



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 51/00

Verkündet am:
18. September 2001
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 276 Fc

Erteilt ein öffentlicher Auftraggeber dem Bieter mit dem niedrigsten Preis den ausgeschriebenen Auftrag deshalb nicht, weil er ihn nach (strafbaren) Manipulationen an dem von diesem eingereichten Gebot als unzuverlässig ansieht, steht ihm gegen diesen Bieter kein Anspruch auf Erstattung der Differenz zwischen dessen Gebot und dem des nächstgünstigsten Bieters zu, dem in der Folge der Auftrag erteilt wurde.

BGH, Urteil vom 18. September 2001 - X ZR 51/00 - OLG Koblenz

LG Koblenz

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2001 durch die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 11. Februar 2000 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Bauunternehmen, macht nach Grund und Höhe unstreitige Forderungen aus einem Werkvertrag in Höhe von 120.000,-- DM gegen die Beklagte geltend. Diese hat gegenüber der Klageforderung mit Gegenansprüchen aufgerechnet, mit denen sie gegenüber der Klägerin Schadensersatz geltend macht.

Dieses Ersatzverlangen ist gestützt auf das Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der Ausschreibung der Errichtung einer Heizanlage für den Neubau des ...amtes in K.. An dieser Ausschrei-

bung nahm neben anderen Unternehmen auch die Klägerin teil. Nach Öffnung der Gebote stellte sich das von dieser abgegebene als das günstigste heraus; es lag um rund 120.000,-- DM unter dem des nächstgünstigen Bieters. Im weiteren Verlauf hat sich die Klägerin durch finanzielle Zuwendungen an Mitarbeiter der Beklagten Zugang zu den Angebotsunterlagen verschafft und bei dieser Gelegenheit den Preis für eine Teilposition ihres Angebotes, die Heizkörper, die ursprünglich mit einem Betrag von 9,-- DM ausgewiesen waren, durch eine vorgesetzte Acht in den Betrag von 89,-- DM umgewandelt. Dieses Verhalten hat zu einem Strafverfahren geführt, das mit einer Verurteilung der beteiligten Personen endete. Die Beklagte hat es darüber hinaus zum Anlaß genommen, die Klägerin für längere Zeit von der Teilnahme an Ausschreibungen auszuschließen; zugleich hat sie ihr im Rahmen der hier streitigen Ausschreibung gemachtes Angebot zurückgewiesen. Mit der Begründung, wegen dieser von der Klägerin zu verantwortenden Zurückweisung habe sie auf das Angebot des zweitgünstigsten Bieters zurückgreifen müssen, hat die Beklagte die Klägerin auf Erstattung der damit verbundenen Mehrkosten in Anspruch genommen und mit dem hieraus abgeleiteten Schadensersatzanspruch gegenüber der Klageforderung aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt; die gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung der Beklagten hatte - abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs - keinen Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

1. Die zulässige Revision bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Werklohnanspruchs ist frei von Rechtsfehlern. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Aufrechnung gegenüber diesem nach Grund und Höhe unstreitigen Anspruch nicht durchgreifen lassen. Der mit der Aufrechnung geltend gemachte Schadensersatzanspruch steht der Beklagten nicht zu.

Insoweit kann dahinstehen, ob die der Klägerin vorgeworfenen Manipulationen eine Verletzung des mit der Ausschreibung zwischen ihr und der Beklagten begründeten Vertrauensverhältnisses darstellen kann, die dem Grunde nach eine Ersatzpflicht der Klägerin nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo auslösen kann. Auch wenn man hiervon ausgeht, wird der von der Beklagten mit der Aufrechnungsforderung geltend gemachte Schaden von der aus dieser Verletzung des Vertrauensverhältnisses herzuleitenden Ersatzpflicht nicht erfaßt.

Mit dem verlangten Schadensersatz begehrt die Beklagte Ausgleich für die Mehrkosten, die nur deshalb entstanden sind, weil sie mit Blick auf die - infolge der Manipulationen der Klägerin verneinte - persönliche Zuverlässigkeit der Klägerin von deren sachlichem Angebot keinen Gebrauch gemacht hat. Mit dieser Betrachtung trennt sie das Gebot der Klägerin in einer mit Sinn und Zweck des Ausschreibungsverfahrens unvereinbaren Weise auf. Inhalt der Auswahl unter den auf eine Ausschreibung eingegangenen Geboten ist das jeweilige Angebot als Einheit. Die Frage, welches Gebot das annehmbarste ist, schließt sowohl dessen sachlichen Inhalt als auch die persönliche Zuverlässigkeit des Bieters ein. Beide zusammen müssen die Entscheidung des Ausschreibenden darüber bestimmen, wer den Zuschlag erhalten soll. Demgemäß

hat die Beklagte das Angebot der Klägerin nur als solches insgesamt annehmen oder ablehnen können; sie kann hingegen nicht geltend machen, daß sie dieses Angebot wegen seines sachlichen Inhaltes angenommen hätte, aber wegen der Person des Leistungserbringers nicht annehmen kann oder will. Hat sich der Ausschreibende wegen des Fehlens der persönlichen Zuverlässigkeit eines Bieters gegen dessen Gebot entschieden, beruhen die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen, insbesondere die Unmöglichkeit, den von diesem gebotenen niedrigen Preis in Anspruch zu nehmen, auf der eigenen Entscheidung des Ausschreibenden. Diese kann er dem Bieter, dessen Gebot er zurückgewiesen hat, auch im Rahmen des Schadensersatzanspruches aus culpa in contrahendo nicht in Rechnung stellen.

Insoweit kann der Beklagten auch nicht darin beigetreten werden, daß sie rechtlich in jedem Fall gehalten gewesen wäre, das Angebot der Klägerin zurückzuweisen. Die persönliche Zuverlässigkeit stellt nur eines der Merkmale dar, auf die bei der Prüfung der Frage, wem der Zuschlag erteilt werden soll, abgestellt werden muß. Zwar wird ein unzuverlässiger Bieter regelmäßig auch dann nicht die Erteilung des Zuschlages verlangen können, wenn sein Gebot mit dem niedrigsten Preis endet. Das Fehlen der persönlichen Zuverlässigkeit stellt vielmehr regelmäßig einen hinreichenden Grund dar, ein Gebot zurückzuweisen. Das bedeutet jedoch nicht umgekehrt, daß der öffentliche Auftraggeber rechtlich gezwungen wäre, von einem solchen Gebot unter keinen Umständen Gebrauch zu machen. Auch insoweit bedarf es vielmehr einer Abwägung, in die die für und gegen die Annahme auch eines solchen Gebotes sprechenden Umstände einzustellen sind. Dabei können die Beherrschbarkeit der von einem solchen Bieter ausgehenden Gefahren einerseits und die besonderen Vorteile seines sachlichen Gebotes andererseits es gegebenenfalls auch

gegenüber den übrigen, zuverlässigeren Bietern rechtfertigen, von einem solchen Gebot Gebrauch zu machen. Die Regelung in § 8 VOB/A eröffnet dem Ausschreibenden nur eine in seinem Ermessen stehende Möglichkeit, ungetreue Bieter auszuschließen, nicht jedoch eine entsprechende zwingende rechtliche Verpflichtung. Ermessen bedeutet, daß der Ausschreibende eine auf sachlichen Erwägungen beruhende Entscheidung über die weitere Teilnahme der einzelnen Bieter zu treffen hat. Der Anspruch der übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung geht nicht weiter. Zwar können diese, worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat, von ihr eine ermessensfehlerfreie Entscheidung verlangen. Auch das bedeutet jedoch nur, daß sie ihre Entscheidung nicht aus unsachlichen Gründen treffen darf und kann. Eine hinreichend sachlich motivierte und begründete Entscheidung zugunsten auch eines ungetreuen Bieters ist ihr jedoch auch danach nicht schlechthin verwehrt.

2. Weitergehende Ansprüche lassen sich auch aus anderen Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB nicht herleiten. Auch insoweit scheidet ein Ersatzverlangen der Beklagten wegen der hier geltend gemachten wirtschaftlichen Einbußen daran, daß der geltend gemachte Schaden von der Ersatzpflicht nach diesen Vorschriften nicht erfaßt wird. Nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm ist der Ersatzanspruch wegen des hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts denkbaren versuchten Betruges auf Ausgleich der Nachteile gerichtet, die der Getäuschte infolge der Täuschung und zu deren Abwehr erlitten hat, nicht jedoch auf einen Ersatz für die nachteiligen Folgen, die er infolge seiner eigenen freien Entscheidung zu Lasten des Täuschers nach Erkennen der Täuschung erlitten hat. Es bleibt ihm überlassen, welche Folgerungen er aus der Vornahme einer Täuschungshandlung zieht. Hat er sich dabei verständlicherweise dafür entschieden, keine vertraglichen Bezie-

hungen zu demjenigen, der diese Handlung begangen hat, aufzunehmen oder solche Beziehungen aufrechtzuerhalten, kann er den Umstand, daß ihm damit ein lukratives Angebot entgangen ist, im Verhältnis zu diesem nicht zur Grundlage eines Ersatzanspruches machen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Jestaedt

Melullis

Scharen

Mühlens

Meier-Beck