



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 36/03

Verkündet am:
22. Februar 2005
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Ausschreibungsgewinnerin

VgV § 13 Satz 4 a.F. (jetzt VgV § 13 Satz 6)

Entsprechend dem Schutzzweck des § 13 Satz 4 VgV a.F. ist der nach einem Vergabeverfahren geschlossene Vertrag nur dann nichtig, wenn ein unterlegener Bieter in seinen Informationsrechten verletzt ist und auf ein Nachprüfungsverfahren anträgt.

BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 - KZR 36/03 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2004 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Grundurteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. Juni 2003 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger schrieb im Rahmen einer öffentlichen Beschaffungsmaßnahme für die Landesfinanzverwaltung im Mai 2001 unter anderem 2500 Notebooks mit Transporttaschen sowie Drucker aus, wobei die Angebote bis 18. Juni 2001 abzugeben waren. Die Beklagte bot mit Schreiben vom 15. Juni 2001 2500 Notebooks S. zum Einzelpreis von 1.910 DM an. Mit Schreiben vom 23. Juli 2001 teilte der Kläger zwölf weiteren Bietern vorab mit, daß sie nicht berücksichtigt würden, ohne ihnen gegenüber den zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststehenden Ausschreibungsgewinner zu benennen. Die übrigen Bieter benachrichtigte er am 3. August 2001, daß die Beklagte den Zuschlag erhalten werde. Am 20. August 2001 erteilte der Kläger der Beklagten den Zuschlag. Bereits am nächsten Tag informierte die Beklagte telefonisch und per E-Mail den Kläger, sie habe Schwierigkeiten bei der Beschaffung der

Notebooks. Am 22. August 2001 schließlich benachrichtigte die Beklagte den Kläger, daß der Hersteller S. dieses Notebook nicht mehr herstelle, und bot gleichzeitig das Nachfolgemodell S. an. Da der Kläger nur zu dem ursprünglichen Preis abzunehmen bereit war, teilte die Beklagte mit Schreiben vom 27. September 2001 mit, daß sie sich an ihr Angebot nicht mehr gebunden sehe. Schließlich leitete der Kläger ein neues Vergabeverfahren ein und erteilte der F. GmbH den Zuschlag für das Modell L. zum Preis (ohne Software) von 2.393 DM. Die Mehrkosten der Deckungsbeschaffung macht der Kläger gegenüber der Beklagten geltend. Seine Klage ist vor dem Landgericht erfolglos geblieben, weil das Landgericht infolge der unterbliebenen Information der unterlegenen Bieter gemäß § 13 Satz 4 VgV a.F. den Vertrag als nichtig angesehen hat. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und festgestellt, daß die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer - vom Berufungsgericht - zugelassenen Revision; der Kläger tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 326 BGB a.F. dem Grunde nach bejaht. Durch den Zuschlag sei ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen. Der Kläger habe zwar mit dem Zuschlag 55 Notebooks mehr als ausgeschrieben bestellt. Dies sei jedoch durch die allgemeinen Vertragsbedingungen gedeckt, die den Auftragnehmer verpflichteten, Mehrleistungen bis zu 10 % der im Vertrag festgelegten Mengen zu dem angebotenen Preis zu erbringen. Der Vertrag sei auch nicht wegen objektiver Unmöglichkeit gemäß § 306 BGB a.F. nichtig, weil die Beklagte nicht

dargetan habe, daß bei Abschluß des Vertrages überhaupt keine Notebooks dieses Modells als lieferbar vorhanden gewesen seien. Schließlich führe ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Informationspflichten gegenüber den unterlegenen Bietern nicht zu einer Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 13 Satz 4 VgV a.F. Dabei könne dahinstehen, ob diese Regelung mangels wirksamer Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig sei. Jedenfalls dürfe sich die Beklagte auf diesen Nichtigkeitsgrund nicht berufen. Dies ergebe sich einmal aus einer teleologischen Reduktion dieser allein im Interesse des unterlegenen Bieters stehenden Vorschrift, zum anderen aber auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Hier liege nämlich eine unzulässige Rechtsausübung vor, weil die Beklagte die mangelnde Information unterlegener Bieter nicht als Vorwand nehmen dürfe, sich von dem Vertrag zu lösen. Schließlich könne auch offen bleiben, ob der Kläger von einer Einstellung der Produktion der Notebooks durch den Hersteller gewußt habe. Da es Aufgabe der Beklagten gewesen sei, ihre Lieferfähigkeit sicherzustellen, habe der Kläger davon ausgehen können, daß sie über andere Lieferquellen verfüge.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht in der Erteilung des Zuschlags über die Lieferung von 2555 Notebooks keine Abweichung vom Angebot der Beklagten zur Lieferung von 2500 Notebooks gesehen. Vielmehr konnte der Kläger nach den der Ausschreibung zugrundeliegenden Vertragsbedingungen des Landes Mehrleistungen bis zu 10 % der im Vertrag festgelegten Mengen verlangen. Deshalb hat das Berufungsgericht den auf 2555 Stück lautenden Zuschlag des Klägers in seinem Sinngehalt zutreffend dahingehend verstanden, daß der Kläger zunächst mit dem Zuschlag das

Angebot der Beklagten über 2500 Notebooks annehmen und zugleich durch Erhöhung der Stückzahl von 2555 seine Option auf eine Mehrmenge ausüben wollte. Eine abändernde Annahme des Angebots der Beklagten im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB liegt hierin nicht.

2. Entgegen der Auffassung der Revision ist der durch den Zuschlag zustande gekommene Kaufvertrag auch nicht nach § 306 BGB a.F. nichtig. Dabei kann dahinstehen, wie viele Notebooks des von der Beklagten angebotenen Modells bei Erteilung des Zuschlags noch vorhanden waren oder ob dieses gar noch produziert werden konnte. Die Beklagte hat hier mit der Abgabe ihres Angebots jedenfalls eine besondere Einstandspflicht für ihre Leistungsfähigkeit übernommen. Bei einer solchen Erklärung ist eine Abbedingung der §§ 306, 307 BGB a.F. anzunehmen (MünchKomm/Thode, BGB 4. Aufl. § 306 a.F. Rdn. 13). Der Verkäufer haftet dann auf das positive Interesse, wenn er den geschuldeten Kaufgegenstand nicht verschaffen kann und zwar unabhängig davon, ob der Hinderungsgrund auf rechtlichen oder tatsächlichen Gründen beruht (vgl. BGH, Urt. v. 7.12.1984 - V ZR 189/83, NJW 1985, 1025, 1026; Soergel/M. Wolf, 12. Aufl. BGB § 306 Rdn. 24). Eine entsprechende Einstandspflicht hat die Beklagte durch ihre Erklärung übernommen, daß sie sich als Bieterin bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an das Angebot gebunden halte. Hierauf mußte der Kläger, der den Zuschlag rechtzeitig erteilt hat, vertrauen können. Ein Ausschreibungsverfahren kann nämlich nur dann sinnvoll durchgeführt werden, wenn gewährleistet ist, daß der obsiegende Bieter die angebotene Leistung auch tatsächlich erbringen kann.

3. Das Berufungsgericht hat den durch den Zuschlag begründeten Kaufvertrag zwischen den Parteien zu Recht als wirksam behandelt und keine Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 4 VgV a.F. (jetzt § 13 Satz 6 VgV) angenommen.

a) Allerdings hat der Kläger die ihm obliegende Benachrichtigungspflicht nach § 13 VgV a.F. verletzt. Soweit er etliche Bieter nicht mehr in die engere Wahl gezogen hat, hat er diesen lediglich mitgeteilt, daß sie nicht berücksichtigt würden. Dies reicht grundsätzlich nicht aus, weil eine ordnungsgemäße Information der unterlegenen Bieter nach § 13 Satz 1 VgV a.F. sowohl die Mitteilung des Namens des Ausschreibungsgewinners als auch die Unterrichtung des Bieters über den Grund der Nichtberücksichtigung voraussetzt. Selbst wenn hier zum Zeitpunkt der Absage gegenüber dem ersten Teil der unterlegenen Bieter infolge noch durchzuführender Gerätetests die Person des späteren Ausschreibungsgewinners noch nicht festgestanden haben sollte, hätte eine entsprechende Information später nachgeholt werden müssen. Dies hat der Kläger aber unterlassen.

b) Als Rechtsfolge für die Verletzung dieser Informationspflicht sieht § 13 Satz 4 VgV a.F. vor, daß ein dennoch geschlossener Vertrag nichtig ist. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung verstößt diese Regelung - wie der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 9. Februar 2004 (BGHZ 158, 43 ff.) im einzelnen näher ausgeführt hat - weder gegen die vergaberechtlichen Regelungen der §§ 97 ff. GWB noch gegen Verfassungsrecht. Vielmehr ist die Nichtigkeitsfolge des § 13 Satz 4 VgV a.F. ein zulässiges Mittel im Rahmen der durch § 97 Abs. 6 GWB vorgegebenen gesetzlichen Ermächtigung, um im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers einen bestimmten Verfahrensablauf beim Abschluß des geregelten Vergabeverfahrens zu sichern.

c) Der Normzweck verlangt indessen bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation eine einschränkende Auslegung des § 13 Satz 4 VgV a.F.

aa) Die Regelungen über die Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers dienen dem Schutz des unterlegenen Bieters, der über den Ausgang des Vergabeverfahrens informiert werden soll. Dazu ist erforderlich, daß er über den Grund seiner Nichtberücksichtigung in Kenntnis gesetzt und ihm mitgeteilt wird, wer den Zuschlag erhalten hat. Diese Informationen sind für die Transparenz des Vergabeverfahrens erforderlich, vor allem aber stellen sie sicher, daß dem unterlegenen Bieter eine Prüfung ermöglicht wird, ob er den Antrag nach § 107 Abs. 2 GWB stellen und ein Verfahren vor der Vergabekammer einleiten will. Die Einleitung eines solchen Verfahrens ist aber dann nicht mehr statthaft, wenn das Vergabeverfahren durch den Zuschlag bereits abgeschlossen ist (BGHZ 146, 202, 206). Um zu verhindern, daß der Auftraggeber die Kontrolle seiner Vergabeentscheidung unterläuft, indem er den Zuschlag erteilt, ohne die unterlegenen Bieter zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Prüfung des Verfahrens und gegebenenfalls zur Einlegung von Rechtsbehelfen zu geben, enthält § 13 Satz 3 VgV a.F. ein Verbot, den Vertrag vor Ablauf der dort genannten Zweiwochenfrist zu schließen.

Die Nichtigkeitsfolge des § 13 Satz 4 VgV sichert die Einhaltung dieser Frist. Sie schützt den unterlegenen Bieter, indem sie verhindert, daß durch die Erteilung des Zuschlags unumkehrbare Rechtsfolgen eintreten. Mit dieser Regelung entspricht der Verordnungsgeber dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot, die dem Vertragsschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen (EuGH, Urt. v. 28.10.1999 - Rs. C-81/98, NJW 2000, 569 Tz. 43 - Alcatel Austria AG/Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr).

bb) Dieser Schutzzweck muß bei der Auslegung des Nichtigkeitstatbestandes des § 13 Satz 4 VgV a.F. Beachtung finden. Da die Nichtigkeitsfolge ausschließlich für unterlegene Bieter effektiven Primärrechtsschutz gewährleisten soll, mithin keinen allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken absichern will, ist anhand der Zielsetzung dieser Bestimmung eine Einschränkung ihres Anwendungsbereichs geboten. Eine generelle Nichtigkeit des durch den Zuschlag zustande gekommenen Vertrages, selbst wenn kein unzureichend informierter unterlegener Bieter Rechtsschutz gegen die Vergabeentscheidung begehrt, ginge über dasjenige hinaus, was der Zweck der Norm gebietet (vgl. Kau, NZBau 2003, 310 ff.; Hailbronner, NZBau 2002, 474 ff.; Erdl, VergabeR 2001, 10 ff.). Die allein dem Primärrechtsschutz des unterlegenen Bieters dienende Zielrichtung des § 13 Satz 4 VgV a.F. macht - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - eine teleologische Reduktion des Geltungsumfangs der Nichtigkeitsbestimmung des § 13 Satz 4 VgV a.F. erforderlich. Dies hat zur Folge, daß eine Nichtigkeit des durch den Zuschlag begründeten Vertragsschlusses in der Regel nur dann eintritt, wenn ein in seinen Informationsrechten verletzter unterlegener Bieter eine Verletzung seiner Informationsrechte geltend macht und auf ein Nachprüfungsverfahren anträgt.

Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht das gefundene Auslegungsergebnis nicht allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Der von ihr angeführte Umstand, daß ein Nichtigkeitsgrund grundsätzlich von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ohne daß sich eine Partei darauf berufen müßte, steht dem nicht entgegen, weil der materiell-rechtliche Geltungsumfang des Nichtigkeitstatbestands nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift eingeschränkt, nicht aber seine prozessuale Behandlung modifiziert wird. Das gefundene Auslegungsergebnis fügt sich in die Systematik des deutschen Zivilrechts ein. Dieses kennt Einschränkungen der Nichtigkeitsfolgen durch das Gebot von Treu und

Glauben (§ 242 BGB) oder durch Nichtigkeitsgründe, die nur gegenüber einem bestimmten Personenkreis wirken. So bestimmt etwa § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB, daß Rechtsgeschäfte, die gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot verstoßen, diesen Personen gegenüber unwirksam sind.

Aus den Materialien ergeben sich keine Anhaltspunkte, daß der Verordnungsgeber eine einschränkende Auslegung des Nichtigkeitstatbestandes nicht gewollt hätte. Zwar trifft zu, daß eine in der Entstehungsphase der Verordnung diskutierte schwebende Unwirksamkeit des vorzeitig erfolgten Zuschlags vom Verordnungsgeber schließlich verworfen wurde (vgl. BR-Drucks. 455/1/00). Aber auch dieser Gesichtspunkt betrifft nicht die hier zu beurteilende Frage, ob die Nichtigkeit des Vertrages auch dann eintritt, wenn kein durch die mangelhafte Information betroffener Bieter hieraus Rechte herleitet.

d) Die Beklagte war Ausschreibungsgewinnerin. Durch die unzureichende Information einiger unterlegener Bieter ist ihre Rechtsstellung im Vergabeverfahren nicht beeinträchtigt worden. Keiner der von der mangelhaften Information betroffenen Bieter hat nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um Primärrechtsschutz nachgesucht. Damit ist die Nichtigkeitsfolge des § 13 Satz 4 VgV a.F. nicht eingetreten.

4. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 440 i.V.m. § 326 BGB a.F. bejaht. Der Setzung einer Nachfrist bedurfte es dazu nicht, weil sich die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts vom Vertrag losgesagt hatte.

5. Keinen Erfolg hat schließlich der Einwand der Revision, der Schadensersatzanspruch des Klägers sei jedenfalls deshalb gemäß § 254 BGB aus-

geschlossen, weil der Kläger seitens des Herstellers S. über eine Produktionseinstellung informiert gewesen sei. Das Berufungsgericht, das insoweit den Sachvortrag der Beklagten unterstellt hat, führt hierzu zutreffend aus, daß der Kläger nicht schon allein deshalb annehmen mußte, die Beklagte würde nicht lieferfähig sein. Da die Beklagte als Verkäuferin für die Beschaffung des Kaufgegenstandes verantwortlich war, konnte der Kläger auf eine Sicherstellung der Beschaffung der angebotenen Waren durch die Beklagte vertrauen. Besondere Warn- oder Hinweispflichten ergaben sich für den Kläger nach § 254 Abs. 2 BGB bei dieser Sachverhaltsgestaltung nicht.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum