

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 99/96

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/A § 26 Nr. 1

1. Bei Vorliegen eines der Aufhebungsgründe nach § 26 Nr. 1 VOB/A löst die Aufhebung einer Ausschreibung keine Ersatzansprüche für die am Verfahren teilnehmenden Bieter aus.
2. Änderungen in den Grundlagen der Finanzierung eines öffentlichen Bauvorhabens bilden nur dann einen schwerwiegenden Grund zur Aufhebung der Ausschreibung im Sinne des § 26 Nr. 1 lit. c VOB/A, wenn sie auf bei der Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbaren, die Finanzierung in mehr als nur unwesentlich berührenden Umständen beruhen.

3. a) Erscheint die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung des Ausschreibenden aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar, kann ein schwerwiegender Grund zur Aufhebung vorliegen, wenn die aufgrund der Ausschreibung abgegebenen Gebote deutlich über den geschätzten Kosten liegen.
- b) Ein Recht zur Aufhebung der Ausschreibung aus diesem Grunde scheidet jedoch regelmäßig aus, wenn die fehlende Finanzierung auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs zurückzuführen ist.
- c) Soweit der öffentliche Auftraggeber einen Dritten mit der Ermittlung der Kosten betraut, hat er für dessen Fehler bei der Feststellung des Bedarfs nach dem Gedanken des § 278 BGB einzustehen.

BGH, Urt. v. 8. September 1998 - X ZR 99/96 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

- 3 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. Juni 1996 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns, den sie aus der ihrer Ansicht nach unberechtigten Aufhebung der Ausschreibung eines öffentlichen Bauvorhabens durch die Beklagte herleitet.

Die Beklagte, eine politische Gemeinde, schrieb im Februar 1991 auf der Grundlage der VOB/A das Bauvorhaben "Ortsgestaltung W. - Sanierung K. " öffentlich aus, das Arbeiten aus den Bereichen Straßenbau, Landschaftsgärtnerei, Tiefbau, Kanalisation und Wasserversorgung umfaßte. Der Ausschreibung vorausgegangen war eine Kostenschätzung, der die Beklagte und der für sie tätige Architekt den bei der vorausgegangenen Sanierung der im Gebiet der Beklagten belegenen Hauptstraße entstandenen Aufwand zugrunde gelegt hatten. Dieses Vorhaben hatte die Klägerin ausgeführt. Auf der Grundlage von deren Angebot und Abrechnung schätzte der Architekt einen voraussichtlichen Aufwand für das geplante Vorhaben in der K. einschließlich der benötigten Rohrmaterialien auf insgesamt 591.400,-- DM.

In Gemeinschaft mit einem weiteren Unternehmen gab die Klägerin für das ausgeschriebene Vorhaben ein Angebot mit einem Gesamtpreis von 844.743,42 DM ab, in dem die Kosten für die Rohrmaterialien noch nicht enthalten waren. Die weiter eingereichten Angebote lagen zum Teil deutlich über dem Angebot der Klägerin und ihrer Mitbieterin.

Mit Rücksicht auf dieses Ergebnis der Ausschreibung hob die Beklagte mit Beschluß vom 14. Mai 1991 ihre Ausschreibung unter Hinweis auf die Mehrkosten auch des billigsten Angebots gegenüber ihrer Kostenschätzung auf. Auf eine Ausschreibung in veränderter Form im Folgejahr erhielt ein anderes Unternehmen den Zuschlag, das auf den geänderten Ausschreibungsinhalt ein Angebot zum Preis von 837.376,-- DM eingereicht hatte.

Das mit ihr in Bietergemeinschaft aufgetretene Unternehmen hat seine möglichen Ersatzansprüche an die Klägerin abgetreten, die von der Beklagten Ersatz für den beiden Unternehmen infolge des unterbliebenen Zuschlags entgangenen Gewinn verlangt. Sie ist der Meinung, die Bietergemeinschaft hätte den Zuschlag erhalten müssen. Ein Recht zur Aufhebung der Ausschreibung habe der Beklagten nicht zugestanden, da die Überschreitung der Kostenschätzung von ihr zu vertreten sei. Die Beklagte bzw. der für sie tätige Architekt hätten die Schätzung auf eine ungeeignete Grundlage gestützt. Die zum Vergleich herangezogene Sanierung der Hauptstraße sei aus mehreren Gründen mit dem ausgeschriebenen Vorhaben nicht zu vergleichen gewesen. Außerdem sei der Aufwand fehlerhaft ermittelt worden. Darüber hinaus habe die Berechnung auch an weiteren, bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zu vermeidenden Fehlern gelitten, die die Klägerin im einzelnen aufgeführt hat. So seien insbesondere bei der Kostenschätzung weder die Vorplanung der Sanierungsmaßnahmen fortgeschrieben noch zwischenzeitlich eingetretene Kostensteigerungen berücksichtigt worden. Den beiden Unternehmen entgangenen Gewinn hat die Klägerin mit 244.504,92 DM angegeben. Das Landgericht hat die auf Zah-

lung dieses Betrages nebst Zinsen gerichtete Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht diese Entscheidung dahin abgeändert, daß die Klage nur hinsichtlich eines auf das negative Interesse der beteiligten Firmen gerichteten Anspruchs dem Grunde nach gerechtfertigt sei; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt. Mit ihrer Anschlußrevision wendet sich die Beklagte gegen die Zuerkennung eines auf das negative Interesse gerichteten Ersatzanspruchs durch das Berufungsgericht. Beide Parteien bitten jeweils um Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Entscheidungsgründe:

Revision und Anschlußrevision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das gilt zunächst für die Anschlußrevision, mit der sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung dem Grunde nach wendet.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts muß die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß den der Klägerin und ihrem Mitbieter entstandenen Vertrauensschaden ersetzen. Zwar habe sie wegen des Überschreitens der Beträge aus ihrer Kostenschätzung die Ausschreibung

aufheben dürfen. Sie sei jedoch gleichwohl zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, weil die Kostenschätzung unrichtig und ihre Fehlerhaftigkeit von der Beklagten zu vertreten sei.

Zur Begründung hat sich das Berufungsgericht im wesentlichen der Entscheidung des Landgerichts angeschlossen, und - diese zusammenfassend - ergänzend ausgeführt, daß die Unterschiede zwischen dem Ergebnis der Kostenschätzung und dem Angebot der Klägerin sowie ihres Mitbieters darauf zurückzuführen seien, daß die kalkulierten Mengen erheblich von den ausgeschriebenen abwichen und die Beklagte zwischenzeitlich eingetretene Lohnsteigerungen nicht berücksichtigt habe. Zudem habe sie außer acht gelassen, daß das Vorhaben in der K. ein kleineres Volumen als die vorausgegangene Sanierung der Hauptstraße aufgewiesen habe und deshalb zu anderen Kosten und Preisen haben führen müssen. Angesichts des nach allem fehlerhaften Vorgehens der Beklagten könne die Kostenüberschreitung nicht als schwerwiegender Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 lit. c VOB/A bewertet werden; die gleichwohl vorgenommene Aufhebung der Ausschreibung verpflichte die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin zum Schadensersatz.

2. Diese Würdigung greift die Anschlußrevision der Beklagten im Ergebnis mit Erfolg an. Die Annahme einer Haftung der Beklagten auf Ersatz des der Klägerin erwachsenen Vertrauensschadens wird durch die bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen.

a) Der Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei unabhängig davon, ob sie die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 VOB/A habe aufheben können, zum Ersatz des der Klägerin entstandenen Schadens verpflichtet, kann nicht beigetreten werden.

Eine Ersatzpflicht des öffentlichen Auftraggebers im Falle der Aufhebung einer Ausschreibung kann sich aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo ergeben (vgl. die gleichzeitig - am 8.9.1998 - verkündete und zur Veröffentlichung bestimmte Entscheidung des erkennenden Senats in der Sache X ZR 48/97 sowie BGHZ 120, 281, 284; BGH, Urt. v. 26.3.1981 - VII ZR 185/80, BauR 1981, 368; Ingenstau/Korbion, VOB, Kommentar, 13. Aufl., § 26 VOB/A Rdn. 8 a.E.; Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 8. Aufl., § 26 VOB/A Rdn. 20). Diese Ersatzpflicht findet ihren Grund in der Verletzung des Vertrauens der Bieter darauf, daß das Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts, insbesondere unter Beachtung der VOB/A, abgewickelt wird und dementsprechend regelmäßig mit der Erteilung des Zuschlags an einen der Teilnehmer an dem Verfahren endet. Die Teilnehmer an der Ausschreibung dürfen darauf vertrauen, daß der mit der Erstellung des Angebots und der Teilnahme am Verfahren verbundene Aufwand nicht von vornherein nutzlos ist. Ohne einen wirksamen Schutz dieses berechtigten Vertrauens in eine regelgerechte Abwicklung des Verfahrens ist eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren und die darauf aufbauende Vergabe öffentlicher Aufträge mit einer nach allen Seiten ausgewogenen Risikoverteilung nicht durchzuführen. Das Vertrauen der Bieter ist jedoch nur in dem Umfang geschützt, in dem

es auf die Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts gerichtet ist. Jeder Bieter muß von vornherein mit der Möglichkeit rechnen, daß sich die in den vergaberechtlichen Bestimmungen zugelassenen Möglichkeiten verwirklichen, aus denen die Vergabe des Auftrags schlechthin oder an ihn unterbleibt. Insoweit kommt daher ein Vertrauensschutz nicht in Betracht; damit scheiden hier auch Ansprüche aus culpa in contrahendo aus. Das ist grundsätzlich insbesondere dann der Fall, wenn die Ausschreibung aus einem der in § 26 Nr. 1 aufgeführten Gründe aufgehoben wird (so auch im Ergebnis Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 26 VOB/A Rdn. 1, 20; Ingenstau/Korbion, aaO, § 26 VOB/A Rdn. 8, die einen Ersatzanspruch jeweils nur für den Fall der unberechtigten Aufhebung einer Ausschreibung erwägen).

b) Ob zugunsten der Beklagten hier einer der Aufhebungsgründe des § 26 Nr. 1 VOB/A eingreift, ist aufgrund des festgestellten Sachverhalts nicht abschließend zu beurteilen.

aa) Nach § 26 Nr. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot eingegangen ist, die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder andere schwerwiegende Gründe bestehen. Diese Regelung muß nach ihrem Sinn und Zweck eng ausgelegt werden. Nach ihrer Funktion können die genannten Gründe nur dann eingreifen, wenn sie erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sind oder dem Ausschreibenden jedenfalls vorher nicht bekannt sein konnten (vgl. BGHZ 120, 281, 286 für die entsprechende Regelung in der VOL/A m.w.N.; ebenso für die VOB/A aus-

drücklich BGH, Urt. v. 24.4.1997 - VII ZR 106/95, Betrieb 1997, 2218; Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 8 a.E.; Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 26 VOB/A Rdn. 7). Die Vorschrift des § 26 VOB/A trägt dem Vertrauen des Bieters darauf Rechnung, daß das Ausschreibungsverfahren entsprechend seiner Funktion und seinem Regelungszusammenhang normalerweise seinen Abschluß durch den Zuschlag an einen der Teilnehmer, d.h. die Erteilung des Auftrags, sein Ende findet (Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 2).

Der Teilnehmer darf bei einer öffentlichen Ausschreibung darauf vertrauen, daß er eine realistische Chance auf eine Amortisation seiner oft sehr erheblichen Aufwendungen zur Ausarbeitung eines sorgfältig kalkulierten Angebots hat. Die Verletzung dieses Vertrauens bildet den maßgeblichen Grund für die Ersatzpflicht des Ausschreibenden nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo insbesondere bei einer durch § 26 VOB/A nicht gedeckten Aufhebung des Verfahrens (vgl. Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, Rdn. 20; Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 8 a.E.). Sie entfällt demgemäß dann, wenn ein schutzwürdiges Vertrauen im Hinblick auf die Vergabe des Auftrags - wie in den Fällen des § 26 VOB/A - nicht gebildet werden kann. Das Ausmaß seiner Chancen kann der Bieter in einem gewissen Umfang nach den von der öffentlichen Hand zu beachtenden Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts abschätzen. Diesen, insbesondere der im vorliegenden Fall einschlägigen VOB/A, kann er entnehmen, daß eine Amortisation seiner Aufwendungen überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn es bei einer Wertung aller eingegangenen Angebote nach den im einzelnen zu beachtenden Bestimmungen letztlich zu einem Zuschlag zu seinen Gunsten

kommt, weil er das "annehmbarste Angebot" abgegeben hat (§§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2, 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Der Bestimmung des § 26 VOB/A kann er weiter entnehmen, daß es unter den dort genannten besonderen Voraussetzungen zu einer Aufhebung der Ausschreibung kommen kann mit der Folge, daß eine mögliche Amortisation seiner Aufwendungen selbst dann entfallen kann, wenn er das "annehmbarste Angebot" abgegeben hat. Darauf kann und muß er sich einrichten. Insofern kommen daher ein Vertrauensschutz und ein Ersatzanspruch des Ausschreibenden nicht in Betracht, soweit sie nicht durch andere Pflichtverletzungen begründet werden.

Im Interesse einer fairen Risikobegrenzung verdient der Bieter mit dem "annehmbarsten Angebot" jedoch Vertrauensschutz davor, daß seine Amortisationschance nicht durch zusätzliche Risiken vollständig beseitigt wird, die in den vergaberechtlichen Bestimmungen keine Grundlage finden. Er darf mit Blick auf die mit Kosten und Arbeitsaufwand verbundene Erarbeitung eines Angebots bei einer öffentlichen Ausschreibung erwarten, daß die mit seiner Beteiligung verbundenen Aufwendungen nicht von vornherein nutzlos sind, insbesondere, daß der Auftraggeber nicht leichtfertig ausschreibt und die Ausschreibung nicht aus anderen als den in § 26 VOB/A genannten Gründen beendet (Rusam, aaO, Rdn. 3). Dieses Vertrauen wird - wie das Berufungsgericht weiter zutreffend ausgeführt hat - gestützt durch § 16 Nr. 1 VOB/A, nach dem der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn alle Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und innerhalb der angegebenen Frist mit der Ausführung - nicht mit der Ausschreibung - begonnen werden kann. Bestätigt wird die Schutzwürdigkeit dieser Erwartung durch § 16 Nr. 2

VOB/A, der eine Ausschreibung für andere Zwecke (z.B. Ertragsberechnungen) ausdrücklich untersagt.

Diese dem § 26 Nr. 1 VOB/A zugrundeliegende Wertung der Interessen des öffentlichen Auftraggebers einerseits und der Teilnehmer an der Ausschreibung andererseits schließt die Heranziehung von Gründen, die dem Ausschreibenden vor der Einleitung des Verfahrens bekannt waren und mit deren Vorliegen oder Eintritt bei der Vergabeentscheidung er rechnen mußte, zur Rechtfertigung einer Aufhebung grundsätzlich aus. Änderungen in den Grundlagen der Finanzierung, wie sie hier von der Beklagten geltend gemacht worden sind, können danach einen schwerwiegenden, die Aufhebung der Ausschreibung ermöglichenden Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 lit. c VOB/A nur dann bilden, wenn sie auf nicht voraussehbaren, die Finanzierung des Vorhabens, auf die der Auftraggeber seine bisherige Bauabsicht gestützt hat, in nicht unwesentlichem Umfang berührenden Umständen beruhen (vgl. Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 8; vgl. auch Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 26 VOB/A Rdn. 10). Der Teilnehmer an einer Ausschreibung darf erwarten, daß der Auftraggeber vor der Ausschreibung mit der gebotenen und ihm möglichen Sorgfalt prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht (Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 8). Kommt er dem nicht oder nicht mit der gebotenen Sorgfalt nach, kann das Auftreten einer Finanzierungslücke nicht als Grund für die Aufhebung einer Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 lit. c VOB/A mit der Folge herangezogen werden, daß die an dem Verfahren teilnehmenden Bieter schlechthin keinen Ersatz für ihre infolge des enttäuschten

Vertrauens auf den rechtmäßigen Verlauf des Verfahrens erlittenen Schäden erhalten.

bb) Nach diesen Grundsätzen scheidet - wie das Berufungsgericht in seinem rechtlichen Ansatz zutreffend angenommen hat - eine Aufhebung der Ausschreibung regelmäßig dann aus, wenn die fehlende Finanzierung auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und der daran anschließenden Einwerbung der benötigten Mittel zurückzuführen ist. Von einem solchen Sachverhalt kann hier nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgegangen werden, wie die Anschlußrevision mit Recht rügt.

Allerdings kann sich die Beklagte nicht damit entlasten, die Kostenermittlung habe nicht sie, sondern ein von ihr beauftragter Architekt vorgenommen. Soweit dessen Handlungen - wie die Kostenermittlung - die Grundlagen des zwischen den Parteien bestehenden vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses berühren, muß die Beklagte für seine Handlungen nach § 278 BGB ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises einstehen. Mit der Übertragung der Kostenermittlung und der Vorbereitung der Ausschreibung hat sie den von ihr beauftragten Architekten in die Erfüllung der durch das vorvertragliche Vertrauensverhältnis begründeten Pflichten gegenüber den Teilnehmern an der Ausschreibung eingeschaltet.

Hinsichtlich des Umfangs der Finanzierungslücke ist zugunsten der Anschlußrevision zu unterstellen, daß sich die Kostenschätzung der Beklagten und das niedrigste Gebot um rund 300.000,-- DM unterschieden und daher auch bei ei-

nem Gesamtvolumen des Auftrags von 840.000,-- DM nach dem niedrigsten Angebot eine deutliche Differenz aufwiesen, die die Grundlagen der Finanzierung nachhaltig in Frage stellen konnte. Das entspricht der durch Zahlenangaben zu Kostenermittlung und Angebot erläuterten Behauptung der Beklagten, zu der abweichende Feststellungen nicht getroffen sind.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der für die Beklagte tätige Architekt habe die voraussichtlichen Kosten nicht mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt, ist, wie die Anschlußrevision mit Recht rügt, nicht frei von Rechtsfehlern. Bei seiner Würdigung hat sich das Berufungsgericht im wesentlichen den Ausführungen in dem erstinstanzlichen Urteil angeschlossen und diese lediglich um einige kurze Bemerkungen ergänzt. Dabei hat es wesentliches Vorbringen der Beklagten unberücksichtigt gelassen. Dem in dem Urteil des Landgerichts erhobenen Vorwurf, die Kostenschätzung habe einen wesentlichen Teil des bei dem Vorhaben benötigten Materials nicht berücksichtigt und sei von unrealistischen Kosten ausgegangen, war die Beklagte in der Berufungsbeurteilung mit einer Berechnung entgegengetreten, die nach ihrer Darstellung alle benötigten Mengen berücksichtigte und - auf der Grundlage der von der Klägerin bei dem vorausgegangenen Vorhaben berechneten Vergütung - mit einem Endpreis von rund 650.000,-- DM abschloß. Zum Beweis der Richtigkeit dieser Berechnung hat sie sich auf ein Sachverständigengutachten bezogen und in diesem Zusammenhang den Inhalt des vom Landgericht nicht mehr durchgeführten Beweisbeschlusses aufgegriffen. Das Berufungsgericht ist hierauf nicht eingegangen. Die Übernahme der Kosten aus dem vorausgegangenen Vorhaben hat es im Anschluß an die Ausführungen

des Landgerichts mit der Erwägung als fehlerhaft angesehen, beide Vorhaben seien von ihrer Größe her unterschiedlich, was schon nach der Lebenserfahrung zu unterschiedlichen Kosten und insbesondere einem höheren Gemeinkostenanteil führen müsse. Dabei ist das im Berufungsverfahren wiederholte Vorbringen der Beklagten unberücksichtigt geblieben, dem geringeren Umfang des Vorhabens hätten Erleichterungen bei der Ausführung bei den Arbeiten an der K. gegenübergestanden, die hierzu vollständig habe gesperrt werden können. Daß dies ohne Einfluß auf die Kosten geblieben wäre, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt und kann nach der Lebenserfahrung nicht unterstellt werden. So kann eine vollständige Sperrung der Straße eine Verlegung der Baustelleneinrichtung in Abhängigkeit von dem Baufortschritt entbehrlich machen und damit auch unmittelbar Einfluß auf die Gemeinkosten und über diese auf die jeweils eingesetzten Einheitspreise gewinnen. Nicht näher behandelt hat das Berufungsgericht schließlich auch die - durch die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten entgangenen Gewinns gestützte und von ihr durch Zahlen erläuterte - Behauptung der Beklagten, die Unterschiede zwischen der Kostenschätzung und dem Gebot der Klägerin seien im wesentlichen nur durch eine unterschiedliche Kalkulation des angestrebten Gewinns bei beiden Vorhaben verursacht worden.

Traf die Darstellung der Beklagten zu, kann ihr eine fehlerhafte Ermittlung des Finanzierungsbedarfes nicht vorgeworfen werden. Zwar kann dem Vertragspartner eines öffentlichen Auftraggebers nicht verwehrt werden, nach einem aus seiner Sicht unbefriedigenden Geschäft die Kalkulationsgrundlagen bei Folgeverträgen zu seinen Gunsten zu ver-

ändern; das muß auch der Auftraggeber in Rechnung stellen. Gleichwohl kann die damit verbundene Änderung der tatsächlichen Kosten eine - auf der Fortschreibung des ursprünglichen Angebots beruhende - Kostenschätzung auch dann nicht als unvertretbar erscheinen lassen, wenn sich auf diese Weise deutliche, die Entscheidung des Auftraggebers beeinflussende Unterschiede zwischen den prognostizierten und den aus den Angeboten ersichtlichen Kosten ergeben. Die Kostenschätzung ist als ein der eigentlichen Ausschreibung vorgeschalteter Vorgang mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet; sie kann nicht an den gleichen Maßstäben wie das Angebot der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren gemessen werden. Ihrem Gegenstand nach bildet sie eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde (so auch für die vergleichbare Problematik im öffentlichen Planungsrecht BVerwGE Bd. 56, 110, 117 f.). Dem Charakter der Prognose entsprechend können dabei lediglich die bei ihrer Aufstellung vorliegenden Erkenntnisse berücksichtigt werden, nicht jedoch solche Umstände, die erst im Nachhinein bei einer rückschauenden Betrachtung erkennbar und in ihrer Bedeutung ersichtlich werden (vgl. BVerwGE Bd. 56, 110, 121 f.). Aus der Sicht der Beteiligten sind ihre Ergebnisse hinzunehmen, wenn die Prognose aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint. Daran wird es allerdings - wie das Berufungsgericht angenommen hat - regelmäßig fehlen, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere, wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung

unberücksichtigt läßt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt.

Zu Recht weist die Anschlußrevision auch darauf hin, daß das Berufungsgericht nicht näher erläutert hat, warum es bei seiner Wertung die Ursächlichkeit anderer Umstände als der angenommenen fehlerhaften Kalkulation durch die Beklagte ausgeschlossen hat. In welcher Größenordnung die der Beklagten vorgeworfenen Versäumnisse ihre Kalkulation beeinflussen haben, ist der angefochtenen Entscheidung ebenfalls nicht zu entnehmen. Tatrichterliche Feststellungen zum Umfang der aus Lohn und Preissteigerungen folgenden Mehrbelastungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Das gleiche gilt für die aus den veränderten Massen folgenden Mehrkosten. Die vom Landgericht angenommene Preisdifferenz in der Größenordnung von 219.300,-- DM hat die Beklagte mit der Berufung angegriffen, ohne daß das Berufungsgericht hierauf eingegangen wäre.

Für die Annahme einer nicht mehr vertretbaren Fehlprognose bei der Schätzung der anfallenden Kosten bildet nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch das Ergebnis der späteren, die gleiche Straße betreffenden zweiten Ausschreibung keine Grundlage. Dabei handelt es sich um spätere Erkenntnisse, die der Beklagten bei der ersten Ausschreibung nicht zur Verfügung standen. Im übrigen ist dort der Zuschlag zwar auf ein Angebot erteilt worden, das sich im Endbetrag von dem Angebot der Klägerin bei der vorausgegangenen Ausschreibung nur geringfügig unterscheidet. Insoweit kann nach dem festgestellten Sachverhalt jedoch ohne weitere Erläuterung nicht von einer Vergleichbarkeit der

beiden Vorhaben ausgegangen werden. Aus der angefochtenen Entscheidung ergibt sich immerhin, daß der späteren Ausschreibung ein abweichender Auftragsumfang zugrunde gelegen hat.

3. Nach alledem kann auch die eingeschränkte Verurteilung der Beklagten dem Grunde nach aufgrund des bisherigen Sach- und Streitstands keinen Bestand haben. Mit Rücksicht auf die erforderliche weitere Aufklärung im Hinblick auf den streitigen Vortrag der Parteien zu den tatsächlichen Voraussetzungen der im Auftrag der Beklagten durchgeführten Kostenschätzung ist das angefochtene Urteil daher auf die Anschlußrevision der Beklagten aufzuheben und die Sache insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

II. Die Revision der Klägerin ist ebenfalls begründet. Sollte - wie mit Blick auf die vorstehend erörterte weitere Aufklärung des Sachverhalts zugunsten des Rechtsmittels zu unterstellen ist - die Beklagte dem Grunde nach zum Ersatz des der Klägerin entstandenen Schadens verpflichtet sein, läßt sich die Abweisung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs auf Ausgleich auch des entgangenen Gewinns auf die bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht stützen. Auch insoweit bedarf es einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts.

1. Wie bereits oben (I 2 a) ausgeführt, kann der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er bei der

Vergabe öffentlicher Aufträge die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts nicht einhält (vgl. u.a. auch die zur Veröffentlichung vorgesehene, gleichzeitig am 8.9.1998 verkündete Senatsentscheidung in der Sache X ZR 48/97 sowie BGHZ 120, 281, 284 m.w.N.). Eine Ersatzpflicht kommt danach bei Nichteinhaltung der Regelungen der VOB/A über die Ausschreibung in Betracht, insbesondere wenn diese ohne Vorliegen eines der in § 26 Nr. 1 lit. a VOB/A genannten Gründe aufgehoben wurde. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den Vertrauensschaden, den der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren erlitten hat. Der Ersatz dieses Schadens umfaßt regelmäßig die mit der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren verbundenen Aufwendungen und Kosten, ohne allerdings schlechthin auf diese beschränkt zu sein. Auf dieser Grundlage kann ein Bieter Ersatz für entgangenen Gewinn allerdings nur dann verlangen, wenn er zuverlässig auf eine Vergabe des Auftrags vertrauen durfte. Dafür genügt angesichts des (begrenzten) Regelungszusammenhangs der VOB/A nicht, daß das Ausschreibungsverfahren aus einem nicht unter die Regelung des § 26 Nr. 1 VOB/A fallenden Grund aufgehoben wurde.

Der VOB kann nach ihrem Wortlaut und Regelungszusammenhang ein allgemeiner Anspruch auf Erteilung des Zuschlags in allen Fällen, in denen ein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 VOB/A nicht gegeben ist, nicht entnommen werden. Die Ausschreibung löst einen solchen Anspruch nicht aus (vgl. Heiermann in Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 9 VOB/A Rdn. 45; vgl. auch Ingenstau/Korbion aaO § 26 VOB/A Rdn. 2). Daß der öffentliche Auftraggeber das einmal eingeleitete Verfahren nur aus den in § 26 Nr. 1 genannten Grün-

den aufheben darf, bedeutet zunächst nur, daß er bei einer Aufhebung aus anderen Gründen zum Schadensersatz verpflichtet sein kann. Aus der Regelung kann hingegen nach ihrem systematischen Zusammenhang und ihrer Entstehungsgeschichte nicht im Umkehrschluß abgeleitet werden, daß der Ausschreibende bei Fehlen eines solchen Grundes stets zur Erteilung des Auftrags verpflichtet wäre. Eine Regelung, die eine solche Verpflichtung ausdrücklich anordnet, findet sich in der Verdingungsordnung für Bauleistungen nicht; sie kann dieser auch im Wege der Auslegung nicht entnommen werden.

Ihrer ursprünglichen Funktion nach sind die Regelungen der VOB/A wie der übrigen Teile der VOB die in Form einer Verwaltungsanweisung niedergelegten, von der öffentlichen Hand unter maßgeblicher Beteiligung der interessierten Kreise aus der Wirtschaft, insbesondere der Bauwirtschaft entwickelten allgemeinen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge (vgl. dazu Ingenstau/Korbion, aaO, Einl. Rdn. 6 ff., 18). Eine die öffentliche Hand bindende Wirkung konnten diese Regeln - wie jede interne Anweisung der Verwaltung - in erster Linie über das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot entfalten; dafür war ihre tatsächliche Handhabung durch die öffentliche Hand ausschlaggebend. Aus deren Sicht bestand ein Regelungsbedarf nur hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen sie sich ohne Ersatzpflicht von einer bereits eingeleiteten Ausschreibung lösen konnte. Zur Übernahme einer Verpflichtung zur Erteilung des Auftrags bei Fehlen dieser Voraussetzungen bestand demgegenüber für sie kein Anlaß; hiervon mußten auch die Vertragspartner der öffentlichen Auftraggeber ausgehen. Die Ausschreibung betrifft die Stadien im Vorfeld der Auftrags-

vergabe, in dem es jedem Beteiligten nach allgemeinem Zivilrecht unbenommen bleibt, von der Vergabe des in Aussicht genommenen Auftrags abzusehen (vgl. Ingenstau/Korbion, aaO, § 26 VOB/A Rdn. 2). Daß diese Freiheit durch die Regelungen der VOB/A vollständig entfallen sollte, ist nicht zu erkennen, zumal sie bei diesem Verständnis gegen zwingendes Haushaltsrecht verstoßen hätten. Danach ist die öffentliche Hand im Interesse einer sachgerechten und zweckmäßigen Verwendung der von den Bürgern aufgebrauchten Steuern zur sparsamen und effizienten Verwendung der Haushaltsmittel verpflichtet (vgl. für das derzeitige Recht § 90 BHO und § 6 HaushaltsgrundsätzeG). Mit diesem Grundsatz wäre eine Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen, für deren Durchführung ein öffentliches Interesse nicht mehr besteht, unvereinbar; sie könnte in einer die öffentliche Verwaltung bindenden Weise in eine Verwaltungsanweisung nicht aufgenommen werden. Das gleiche gilt für eine Regelung, die die Verwaltung auch daran hindert, von Vorhaben aus sachlichen und willkürfreien Erwägungen, etwa bei einem geänderten Bedarf oder infolge fehlender Mittel wegen eines veränderten Steueraufkommens, Abstand zu nehmen. Rechtswidrig wäre ferner die Vergabe eines Auftrags, für den der Haushaltsgesetzgeber die erforderlichen Mittel nicht oder nicht in der erforderlichen Höhe bereitgestellt hat. Der Entscheidung des nach Verfassungs- und Haushaltsrecht allein berufenen Gesetzgebers darf die Verwaltung durch die geschäftliche Übernahme von Verpflichtungen nicht vorgreifen; es ist allein Sache der dafür berufenen Parlamente, über die Verteilung der vorhandenen Haushaltsmittel zu befinden; sie könnte ebenfalls durch eine allein auf der Ebene der Verwaltung getroffene Regelung nicht begründet werden. Vor diesem Hin-

tergrund kann zwar das Vertrauen der Teilnehmer einer Ausschreibung an der Einhaltung der in der VOB enthaltenen Regelungen schutzwürdig erscheinen, ohne Hinzutreten weiterer, die Schutzwürdigkeit erst begründender Umstände hingegen nicht die Erwartung, daß der Auftrag in jedem Fall erteilt werde.

Als Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge sind die Vorschriften der VOB/A in das öffentliche Haushaltsrecht eingebettet. Für das geltende Recht kommt dies durch die Regelung des Vergaberechts im Haushaltsgrundsätzegesetz zum Ausdruck, das insoweit lediglich seine systematische Zugehörigkeit aufgreift. Bei diesem systematischen Zusammenhang können eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Vergabe des Auftrags bei einer Ausschreibung, bei der die Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 VOB/A nicht erfüllt sind, oder ein hierauf gerichtetes schutzwürdiges Vertrauen auf Seiten der Bieter nicht angenommen werden. Eine solche Bindung hätte einen Widerspruch zu wesentlichen Grundsätzen des öffentlichen Haushaltsrechts zur Folge. Hiervon geht auch das spätere Recht zur Umsetzung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der hier maßgeblichen Fassung der Richtlinie vom 18. Juli 1989 (ABl. EG L 210/1 v. 21.7.1989) aus. Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber bei der Einführung nach den §§ 57 ff. HaushaltsgrundsätzeG in Abkehr von wesentlichen bisherigen Prinzipien des Haushaltsrechts eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Vergabe von Aufträgen über nicht mehr benötigte Vorhaben begründen wollte, sind nicht zu erkennen. Für derart weitreichende Eingriffe in das nationale Haushaltsrecht findet

sich auch in der Richtlinie keine Grundlage, die sich allein mit dem Verfahren zur Auswahl unter den Bietern und den Auswahlkriterien befaßt. Eine Regelung, die den öffentlichen Auftraggeber zur Vergabe zwingt, enthält sie nicht. Sie ist auch ihrem Sinnzusammenhang nicht zu entnehmen, zumal für eine Verpflichtung zur Vergabe auch für den Fall, daß sachliche Gründe gegen eine Vergabe sprechen, nach der Interessenlage ein Bedarf nicht zu erkennen ist.

Um die Vergabe öffentlicher Aufträge im Interesse einer nachprüfbaren Gleichbehandlung aller Bewerber durchsichtig, überschaubar und justitiabel zu machen, bedarf es der Begründung von Ansprüchen auf Erteilung des Zuschlages für Bauvorhaben, von denen die öffentliche Hand aus sachlichen, willkürfreien Erwägungen Abstand nehmen will oder für die die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen aus anderen Gründen nicht oder nicht mehr gegeben sind, nicht. Ebenso wenig ist eine solche Ersatzpflicht mit Blick auf schutzwürdige Interessen der Teilnehmer der Ausschreibung geboten. Diesen steht jedenfalls dann, wenn - wie hier nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - der Auftrag endgültig nicht vergeben wird, nicht mehr als ein Ausgleich für die nutzlosen Aufwendungen zu. Damit wird den berechtigten und in einem solchen Fall allein schutzwürdigen Erwartungen des nicht zum Zuge gekommenen Bieters genügt, die mit seiner Teilnahme an der Ausschreibung verbundenen Unkosten nicht von vornherein nutzlos aufgewendet zu haben.

Der Entscheidung des VIII. Zivilsenats in BGHZ 120, 281 f. ist für einen darüber hinausgehenden Umfang der Er-

satzpflicht auch in Fällen, in denen es zu einem Zuschlag nicht gekommen ist, nichts zu entnehmen. Mit der Frage, ob der öffentliche Auftraggeber zum Vertragsschluß verpflichtet ist oder der Bieter auf einen Abschluß vertrauen darf, wenn die Voraussetzungen einer Aufhebung nach § 26 Nr. 1 VOB/A nicht gegeben sind, befaßt sich diese Entscheidung nicht. Sie betrifft den Fall, daß der Auftrag zwar tatsächlich erteilt wurde, aber nicht demjenigen Bieter, der das annehmbarste Gebot abgegeben hatte und der demgemäß nach Maßgabe des Vergaberechts der VOB/A den Auftrag hätte erhalten müssen. In einem solchen Fall erscheint es allerdings gerechtfertigt, den unter Verletzung der Vergabevorschriften übergangenen Teilnehmer an der Ausschreibung nicht lediglich auf einen Ersatz seiner im Ergebnis nutzlosen Aufwendungen für die Erstellung des Angebots und die Teilnahme am Verfahren zu verweisen, sondern ihm einen Anspruch auf den entgangenen Gewinn infolge des zu Unrecht vorenthaltenen Auftrags zuzusprechen.

Mit dem vorliegenden Sachverhalt, in dem die Vergabe des Auftrags schlechthin unterblieb, ist dieser Fall nicht zu vergleichen. Für Fälle dieser Art ist schon der bisher für das Vergaberecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in seiner Rechtsprechung davon ausgegangen, daß die Beschränkung der Aufhebungsgründe in § 26 Nr. 1 VOB/A eine Aufhebung des Verfahrens aus anderen Gründen nicht schlechthin ausschließt, sondern nur Ersatzansprüche zugunsten der Teilnehmer an der Ausschreibung auslösen kann, die einen Ersatz auch des entgangenen Gewinns dann einschließen können, wenn der Auftrag tatsächlich erteilt wurde und ihn der übergangene Bewerber erhalten hätte (BGH,

Urt. v. 24.4.1997 - VII ZR 106/95, Betrieb 1997, 2218, 2219). Bei diesen Einschränkungen kommt ein schutzwürdiges Interesse darauf, daß bei einem Fehlen der in § 26 Nr. 1 VOB/A genannten Gründe stets mit der Erteilung eines Auftrags gerechnet werden kann und daher bei rechtmäßigem Verhalten auch die Erzielung des damit verbundenen Gewinns auf seiten des Empfängers des Zuschlags zu rechnen ist, nicht in Betracht.

2. Aus diesen Überlegungen ergibt sich jedoch andererseits, daß ein auf die Erteilung des Auftrags gerichtetes Vertrauen bestehen kann, wenn dieser tatsächlich, wenn auch unter Verstoß gegen das Vergaberecht, an einen anderen Auftragnehmer vergeben worden ist. Dabei kann sich eine den entgangenen Gewinn einschließende Ersatzpflicht auch dann ergeben, wenn der Auftrag zwar aufgrund eines nach Aufhebung des ersten eingeleiteten neuen Ausschreibungsverfahrens erteilt wird, sofern er bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft, ohne daß sich für die vorausgegangene Aufhebung des ersten Verfahrens sachliche und willkürfreie Gründe feststellen lassen.

3. Ob nach diesen Grundsätzen hier eine auf den Ersatz auch des entgangenen Gewinns gerichtete Ersatzpflicht der Beklagten besteht, ist ohne weitere Sachaufklärung nicht abschließend zu beurteilen. Das Berufungsgericht ist - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - der Frage nicht nachgegangen, ob sich der im folgenden Jahr erteilte Auftrag bei wirtschaftlicher Betrachtung lediglich als die Fortsetzung des zunächst aufgegebenen Vorhabens darstellt oder auf

einem neuen und selbständigen Entschluß der Beklagten beruht. Nach Sinn und Zweck der seine Ersatzpflicht begründenden Regeln kann sich der öffentliche Auftraggeber seiner Haftung nicht dadurch entziehen, daß er die ursprüngliche Ausschreibung ausdrücklich oder konkludent aufhebt und ein neues Verfahren einleitet, um den ausgeschriebenen Auftrag dann später anderweitig zu vergeben. Hat die spätere Vergabe bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung den gleichen Auftrag zum Gegenstand, kann und muß der später erteilte Zuschlag im Hinblick auf die Ersatzpflicht des Ausschreibenden einem Zuschlag auf die erste Ausschreibung gleichgesetzt werden.

Ob ein solcher Sachverhalt hier gegeben ist, kann aufgrund der bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden. Für eine zum Ersatz auch des entgangenen Gewinns führende wirtschaftliche Identität könnte sprechen, daß der aufgrund der zweiten Ausschreibung vergebene Auftrag die gleiche Straße betraf und in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erteilt und durchgeführt wurde. Demgegenüber wird eine solche Übereinstimmung eher zu verneinen sein, wenn es sich um eine ihrem Gegenstand nach andere Maßnahme handelt. Das Gleiche wird regelmäßig dann anzunehmen sein, wenn sich die haushaltsrechtlichen Grundlagen verändert haben. Beruht die zunächst ausgesprochene Aufhebung der Ausschreibung darauf, daß im Haushalt die nach den Geboten im Ausschreibungsverfahren erforderlichen Mittel nicht zur Verfügung standen, wird hierdurch der Zusammenhang zu einer nachfolgenden Ausschreibung regelmäßig auch dann unterbrochen, wenn sie ein dem Inhalt nach gleiches oder vergleichbares Vorhaben be-

trifft. Zu dessen Ausführung bedarf es regelmäßig einer erneuten Bereitstellung der erforderlichen Mittel und damit einer erneuten Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers, an die sich notwendig eine neue Ausschreibung anschließen muß. Schon das wird regelmäßig die Verbindung zu dem vorausgegangenen Verfahren unterbrechen. Demgegenüber wird bei einer bloßen Übertragung der Mittel auf den Haushalt des folgenden Jahres trotz der formalen Notwendigkeit einer erneuten Ausschreibung bei inhaltlicher Übereinstimmung des Auftrags eine bloße Fortschreibung zu sehen sein, insbesondere wenn bei einer auch inhaltlichen Übereinstimmung die im Zusammenhang mit der ersten Ausschreibung bereitgestellten Mittel trotz der geltend gemachten Deckungslücke zur Finanzierung des Vorhabens ausgereicht hätten, wie die Klägerin der Sache nach geltend macht.

Das Berufungsgericht ist der Frage, ob und in welchem Umfang sich der Gegenstand der die K. der Beklagten betreffenden Ausschreibungen unterschieden hat, nicht nachgegangen. Feststellungen dazu, welche Mittel für die Ausführung des von der ersten Ausschreibung betroffenen Vorhabens in den Haushalt der Beklagten eingestellt wurden, sind dem angefochtenen Urteil ebenfalls nicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht wird dem nachzugehen haben. Angesichts der nach dem Vorbringen der Beklagten erheblichen Differenz

in der Größenordnung von 50 v.H. des zunächst veranschlagten Betrages kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Unterschiedsbetrag im laufenden Haushalt der Beklagten gedeckt war.

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis

Keukenschrijver