

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 85/97

Verkündet am:
8. September 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/A §§ 9 Nr. 2; 21 Nr. 1 Abs. 2; 23 Nr. 1;
25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b

- a) § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A ist eine zwingende Vorschrift. Sie dient dem Schutz des korrekten Wettbewerbs, vor allem der redlichen Mitbieter, die Angebote entsprechend der Ausschreibung abgegeben haben. Angebote, die gegen § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A verstoßen, müssen deshalb von der Wertung ausgeschlossen werden.
- b) Dem Auftragnehmer wird ein ungewöhnliches Wagnis noch nicht ohne weiteres dadurch aufgebürdet, daß die im Rahmen seines Auftrages entgeltlich anzubietenden Gerüste zugleich auch für Folgearbeiten anderer Auftragnehmer vorgehalten werden sollen.

BGH, Urt. v. 8. September 1998 - X ZR 85/97 - OLG Celle
LG Lüneburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 8. April 1997 verkündete Grundurteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 3. Januar 1996 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

I. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte bei der Ausschreibung von Bauleistungen schuldhaft ihre Pflichten verletzt hat und deshalb der Klägerin zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet ist.

In der zweiten Jahreshälfte 1992 schrieb die Beklagte für einen Neubau unter anderem raumluftechnische Anlagen auf der Grundlage der VOB/A aus. Das von der Beklagten erstellte Leistungsverzeichnis sah für das raumluftechnische Zentralgerät wie auch für weitere ausgeschriebene raumluftechnische Zentralgeräte bestimmte technische Anforderungen vor.

Außerdem enthielt das Leistungsverzeichnis unter anderem folgende Leistungsbeschreibung:

"Gerüststellung

Für die Durchführung der Arbeiten werden in den Hauptarbeitsbereichen Gerüste bauseits gestellt. Für die Bereiche, in denen die Arbeitshöhen über 3,5 m über Fußboden liegen und keine bauseitigen Gerüste vorhanden sind, hat der Auftragnehmer selbst einzurüsten. Die Arbeitsgerüste müssen den geltenden Sicherheitsbestimmungen entsprechen. Sie sind für die Dauer der Arbeiten einschließlich der Dauer der Dämm- und Verkabelungsarbeiten vorzuhalten und anschließend wieder zu demontieren. ...



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Dabei wird pro laufenden Meter Arbeitsgerüst mit einer Arbeitsbreite von ca. 75 cm bei einer Arbeitshöhe bis 5,0 m über Fußboden folgendes berechnet:

10,0 m ...

Leistung wie zuletzt in vollem Wortlaut beschrieben, jedoch bis 8,0 m Arbeitshöhe über Fußboden

5,0 m ...

Leistung wie zuletzt in vollem Wortlaut beschrieben, jedoch bis 12,0 m Arbeitshöhe über Fußboden

50,0 m"

Neben 13 anderen Mitbewerbern gab auch die Klägerin ein Angebot ab. Für die Gerüste bis 5,0 m und bis 8,0 m Arbeitshöhe war in dem Angebot nicht, wie im Leistungsverzeichnis vorgesehen, ein Einheits- und Gesamtpreis angegeben, sondern statt dessen der Vermerk "enthalten". Beim Gerüst bis 12,0 m Arbeitshöhe war statt dessen eingetragen "siehe Anschreiben". Das Angebot enthielt "Anmerkungen zum Leistungsverzeichnis", unter anderem:

"Titel 1.7. Stundenlohnarbeiten und Sonstiges

Position 1.7.70 bis 1.7.90 - Gerüste zur Kanalmontage bis 8,0 m Arbeitshöhe sind in den Einheitspreisen der Lüftungsanlage enthalten. Für Gerüste bis 12,0 m haben wir Ihnen in Titel A 1 eine fahrbare Arbeitsbühne

angeboten, da der Einsatz fester Gerüste für die Kanalmontage zu aufwendig ist."

Ein dem Angebot ebenfalls beigefügtes "Alternativangebot" sah unter A 1.7.70 folgendes vor:

"1,000 pauschal Gerüststellung bis 12,0 m für 5 Tage
Leistung wie Ausschreibung Einheitspreis 1.085,00
Gesamtpreis 1.085,00."

Nach Eröffnung der Angebote forderte die für die Beklagte tätige Ingenieurgesellschaft von der Klägerin weitere technische Daten zu den Geräten an, unter anderem die Dämmschichtdicke und die Wärmeleitzahl, außerdem Typenangaben und Angaben zur Gerätegröße. Die Klägerin erteilte diese Information.

Von den 14 eingegangenen Angeboten war das der Klägerin das preislich günstigste. Es lag mit 1.110.134,52 DM um rund 28.000,-- DM unter dem nächstniedrigen Angebot.

II. Mit Schreiben vom 1. Februar 1993 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß ihr Angebot "aufgrund fachtechnischer Kriterien nicht in die Wertung miteinbezogen werden konnte", weil "die Vorgaben bezüglich maximaler Luftgeschwindigkeit im Gerät ... nicht eingehalten wurden". Im anschließenden Schriftverkehr wurden auch formelle Mängel des Angebots gerügt, weil bei den Gerüsten nicht die geforderten Einheitspreise angeboten worden und fehlende technische Angaben erst nach dem Eröffnungstermin nachgereicht worden seien.

Die Klägerin hat den ihr nach ihrer Behauptung entgangenen Gewinn aus dem Auftrag eingeklagt. Die Beklagte hat die Klageforderung dem Grund und der Höhe nach bestritten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, das Angebot der Klägerin sei zu Recht aus der Wertung ausgeschlossen worden, weil es nicht die geforderten Einheitspreise zu den Gerüsten angegeben und außerdem auch hinsichtlich der Gerüste bis 12,0 m Arbeitshöhe die Verdingungsunterlagen unzulässigerweise geändert habe.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und wegen der Höhe der Klageforderung den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt. Die Klägerin tritt der Revision entgegen und bittet um deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Dieses hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I. Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte habe das Angebot der Klägerin zu Unrecht aus formellen Gründen

ausgeschlossen. Soweit in dem Angebot kein gesonderter Einheitspreis für das Gerüst bis 8,0 m Arbeitshöhe angegeben sei, liege darin zwar ein Verstoß gegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A. Da es sich hierbei aber nur um eine Sollvorschrift handle, habe dieser Verstoß nicht zwangsläufig den Ausschluß des Angebots zur Folge. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob die unvollständigen Angaben dazu führten, daß der Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet oder der Bestellerwille nicht mehr gewahrt sei. Da die Gerüstkosten in die anderen Einheitspreise miteingerechnet seien, sei das nicht der Fall.

Auch der Umstand, daß das Angebot der Klägerin hinsichtlich des Gerüsts über 8,0 m Arbeitshöhe bis 12,0 m Arbeitshöhe von der Ausschreibung abweiche, könne einen Ausschluß des Angebots nicht rechtfertigen. Mit ihrer Ausschreibung der Nebenleistung "Gerüststellung" habe die Beklagte gegen § 9 Nr. 2 VOB/A verstoßen. Dadurch, daß dem Anbieter aufgegeben werde, das Gerüst auch für nachfolgende, nicht von ihm auszuführende Gewerke (Dämm- und Verkabelungsarbeiten) anzubieten, wobei die Ausschreibung keinerlei Angaben über die Dauer dieser Arbeiten enthalte, überbürde sie dem Anbieter ein von diesem nicht überschaubares und in keiner Weise beeinflussbares Preisrisiko. Ein derartige Vertragsbedingungen enthaltender Formularvertrag verstoße gegen § 9 AGBG. Auch wenn die Klägerin in diesem Punkt die Verdingungsunterlagen gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A geändert habe, sei es der Beklagten deshalb verwehrt, die Klägerin aus diesem Grunde mit ihrem Angebot auszuschließen.

Im übrigen habe auch die Beklagte die Abweichungen des Angebots der Klägerin in der Position "Gerüstkosten" jedenfalls zunächst nicht als Ausschlußgrund angesehen. Sie sei in die technische Prüfung eingetreten und habe den ursprünglichen Ablehnungsbescheid auch ausschließlich mit "fachtechnischen Kriterien" begründet.

Auch die unvollständigen Angaben zu den technischen Daten könnten einen Ausschluß des Angebots nicht rechtfertigen. Die Klägerin habe zwar auch insoweit gegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A verstoßen. Diese Angaben ließen sich aber ohne weiteres nachholen, ohne daß damit der Wettbewerb verzerrt werde.

Die Beklagte habe das Angebot der Klägerin auch nicht deshalb ohne weiteres ausschließen dürfen, weil bei Geräten über 1,6 m Bauhöhe der durch die VDI 3803 vorgegebene Wärmeleitwiderstand nicht eingehalten worden sei. Schließlich habe die Beklagte das Angebot der Klägerin auch nicht mit der Begründung ausschließen dürfen, daß die maximale Luftgeschwindigkeit in einigen Geräten überschritten worden sei.

Das Berufungsgericht hat schließlich angenommen, die Klägerin könne Ersatz ihres Erfüllungsinteresses verlangen, also den ihr aus dem Auftrag entgangenen Gewinn. Sie hätte ohne die Pflichtverletzung der Beklagten den Zuschlag erhalten.

II. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg. Aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen

Feststellungen bezüglich der Ausschreibung des Gerüsts steht fest, daß die Klägerin mit dem Angebot einer fahrbaren Arbeitsbühne anstelle eines ortsfesten Gerüsts und mit der Beschränkung auf eine Nutzungsdauer von nur fünf Tagen unter den Positionen 1.7.70 bis 1.7.90 gegen § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A verstoßen hat. Hiernach sind Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig. Das führt zwingend dazu, daß das Angebot der Klägerin von der Wertung ausgeschlossen werden mußte, wie sich aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A ergibt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß die Beklagte diesen Ausschlußgrund nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht ausdrücklich in ihrem Ablehnungsschreiben vom 1. Februar 1993 genannt hat. Bei § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, die dem Schutz des korrekten Wettbewerbs, vor allem der redlichen Mitbieter, die Angebote entsprechend der Ausschreibung abgegeben haben, dient.

1. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A soll sicherstellen, daß das Angebot den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Verdingungsunterlagen entspricht. Es geht nicht allein darum, daß der Auftraggeber eigenverantwortlich bestimmt, zu welchen Bedingungen er den Vertrag abschließen möchte, sondern auch darum, daß die übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung nicht durch eine Änderung der Verdingungsunterlagen durch einen Mitbieter einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Der durch die öffentliche Ausschreibung eröffnete Wettbewerb der Bieter kann nur gewährleistet werden, wenn Änderungen an den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen werden, weil anderenfalls die Vergleichbarkeit der Angebote leidet.

In diesem Zusammenhang kann auch die Vorschrift des § 23 Nr. 1 VOB/A herangezogen werden. Hiernach brauchen unter anderem Angebote, die den Bestimmungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, nicht geprüft zu werden. Es läßt sich aus dieser Vorschrift aber nicht ableiten, daß der Auftraggeber gehindert wäre, in eine Prüfung einzutreten. Aus diesem Grunde kann aus dem Umstand, daß das Angebot der Klägerin geprüft wurde, nichts zu ihren Gunsten wegen eines späteren Ausschlusses des Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A hergeleitet werden. Letztlich steht hinter § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A der Gedanke, durchsichtige, in den ausgewiesenen Leistungspositionen identische, miteinander ohne weiteres vergleichbare Vertragsangebote zu erhalten. Nur so kann ein echter fairer Wettbewerb unter den Bietern sichergestellt werden. Diese Überlegungen hat auch der vormals für diese Rechtsmaterie zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes seiner Prüfung, welche Verstöße von Bietern im Rahmen einer Ausschreibung beachtlich sind, zugrunde gelegt (hierzu etwa Urt. v. 29.03.1990 - VII ZR 240/88, BauR 1990, 463, 464).

Gegen diese Auffassung spricht auch nicht der Umstand, daß der Auftraggeber gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter verhandeln darf, um sich über seine Eignung, vor allem seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig

durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten. Es handelt sich hierbei erkennbar um eine Ausnahmegvorschrift, wie die Einschränkung "nur" und die enumerative Aufzählung zeigen; denn das Beispiel, "insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" ist auf die Eignung des Bieters beschränkt.

2. a) Ein Verstoß gegen § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A liegt darin, daß das Angebot der Klägerin hinsichtlich des Gerüsts über 8,0 m bis 12,0 m Arbeitshöhe nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dadurch von der Ausschreibung abweicht, daß die Klägerin anstelle der Position 90 in den Anmerkungen zum Leistungsverzeichnis, die sie ihrem Angebot beigelegt hatte, nur ein Alternativangebot, eine fahrbare Arbeitsbühne, unterbreitete. Der von der Revisionserweiterung in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung, auch die fahrbare Arbeitsbühne sei ein Gerüst im Sinne der Ausschreibung, kann nicht gefolgt werden. Der Senat kann diese mangels einer Auslegung des Berufungsgerichts selbst auslegen. Es ging der Beklagten in Anbetracht der in Rede stehenden Nachfolgearbeiten erkennbar um ein stationäres Gerüst; denn diese Bezeichnung entspricht dem herkömmlichen Sprachgebrauch und gewährleistet für die Handwerker eine größere Bewegungsfreiheit als eine Arbeitsbühne.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt ein weiterer Verstoß gegen § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A darin, daß die Klägerin unter A 1.7.70 lediglich ein "Alternativangebot" - 1 Gerüststellung bis 12 m für 5 Tage pauschal - einreichte. Nach Auffassung des Berufungsgerichts soll die-

ser Verstoß aber unbeachtlich sein, weil die Beklagte ihrerseits mit ihrer Ausschreibung gegen § 9 Nr. 2 VOB/A verstoßen habe.

Das trifft nicht zu. Zunächst begegnet die Ausschreibung von vornherein keinen Bedenken, soweit das von der Beklagten verlangte Gerüst für die eigenen Arbeiten des Auftragnehmers erforderlich ist. Es handelt sich insoweit um eine Nebenleistung, wie sie in verschiedenen DIN-Regelungen vorgesehen ist (z.B. DIN 18303 Nr. 4.1.7, DIN 18304 Nr. 4.1.4, DIN 18309 Nr. 4.1.6 oder auch DIN 18312 Nr. 4.1.14). Der Auftragnehmer kann seine Vertragsleistung nur mit einem Gerüst erbringen, und deshalb gehört die Gerüststellung notwendigerweise dazu.

Es begegnet auch keinen Bedenken, daß die Beklagte in ihrer Ausschreibung fordert, daß die Gerüste für die Dauer der Arbeiten auch anderen Unternehmern, nämlich für Dämm- und Verkabelungsarbeiten, "vorzuhalten" sind, weil es wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, daß jeder Unternehmer, der tätig wird und ein Gerüst benötigt, mit entsprechendem Kostenaufwand sein Gerüst selbst stellt und wieder abbaut und auf diese Weise der Auftraggeber mehr bezahlen muß, als wenn ein Gerüst einmal gestellt wird. Ein Anhaltspunkt dafür, daß die Forderung nicht als unzumutbar angesehen wird, ergibt sich aus der DIN 18331 Nr. 4.2.3 (betrifft Beton- und Stahlbetonarbeiten). Hiernach gilt das Vorhalten der Gerüste zum Mitbenutzen durch andere Unternehmer über die eigene Nutzungsdauer hinaus als besondere Leistung. Eine zeitliche Begrenzung ist dabei nicht vorgesehen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts überbürdet ein Auftraggeber dem Anbieter kein unüberschaubares und für ihn in keiner Weise beeinflussbares Preisrisiko, wenn er bei dem Vorhalten von Gerüsten keine Angaben über die Dauer der Arbeiten macht. Hiergegen spricht schon der Umstand, daß üblicherweise in einer Ausschreibung auch Ausführungsfristen genannt sind. Selbst wenn für das die Klägerin betreffende Gewerk die hierauf vorgesehene Ausführungsfrist genannt ist und nicht für die nachfolgenden, ändert dies nichts an der Beurteilung. Die Klägerin hatte verschiedene Möglichkeiten, sich Aufschluß über die voraussichtliche Dauer der Gerüstvorhaltung zu verschaffen und deren Wert zu kalkulieren. Sie hat zwar geltend gemacht, sie habe sich ohne greifbares Ergebnis bei der Beklagten wegen der Dämm- und Verkabelungsarbeiten anderer Auftragnehmer erkundigt. Sie hätte jedoch auch die Möglichkeit gehabt, einen Einheitspreis zu kalkulieren, der für die Zeit nach Abschluß der eigenen Arbeiten nach Zeiteinheiten berechnet wird. Sie hatte die Möglichkeit, hierauf in ihren Anmerkungen zum Angebot hinzuweisen. Schließlich darf auch nicht die unternehmerische Erfahrung außer acht gelassen werden. Die Klägerin ist als Fachunternehmen damit vertraut, wie sich der Ablauf bei Übernahme eines solchen Auftrages auch mit Nachfolgearbeiten anderer Handwerker und Unternehmer gestaltet.

Der Senat weist mit Rücksicht darauf, daß sich das Berufungsgericht für seine Auffassung auf die Kommentierung bei Ingenstau/Korbion (VOB, 13. Aufl., Teil A, § 9 Rdn. 34) bezogen hat, darauf hin, daß dort eine andere Sachverhaltsgestaltung diskutiert wird. Es geht um eine allgemeine Geschäftsbedingung des Auftraggebers, wonach der Auftragneh-

mer die Gerüste auf s e i n e K o s t e n zu erstellen und so lange vorzuhalten hat, wie sie durch andere Unternehmer gebraucht werden bzw. durch diese benutzt werden können. Dem Auftragnehmer wird hierdurch eine angemessene Vergütung versagt und zudem kann er die Dauer der Nutzung durch andere Auftragnehmer nicht abschätzen. Einer solchen Klauselgestaltung lag das in der Kommentierung erwähnte Urteil des Oberlandesgerichts München vom 30. Januar 1986 (29 U 3832/85, BauR 1986, 579) zugrunde.

Mit der vorliegenden Ausschreibung ist die dort im Wege der abstrakten Normenkontrolle verworfene Klausel nicht vergleichbar; denn es ging um die Vorhaltung der Gerüste durch den Rohbauunternehmer letztlich bis zur "schlüsselfertigen" Vollendung des Bauvorhabens. Wegen der Eingrenzung auf nachfolgende Dämm- und Verkabelungsarbeiten kann somit von einer vergleichbaren Sachverhaltsgestaltung ungeachtet der oben genannten Gesichtspunkte nicht gesprochen werden.

3. Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen bedarf keiner Entscheidung, ob das Angebot der Klägerin wegen möglicher vom Berufungsgericht auch erörterter Verstöße zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen.

Nach allem ist das Schadensersatzbegehren der Klägerin unbegründet.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1
Satz 1 ZPO.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen