare Verständnis nicht als maßgeblich erachtet. Um dazu zu gelangen, hätten die Adressaten der Vergabeunterlagen in der Bewerbungsbedingung Nr. 6 bezüglich der Nachunternehmerbenennung eine abstrakte, übergeordnete Regelung innerhalb der Angebotsunterlagen erkennen müssen, die Anlass zu der Prüfung gab, ob sich aus den übrigen Dokumenten etwas in Bezug auf den Regelungsgehalt dieser Bewerbungsbedingung ergeben könnte. Ein solches hierarchisches Zusammenspiel in den einzelnen Bestandteilen der Vergabeunterlagen zu erkennen, erforderte eine vertragsrechtlich versierte Gesamtschau, die von den Bietern im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß aber nicht geleistet wird und die von ihnen auch nicht erwartet werden kann. Es ist vielmehr Sache des öffentlichen Auftraggebers, auf eine eindeutige und transparente Vorformulierung der von den Bietern verlangten, für die Vergabeentscheidung relevanten Erklärungen zu achten (vgl. BayObLG aaO).

13 (2) Das Berufungsgericht musste zu dem von der Beklagten verfochtenen Auslegungsergebnis auch nicht deshalb gelangen, weil den Vergabeunterlagen der die Nachunternehmerleistungen betreffende Vordruck beigefügt war. In dem Formular vorformulierte, eventuell abzugebende Bietererklärungen beziehen sich nur auf die zu übertragenden Leistungen, nicht auf die für deren Ausführung vorgesehenen Unternehmer ("...werde ich folgende Teilleistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen"). Dazu korrespondiert im Übrigen die in Fettdruck gehaltene Überschrift des Vordrucks, die ebenfalls nur auf die Leistungen als solche abzielt ("Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen"). Allein darin, dass der Vordruck auch eine Spalte für vorgesehene Nachunternehmer enthält, müssen die Bieter, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, nicht das Verlangen einer verbindlichen Benennung der Nachunternehmer im Angebot i.S. von Nr. 6 der Bewerbungsbedingungen erkennen. Das gilt umso mehr, als der für die Auslegung in erster Linie bedeutsame Wortlaut (vgl. BGHZ 124, 64) der Bewerbungsbedingung Nr. 6, aus der allein ein solches Verlangen hergeleitet werden kann, das Verständnis nahelegt, der Auftraggeber wolle sich vorbehalten, die ausführenden Nachunternehmer zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung gegebenenfalls benannt zu bekommen.

14 b) Das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis entspricht im Übrigen der die beiderseitigen Interessen berücksichtigenden Auslegung. Die VOB/A selbst sieht lediglich - fakultativ - vor, dass der Auftraggeber die Bieter auffordern kann, in ihrem Angebot die Leistungen anzugeben, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen (§ 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A). Diese Angaben reichen zunächst aus, um den Auftraggeber darüber ins Bild zu setzen, wie der einzelne Bieter den Auftrag zu erfüllen gedenkt. Den Bietern ist es zuzumuten, schon in diesem Stadium des Vergabeverfahrens Auskunft darüber zu geben, ob für bestimmte Leistungsteile eine Subunternehmereinschaltung vorgesehen

ist. Anders kann es sich verhalten, wenn sie schon bei der Angebotsabgabe verbindlich mitteilen müssen, welche Subunternehmer sie bei der Ausführung einschalten wollen. Um dazu wahrheitsgemäße Erklärungen abzugeben, müssten sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführung der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern bindend zusagen lassen. Eine solche Handhabung kann die Bieter insgesamt in Anbetracht des Umstands, dass der Zuschlag naturgemäß nur auf ein Angebot ergeht, in einem Maße belasten, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestellen steht. Sie ersparen sich damit lediglich den zusätzlichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand, zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung von einem engeren Kreis der Bieter - etwa von denjenigen, deren Angebote in die engere Wahl gelangt sind (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/A) - die gegebenenfalls vorgesehenen Nachunternehmer zu erfragen. Zusätzlich ist zu bedenken, dass sich das Risiko der Auftraggeber, lukrative Angebote wegen unvollständiger Abgabe von geforderten Erklärungen ausschließen zu müssen, nach den Beobachtungen des Senats mit der steigenden Zahl dieser vorgesehenen Erklärungen und außerdem dann erhöht, wenn die Abgabe verbindlich zum frühestmöglichen Zeitpunkt, also mit dem Angebot vor dem Eröffnungstermin verlangt wird.

15 c) Das Berufungsgericht hat nicht das Vorbringen der Beklagten übersehen, alle übrigen Bieter des hier interessierenden Vergabeverfahrens hätten die Unterlagen in seinem Sinne verstanden. Es hat sich lediglich nicht von dessen Richtigkeit überzeugen können, weil die Angaben dieser Bieter auch so verstanden werden konnten, dass lediglich verschwiegen wurde, dass die benannten Nachunternehmer noch nicht feststanden. Damit hat sich das Berufungsgericht nicht zu unstreitigem Sachverhalt in Widerspruch gesetzt. Im Übrigen kann dem Verständnis der übrigen Teilnehmer des konkreten Vergabeverfahrens im

Rahmen der objektiv vorzunehmenden Auslegung der Vergabeunterlagen ohnehin nur indizielle Bedeutung beigemessen werden.

16 2. Da die Klägerin die Anforderungen der Verdingungsunterlagen zu Recht dahin verstehen konnte, dass im Angebot lediglich die an Nachunternehmer zu vergebenden Gewerke verbindlich anzugeben waren, wäre es kein Vergaberechtsverstoß, sondern vergaberechtskonform gewesen, ihr anstelle des sofortigen Angebotsausschlusses Gelegenheit zur Benennung der endgültig vorgesehenen Nachunternehmer zu geben. Die übrigen Bieter wären deshalb durch dieses Vorgehen nicht in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt worden.

17 3. Ob der Klägerin, was für die Zuerkennung des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs erforderlich ist, bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, lässt sich nach den getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dazu gehört nicht nur, dass sie das nach den für den Auftrag geltenden Zuschlagskriterien wirtschaftlichste Angebot abgegeben haben muss, sondern in Fällen der vorliegenden Art obliegt es dem Kläger insbesondere auch darzulegen, dass er zur Übernahme der Nachunternehmerarbeiten bereite und befähigte Betriebe als Subunternehmer hätte beauftragen können. An Feststellungen dazu fehlt es, nachdem die von der Klägerin benannten Nachunternehmer sich bei Ausschluss des klägerischen Angebots gerade noch nicht gebunden hatten. An den hypothetischen Nachweis, ob die in diesem Zusammenhang benannten Unternehmen bereit gewesen wären, die Nachunternehmeraufträge anzunehmen und auszuführen, wird das Berufungsgericht im Bestreitensfall allerdings keine

überspannten Anforderungen stellen dürfen. Darüber hinaus ist der Beklagten der Einwand, sie hätte den oder die vorgesehenen Nachunternehmer seinerzeit ermessensfehlerfrei als ungeeignet ablehnen können, nicht abgeschnitten.

Melullis Scharen Keukenschrijver

Asendorf Gröning

Vorinstanzen:
LG Neuruppin, Entscheidung vom 22.06.2006 - 3 O 304/05 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 24.04.2007 - 11 U 103/06 -