



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 232/00

Verkündet am:
5. November 2002
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

VOB/A § 26 Nr. 1, BGB § 276 a.F. Fa

Bei Geltung der VOB/A ist der Ausschreibende auch dann, wenn kein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 besteht, nicht schlechthin gezwungen, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen.

BGH, Urt. v. 5. November 2002 - X ZR 232/00 - OLG Düsseldorf

LG Mönchengladbach

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt und Scharen sowie die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Streithelfers des Beklagten wird das am 7. November 2000 verkündete Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15. Dezember 1999 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel einschließlich der durch die Streithilfe entstandenen Kosten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte schrieb auf der Grundlage der VOB/A die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für die Errichtung eines Wohnheims öffentlich aus. Die Ausschreibung sah vor, daß das Gebäude mit einer Ziegelsteinverblendung zu ver-

sehen sei. Die Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung und gab das im Gesamtbetrag preisgünstigste Angebot (über 550 943,85 DM) ab.

Aufgrund der abgegebenen Angebote kam der Beklagte zu dem Schluß, daß bei Ausführung wie geplant und ausgeschrieben die zuvor erstellte Kostenschätzung um 30 % überschritten werde und bei einer solchen Überschreitung die vorgesehene teilweise Finanzierung des Bauvorhabens durch öffentliche Mittel nicht mehr möglich sei. Der Architekt des Beklagten, der diesem im Revisionsrechtszug als Streithelfer beigetreten ist, teilte der Klägerin deshalb mit, nach Einsichtnahme in die Angebote sei vom Landschaftsverband R. in Verbindung mit dem Beklagten die Entscheidung getroffen worden, entgegen der Ausschreibung keine Ziegelsteinverblendung zu wählen, sondern ein Wärmedämm-Verbundsystem anbringen zu lassen. Eine dies berücksichtigende Auswertung der vorliegenden Angebote habe ergeben, daß die Klägerin nicht mehr der günstigste Bieter sei. Ohne erneute Ausschreibung erhielt sodann ein anderer Bieter den Auftrag, das Bauwerk in der abgeänderten Form zu errichten.

Die Klägerin hat den ihr angeblich entgangenen Gewinn errechnet und diesen nebst der Gebühr für eine Besprechung mit ihrem Anwalt eingeklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das von der Klägerin angerufene Oberlandesgericht hat dieses Urteil abgeändert und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet. Gegen dieses Grundurteil wendet sich nunmehr der Streithelfer des Beklagten mit der Revision und dem Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin ist diesem Begehren entgegengetreten.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision des Streithelfers des Beklagten hat in der Sache Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe sich gegenüber den Unternehmen, die sich an seiner Ausschreibung beteiligt hätten, verpflichtet, die Regeln der VOB/A einzuhalten. Diese Feststellung, welche das Berufungsgericht aufgrund tatrichterlicher Würdigung von dem Beklagten abgegebener Erklärungen getroffen hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

Rechtsfehlerfrei und ebenfalls unbeanstandet durch die Revision hat das Berufungsgericht ferner festgestellt, daß die Klägerin das nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A annehmbarste Angebot aller Bieter abgegeben hat.

2. Nach Meinung des Berufungsgerichts hätte dies zur Erteilung des Auftrags auf dieses Angebot hin führen müssen. Die Möglichkeit der Aufhebung der Ausschreibung, auf die sich der Beklagte zur Rechtfertigung seiner Vergabe eines Auftrags an einen anderen Bieter berufen habe, habe nämlich nicht bestanden.

Das bekämpft die Revision mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat nach seinen Feststellungen zur Geltung der VOB/A im Ausgangspunkt zutreffend geprüft, ob die Behauptungen des Beklagten einen Grund darlegen, die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 b oder c VOB/A aufzuheben. Der Vortrag des Beklagten geht dahin, die abgegebenen

Angebote hätten nicht nur (mindestens) 30 % über der Kostenschätzung des von ihm eingeschalteten Architekten, sondern auch deutlich über dem Höchstbetrag gelegen, der für die gewünschte und eingeplante Förderung der Baumaßnahme durch öffentliche Mittel einzuhalten gewesen sei. Zur Erlangung der öffentlichen Mittel habe deshalb eine preiswertere Bauausführung gewählt werden müssen, die der dann beauftragte Bieter am kostengünstigsten angeboten habe.

Das Berufungsgericht hat diese Darlegung nicht ausreichen lassen, weil die erstellte Kostenschätzung offensichtlich falsch gewesen sei. Selbst der von der Klägerin angebotene Preis habe deutlich über den geschätzten Kosten gelegen. Die Schätzung des Architekten, für dessen Verhalten der Beklagte entsprechend § 278 BGB einzustehen habe, sei unzuverlässig gewesen; nach dem eigenen Vortrag des Beklagten seien auf der Grundlage der Kubatur des Baukörpers lediglich Erfahrungswerte für einen Quadratmeter (richtig: Kubikmeter)-Preis und die Kosten der Betriebstechnik in Ansatz gebracht worden. Richtigerweise hätte vor der Ausschreibung eine genauere Kostenberechnung angestellt werden müssen, wie sie nach DIN 276 zu den Grundleistungen der Leistungsphase 3 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI gehöre.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

b) Allerdings ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, daß die Unternehmen, die sich an einer Ausschreibung beteiligen, für die der Ausschreibende die Einhaltung der Regeln der VOB/A zugesagt hat, erwarten können, daß der Ausschreibende sich im Hinblick darauf bereits im Vorfeld der Ausschreibung entsprechend verhalten hat. (vgl. Sen.Urt. v. 12.6.2001 - X ZR 150/99, BB 2001, 1449 ff.). Der Bieter darf deshalb davon ausgehen, daß nur Leistungen ausgeschrieben sind, von denen der Ausschreibende bei

pflichtgemäßer Ermittlung ihrer voraussichtlichen Kosten annehmen kann, sie mit den hierfür zur Verfügung stehenden Mitteln auch bezahlen zu können. Bei dem gebotenen strengen Maßstab, der insoweit anzulegen ist (BGHZ 139, 259, 263), ist demgemäß eine Aufhebung der Ausschreibung regelmäßig dann nicht nach § 26 Nr. 1 b oder c VOB/A gerechtfertigt, wenn die fehlende Finanzierung bei einer mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführten Ermittlung des Kostenbedarfs bereits vor der Ausschreibung dem Ausschreibenden hätte bekannt sein müssen (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640, 3641, insoweit nicht vollständig in BGHZ 139, 280 ff. abgedr.).

c) Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß Umstände, welche die Beantwortung der Frage der ausreichenden Finanzierung entscheidend beeinflussen, im Vorhinein nicht feststehen; wie der Senat in der soeben genannten Entscheidung näher ausgeführt hat, muß sich der eine Ausschreibung ins Auge fassende Auftraggeber vielmehr aufgrund einer Prognose entscheiden, die aus nachträglicher Sicht unvollkommen sein kann. Es ist deshalb schon im Ansatz verfehlt, daß das Berufungsgericht der durchgeführten Kostenschätzung entgegengehalten hat, selbst das günstigste Bieterangebot habe deutlich über der Kostenschätzung gelegen, und schon aus dieser - erst nachträglich offenbar gewordenen - Differenz abgeleitet hat, die von dem Beklagten entsprechend § 278 BGB zu vertretende Kostenschätzung des Streithelfers sei offensichtlich falsch gewesen.

d) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht ferner, daß nach der Rechtsprechung des Senats nur unter besonderen Voraussetzungen eine Kostenschätzung ausreiche. Eine Prognose ist notwendigerweise Schätzung. Eine genaue Kostenberechnung kann aus dem genannten Grund im Vorhinein nicht erfolgen. Möglich ist nur eine zeitnahe Aufstellung, die alle bereits bei ihrer Ausarbeitung erkennbaren Daten in einer der Materie angemessenen und me-

thodisch vertretbaren Weise unter Berücksichtigung vorhersehbarer Kostenentwicklungen berücksichtigt (Senat, aaO).

Ob eine solche Kostenermittlung gegeben ist, ist daher eine Frage des Einzelfalls. Das verbietet, eine Regel etwa dahin aufzustellen, daß Berechnungen, die ein Auftraggeber von seinem Architekten verlangen kann, zu fordern seien. Wenn - wie der Beklagte geltend gemacht hat - entsprechende Erfahrungswerte existieren, kann es vielmehr durchaus ausreichen, die voraussichtlichen Kosten für die Errichtung eines Gebäudes auf der Grundlage seines Kubikmetervolumens zu errechnen und - pauschalierte - Beträge für Erschließung, Gerät, Außenanlagen und Baunebenkosten hinzuzusetzen. Daß eine solchermaßen beschaffene Kostenschätzung, wie sie der Streithelfer der Beklagten gemäß Anlage BB 1 (GA 163 ff.) vorgenommen hat, keine unter den gegebenen Umständen des Falls dem Beklagten mögliche und zumutbare, vertretbare Prognose der voraussichtlich aufzubringenden Kosten darstellte, wird mithin von den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getragen.

3. Einer weiteren trichterlichen Aufklärung bedarf es deshalb jedoch nicht. Die Klage ist nämlich unabhängig davon unbegründet, ob der Beklagte - wie schon jetzt ohne Beanstandung durch die Revisionserwiderung und ohne sonst ersichtlichen Rechtsfehler vom Berufungsgericht angenommen worden und damit der revisionsrechtlichen Überprüfung zu Grunde zu legen ist - zwar finanziell nicht in der Lage war, selbst den günstigsten Angebotspreis der Klägerin für die ausgeschriebene Leistung zu bezahlen, dem Beklagten aber gleichwohl kein zur Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 VOB/A berechtigender Grund zur Seite stand. Maßgeblich hierfür ist die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der später tatsächlich ausgesprochene Auftrag nicht auf ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot, sondern auf der Grundlage eines inhaltlich geänderten Angebots deutlich geringeren Kostenumfangs erteilt

worden ist. Diese Feststellung führt dazu, daß der mit der Klage geltend gemachte Anspruch der Klägerin, so gestellt zu werden, wie sie bei Erteilung des ausgeschriebenen Auftrags an sie gestanden hätte (sog. positives Interesse), nicht besteht.

a) In ständiger Rechtsprechung hat der Senat herausgearbeitet, daß trotz Geltung der VOB/A der Ausschreibende auch dann, wenn kein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 VOB/A besteht, nicht gezwungen werden kann, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Es kann viele Gründe geben, die - unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 VOB/A erfüllen - den Ausschreibenden hindern, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung ordnungsgemäß mit der Erteilung des Zuschlags an einen Bieter zu beenden (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640, 3643). Hierzu kann sich ein Ausschreibender insbesondere dann veranlaßt sehen, wenn ein Zuschlag auf ein abgegebenes Angebot seine finanziellen Möglichkeiten übersteigt. Die Möglichkeit, bei einem sachlichen Grund eine Ausschreibung vorzeitig zu beenden, ist notwendige Folge davon, daß es ein Zweck des Vergaberechts ist, der öffentlichen Hand eine die Bindung der ihr anvertrauten Mittel und das Gebot sparsamer Wirtschaftsführung beachtende Beschaffung zu angemessenen Preisen zu ermöglichen und die Situation der öffentlichen Hand in dieser Hinsicht durch eine Erweiterung des Bewerberkreises und damit der Entscheidungsgrundlage zu verbessern. Damit wäre die Annahme, es müsse in jedem Fall eines eingeleiteten Vergabeverfahrens ein Zuschlag erteilt werden, schlechthin unvereinbar. Auch der Bieter, der im Rahmen einer geschenehen Ausschreibung das annehmbarste Angebot abgegeben hat, hat deshalb nicht von vornherein Anlaß, darauf zu vertrauen, daß ihm der ausgeschriebene Auftrag erteilt wird und er sein positives Interesse hieran realisieren kann. Regelmäßig kann vielmehr ein sachlich gerechtfertigter Vertrauensstatbestand, der zu einem Ersatz entgangenen Gewinns einschließenden An-

spruch führen kann, erst dann gegeben sein, wenn der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich - wenn auch unter Verstoß gegen die VOB/A - erteilt wurde. Erst durch die Erteilung des Auftrags erweist es sich als berechtigt, auf die eine Realisierung von Gewinn einschließende Durchführung der ausgeschriebenen Maßnahme vertraut zu haben. Unterbleibt die Vergabe des Auftrags, kommt hingegen regelmäßig nur eine Entschädigung im Hinblick auf Vertrauen in Betracht, nicht im Ergebnis nutzlose Aufwendungen für die Erstellung des Angebots und die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren tätigen zu müssen (BGHZ 139, 259 ff.). Ein derartiger auf das negative Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch ist jedoch nicht Streitgegenstand der vorliegenden Klage.

b) Der vorliegende Sachverhalt gehört zu den Fällen, in denen der Ausschreibende jedenfalls einen sachlichen Grund geltend machen kann, die begonnene Ausschreibung nicht fortzusetzen, und es deshalb zu einer Erteilung des ausgeschriebenen Auftrags nicht kommt. Wie in den Fällen, in denen die Ausschreibung unberechtigterweise aufgehoben und der Auftraggeber erst nach einer erneuten Ausschreibung einen Auftrag erteilt (vgl. hierzu Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640, 3644), könnte der nach dem Vorgesagten maßgebliche Rückschluß, daß der annehmbarste Bieter berechtigterweise darauf vertrauen durfte, den Auftrag zu erhalten, gleichwohl dann gezogen werden, wenn der später tatsächlich erteilte Auftrag bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft. Bestehen insoweit erhebliche Unterschiede, kommt ein solcher Schluß hingegen regelmäßig nicht in Betracht. Die Unterschiede stehen dann dafür, daß der ausgeschriebene Auftrag nicht zur Ausführung gelangt ist. Ein Anspruch, der den Ersatz entgangenen Gewinns einschließt, kann deshalb in diesen Fällen regelmäßig nur dann bestehen, wenn der sich übergangenühlende Bieter auf Besonderheiten verweisen kann, die den Auftraggeber hätten veranlassen müssen, ihm - auch - den geänderten Auftrag zu erteilen.

c) Im vorliegenden Fall steht fest, daß der Auftrag, der von dem Beklagten dem Drittbietler dann ohne erneute Ausschreibung erteilt worden ist, nicht den gleichen Gegenstand betraf wie der ausgeschriebene Auftrag. Während die ausgeschriebenen Arbeiten der Herstellung eines Gebäudes in Verblendmauerwerk dienen sollten, beinhaltete der erteilte Auftrag die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für ein mit einem Wärmedämmputz versehenes Gebäude. Die Änderung betraf damit eine wesentliche technische Beschaffenheit des Gebäudes ebenso wie sein äußeres Erscheinungsbild. Sie bedeutete auch aus wirtschaftlicher Sicht eine grundlegende Abweichung. Das wird nicht zuletzt durch die von dem Beklagten erzielte Kosteneinsparung belegt. Da der Beklagte sich entschieden hatte, die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten als Einheit von einem Bieter durchführen zu lassen, erweist es sich mithin als unberechtigt, wenn die Klägerin darauf vertraut haben sollte, gleichwohl als Folge ihres Angebots, das die Schaffung von Verblendmauerwerk vorsah, einen Auftrag für die Errichtung eines Gebäudes mit Wärmedämmputz zu erhalten. Besonderheiten, welche den Beklagten dennoch hätten veranlassen müssen, der Klägerin den eingeschränkten Auftrag zu erteilen, sind nicht festgestellt; Rügen sind insoweit nicht erhoben.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Mühlens

Meier-Beck