



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

GRUNDURTEIL

X ZR 185/99

Verkündet am:
6. Februar 2002
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

VOB/A § 24 Nr. 3

Reduziert der öffentliche Auftraggeber im Einverständnis mit einem Bieter einen Einzelpreis in dessen Angebot mit der Folge, daß der Bieter in der Gesamtwertung der Angebote eine günstigere Position einnimmt, so handelt es sich hierbei nicht um eine unschädliche "Klarstellung" des Angebots, sondern um eine nachträgliche, nach § 24 Nr. 3 VOB/A unzulässige Preisänderung, die bei der Bewertung der Angebote nicht berücksichtigt werden darf.

BGH, Urt. v. 6. Februar 2002 - X ZR 185/99 - Kammergericht

LG Berlin

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 28. September 1999 verkündete Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 2. September 1998 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Berlin abgeändert.

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schrieb im offenen Verfahren für die Herrichtung des Bundesministeriums der Justiz in Berlin sanitärtechnische Anlagen aus. In der Verdingungsverhandlung am 16. September 1997 lagen insgesamt 29 Angebote vor. Nach dem Ergebnis der rechnerischen Prüfung wurde das Angebot der Klägerin mit 1.788.347,77 DM als das preisgünstigste ermittelt, gefolgt von dem der B. B. GmbH und dem der S. GmbH. Alle in die nähere Auswahl genommenen fünf Bieter hat die Beklagte nach Leistungsfähigkeit und Sachkompetenz gleich eingeschätzt.

In der Position 1.2.670 des Leistungsverzeichnisses war die provisorische Dachentwässerung anzubieten, die in den Unterbeschreibungen 01 bis 05 näher erläutert wurde. Einheitspreis und Gesamtpreis waren nur je Einheit Dachentwässerung anzugeben (insgesamt 5), hingegen nicht für die einzelnen (erläuternden) Unterbeschreibungen. Das ungeprüfte Angebot der B. B. GmbH betrug 1.818.386,90 DM. In diesem Angebot gab sie einen Einheitspreis von 168,-- DM, einen Gesamtbetrag von 840,-- DM und für die Unterpositionen 01 bis 05 jeweils einzelne Beträge mit einer Gesamtsumme von 25.670,-- DM an. Der rechnerische Gesamtbetrag der Position 1.2.670 betrug danach 26.494,-- DM. Vor der Preisprüfung korrigierte das von der Beklagten beauftragte Architektenbüro (Streithelferin zu 1) durch die von ihr unterbeauftragte Ingenieurgesellschaft (Streithelferin zu 2) die in den Unterpositionen genannten Beträge und brachte für die Position 1.2.670 nur einen Betrag von 840,-- DM in Ansatz. Damit belief sich das Angebot der B. B. GmbH auf 1.788.976,80 DM.

Bei dem Bietergespräch am 22. Oktober 1997 wurde mit den Bietern insbesondere über die Verschiebung des Termins für die Gesamtfertigstellung gesprochen. Zumindest mit der Klägerin und der B. B. GmbH wurde auch über die Bindung an die angebotenen Einheitspreise über den in der Leistungsbeschreibung genannten Fertigstellungstermin (9. August 1999) hinaus verhandelt. Die Klägerin lehnte eine Zustimmung für die Zeit nach dem 15. Dezember 1999 nicht ab, bestand aber auf einer Preisanpassungsklausel. Die B. B. GmbH war dagegen mit einer Einheitspreisbindung bis zum 31. Juli 2000 einverstanden.

Mit Schreiben vom 4. November 1997 erteilte die Bundesbaudirektion der B. B. GmbH den Auftrag. Bei der Vergabe wurde berücksichtigt, daß die im Leistungsverzeichnis als Bedarfspositionen anzugebenden Einheitspreise für die Wartung bei dieser am günstigsten waren. Eine Änderung der Ausführungsfrist erfolgte nicht. Das Bundesbauministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau - Vergabeprüfstelle - stellte im Bescheid vom 9. Dezember 1997 fest, daß das Vergabeverfahren der Beklagten rechtswidrig gewesen sei.

Die Klägerin verlangt Ersatz des ihr infolge der Versagung des Zuschlags entstandenen Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns, der Ausschreibungskosten und der Anwaltskosten in Höhe von insgesamt 132.424,04 DM. Sie hat die Auffassung vertreten, der B. B. GmbH sei der Auftrag zu Unrecht erteilt worden, weil sie unter Berücksichtigung der Bedarfspositionen für Wartung das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Das Landgericht Berlin hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht hat im Ansatz zutreffend angenommen, daß aufgrund der öffentlichen Ausschreibung der Beklagten zwischen den Parteien ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis bestanden hat, das bei Verletzung der Ausschreibungsregeln und -bedingungen zu einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß führen kann, weil der Bieter in seinem Vertrauen enttäuscht wird, das Vergabeverfahren werde nach den maßgeblichen Bestimmungen der VOB/A abgewickelt. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640, 3641; Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3644, 3645; Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, BauR 1999, 736, 738; Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, WM 2000, 86, 87) und wird von der Revision nicht angegriffen.

2. a) Das Berufungsgericht hat sodann aber eine Verletzung der Ausschreibungsregeln verneint und dazu ausgeführt: Ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A liege nicht vor. Eine nach dieser Vorschrift unzulässige Änderung der festgelegten Ausführungsbedingungen und Termine sei nicht erfolgt. Insbesondere sei in der bloßen Anfrage während des

Bietergesprächs am 22. Oktober 1997 keine Verlängerung der Leistungsfrist zu sehen; denn Sinn des Verbots sei es, den Wettbewerb unter gleichen Bedingungen für alle Bieter aufrechtzuerhalten. Erfolge eine Änderung der Bedingungen jedoch nicht, könne das bloße Gespräch über mögliche andere Fertigstellungstermine und eine bloße Preisbindung nicht zu einem Einfluß auf die Lage der einzelnen Bieter in dem Verfahren geführt haben.

b) Dies greift die Revision im Ergebnis ohne Erfolg an.

Der Revision ist zwar einzuräumen, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung des Bietergesprächs vom 22. Oktober 1997 erheblichen Tatsachenvortrag nicht berücksichtigt hat (§ 286 ZPO), indem es den vorgetragenen Inhalt der Protokolle nicht - jedenfalls nicht erkennbar - verwertet hat. Es ist auch davon auszugehen, daß die Beklagte in den Gesprächen um eine erhebliche Verlängerung der im Angebot vorgesehenen Leistungsfrist bis Ende 2000 und um die Bindung der angebotenen Preise bis zu diesem Zeitpunkt gebeten und daß sie unter Verletzung des Verhandlungsverbots nach § 24 Nr. 3 VOB/A eine Änderung der Ausführungsbedingungen mit der B. B. GmbH vereinbart hat. Diese Verletzung der Ausschreibungsregeln hatte aber nicht den Ausschluß des der B. B. GmbH aus dem Vergabeverfahren zur Folge, sondern führte nur dazu, daß die vereinbarten Änderungen der festgelegten Ausführungsbedingungen bei der Bewertung des Angebots nicht berücksichtigt werden durften.

3. a) Das Berufungsgericht hat einen Verstoß gegen § 24 Nr. 3 VOB/A auch hinsichtlich der "Korrektur" der Position 1.2.670 des Angebots der B. B. GmbH verneint. Hierin liege, so hat es ausgeführt, keine Änderung des ange-

botenen Preises. Maßgeblich habe nur der Einheitspreis der Position 1.2.670 in Höhe von 168,-- DM/Stunde sein sollen. Die in den Unterpositionen von der B. B. GmbH angegebenen Preise seien nicht erforderlich und nicht maßgeblich gewesen. In dem Gespräch sei lediglich klargestellt worden, daß auch tatsächlich der - maßgebliche - genannte Preis von 840,-- DM gelten sollte. Dies habe dann die rechnerisch notwendige Reduzierung der Gesamtsumme um ca. 25.600,-- DM erfordert. Es habe auch keine unzulässige Splittung vorgelegen, die zu einem Ausschluß des Bieters aus dem Verfahren hätte führen müssen. Die B. B. GmbH habe zwar in den Unterpositionen andere Preise angegeben, die mit dem in Position 1.2.670 angegebenen Einheitspreis nicht übereinstimmten. Diese Unterpositionen hätten nach Auskunft der GmbH aber nicht Bestandteil des Angebots sein sollen.

b) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die B. B. GmbH unter Verstoß gegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A mit ihren Eintragungen zu Position 1.2.670 von den Verdingungsunterlagen abgewichen sei und daß die Eintragungen mehrdeutig seien. Die Eindeutigkeit werde auch nicht durch Nr. 6 ZVB (§ 23 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A) geschaffen. Die B. B. GmbH habe deshalb nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

aa) § 21 Nr. 1 VOB/A betrifft den Inhalt des Angebots. Abs. 1 Satz 1 enthält den Grundsatz, daß das Vertragsangebot klar, vollständig und in jeder Hinsicht zweifelsfrei sein muß. Deshalb verlangt die Vorschrift, daß die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen. Entsprechend ist es nach § 6 Nr. 1 VOB/A erforderlich, daß der Bieter im Angebot nicht nur einen sogenannten Gesamtpreis nennt, sondern auch die jeweils gefor-

dernten Einzelpreise angibt. Aus gleichen Gründen sind Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen im Leistungsverzeichnis untersagt. Die Vornahme von nachträglichen Änderungen (etwa Streichungen und dergleichen) durch den Bieter begründet besonders die Gefahr von Mißverständnissen, die es zu vermeiden gilt.

bb) Nach diesen Grundsätzen ist ein Verstoß gegen § 21 Nr. 1 VOB/A nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die B. B. GmbH bei der Position 1.2.670 "Provisorische Dachentwässerung" in der Leitbeschreibung einen Einheitspreis von 168,-- DM angegeben und für fünf Stunden einen Gesamtpreis von 840,-- DM gebildet hat. Ferner hat sie in den Unterbeschreibungen 01 bis 05 Einzelbeträge vermerkt, die zusammen mit dem Stundenpreis von 840,-- DM eine Gesamtsumme von 26.494,-- DM ergeben. Die B. B. GmbH hat zwar durch das Einsetzen der Kalkulationsposten in den Unterbeschreibungen mehr getan, als von ihr verlangt war. Dadurch ist ihr Angebot aber weder im Sinne des § 21 Nr. 1 VOB/A geändert worden, noch hat sie Änderungen vorgenommen. Das Angebot war auch in sich nicht mißverständlich, da der geforderte Preis 26.494,-- DM ohne weiteres aus den Einzelpositionen zu errechnen war.

c) Die Revision kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der B. B. GmbH durch das fehlerhafte Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses ermöglicht worden sei, die erforderliche Klärung je nach der Positionierung ihres Angebotes im Bieterfeld vorzunehmen. Zwar können Rechenfehler, die bewußt von einem Bieter in ein Vergabeverfahren eingeschmuggelt werden, als Zeichen der Unzuverlässigkeit des betreffenden Bieters gewertet werden (BGH, Urt. v. 14.10.1993

- VII ZR 96/92, BGHR VOB/A § 25 Nr. 2 Abs. 1 - Zuverlässigkeit). Es ist jedoch nicht festgestellt, daß die B. B. GmbH bewußt fehlerhafte oder mißverständliche Zahlenangaben gemacht hat. Die Revision zeigt auch nicht auf, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang Sachvortrag der Klägerin übergegangen hätte.

d) Mit Erfolg rügt die Revision hingegen, das Berufungsgericht habe die Tragweite des Verbots des § 24 Nr. 3 VOB/A verkannt.

Die B. B. GmbH hat ausweislich ihres Leistungsverzeichnisses für die Position 1.2.670 einen Gesamtpreis von 26.494,-- DM angeboten. Dieser Gesamtpreis war damit verbindlicher Gegenstand ihres Vertragsangebots. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die B. B. GmbH während des Bietergesprächs am 22. Oktober 1997 erklärt, daß nur der Preis der Leitbeschreibung (840,-- DM) gelten solle. Sie hat damit ihr Angebot nachträglich verändert. Hiervon ausgehend hat das für die Beklagte handelnde Ingenieurbüro daraufhin 25.600,-- DM nebst Mehrwertsteuer von dem Angebotsgesamtpreis der B. B. GmbH mit der Folge abgesetzt, daß im Gesamtvergleich der Angebote diese von der dritten Stelle an die zweite Stelle rückte. Dabei handelte es sich bei ungezwungener Betrachtung nicht um eine "Klarstellung" des Preises, sondern um eine einverständliche Preisänderung, wodurch die Vergleichbarkeit der Angebote gestört worden ist. Die B. B. GmbH hat sich in Kenntnis der Angebote der anderen Bieter im Einvernehmen mit der Ingenieurgesellschaft durch Veränderung ihres Preises eine günstigere Position in der Bieterreihe verschaffen können.

Wegen dieses Verstoßes gegen § 24 VOB/A hätte die Preisreduzierung im Angebot der B. B. GmbH bei der Bewertung der Angebote nicht berücksichtigt werden dürfen. Da die Beklagte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, von gleicher Eignung der fünf in die nähere Wahl gelangter Bieter und von gleicher Qualität ihrer Leistungen ausgegangen ist, hätte sie im Rahmen des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A den Zuschlag dem Bieter mit dem annehmbarsten Angebot erteilen müssen (Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, WM 2000, 86, 88).

4. a) Das Berufungsgericht hat nicht beanstandet, daß die Beklagte bei der Beurteilung des annehmbarsten Bieters die Wartungskosten einbezogen hat. Diese Einbeziehung sei bei der Abwägung der Interessen im Sinne des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A sachgerecht, weil die Wartungskosten einen die Interessen der Beklagten berührenden Gesichtspunkt darstellten und als sogenannte Bedarfspositionen anzugeben gewesen seien. Die Einbeziehung der Wartungskosten wäre im übrigen auch nicht ausgeschlossen, wenn hierauf in der Ausschreibung nicht hingewiesen worden wäre.

b) Die Revision kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Ausschreibung im offenen Verfahren nach der VOB/A Anhang B erfolgt sei, so daß zwar nicht § 25 a VOB/A, wohl aber der wort- und inhaltsgleiche § 25 b Nr. 1 VOB/A zur Anwendung komme.

Nach § 25 b Nr. 1 VOB/A dürfen bei der Wertung der Angebote nur die Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind. Damit ist dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit, zu der auch die Vorhersehbarkeit, Meßbarkeit und Transparenz staatlichen Handelns gehört, ausreichend Genüge getan (vgl. Sen.Urt. v. 17.2.1999

- X ZR 101/97, BauR 1999, 736, 739). Die Kosten der Wartung waren, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, nach den Ausschreibungsunterlagen von den Bietern anzugeben. Dabei ist es entgegen der Ansicht der Revision unschädlich, daß in der Angebotsaufforderung die in den Allgemeinen Kriterien für die Auftragserteilung vorgesehene Rubrik "Wartung" nicht angekreuzt war. Die Kosten der Wartung waren von den Bietern im Leistungsverzeichnis als Bedarfspositionen anzugeben, so daß zweifelsfrei zu erkennen war, daß die Wartung bei der Auftragserteilung eine Rolle spielen werde.

5. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin auch dann verneint, daß der Beklagten keine schuldhafte Verletzung des Vertrauensverhältnisses bei der Durchführung des Vergabeverfahrens vorzuwerfen wäre. Die Klägerin habe nicht ausreichend dargetan, daß ihr aufgrund des behaupteten schuldhaften Verhaltens der Beklagten der geltend gemachte Schaden entstanden sei. Dieser wäre nur dann eingetreten, wenn der Klägerin bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Die Klägerin habe die Wartungskosten der S. GmbH (Drittplatzierte) darlegen müssen. Hierzu fehle Vortrag der Klägerin.

Auch dies greift die Revision mit Recht an. Das Berufungsgericht hat zwar im Ansatz zutreffend angenommen, daß die Klägerin die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluß vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen hat. Es hat jedoch nicht ausgeführt, welcher weitere Vortrag der Klägerin nach seiner Meinung erforderlich gewesen wäre. Soweit das Berufungsgericht Vortrag der Klägerin hinsichtlich des Angebots der Drittplatzierten vermißt, war ein derartiger Vortrag schon deshalb

nicht veranlaßt, weil die Beklagte nicht geltend gemacht hat, das Angebot der S. GmbH habe preislich günstiger gelegen als das der Klägerin.

II. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

Der Ausschreibende hat die Angebote vor seiner Zuschlagsentscheidung zu bewerten; dabei steht ihm ein Beurteilungsspielraum zu. Der in den Angeboten genannte Preis gewinnt für die Vergabeentscheidung allerdings dann ausschlaggebende Bedeutung, wenn die auf eine öffentliche Ausschreibung eingereichten Angebote hinsichtlich der für die Vergabeentscheidung nach den Vergabebedingungen maßgebenden Kriterien sachlich und im Hinblick auf den Inhalt des Angebots in technischer, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht gleichwertig sind. Als das annehmbarste Angebot, auf das nach § 25 Abs. 3 Satz 2 VOB/A der Zuschlag erteilt werden soll, ist in einem solchen Fall das Gebot mit dem niedrigsten Angebotspreis anzusehen. Zwar ist der Ausschreibende - wie sich aus § 25 Nr. 3 Satz 3 VOB/A ergibt - nicht verpflichtet, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis in jedem Fall den Vorzug zu geben. Der Zuschlag ist nach § 25 Nr. 3 Satz 2 VOB/A aber auf das unter Berücksichtigung aller technischen, wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkten annehmbarste Angebot zu erteilen (Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661).

Nach dem vorgelegten Bescheid der Vergabeprüfstelle des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 9. Dezember 1997 war das Angebot der Klägerin unter Berücksichtigung der Preisbindung und Wartung noch um etwa 8.500,-- DM preisgünstiger als das um 25.600,-- DM

berichtigte Angebot der B. B. GmbH. Da nicht ersichtlich ist, welche Gesichtspunkte bei der Abwägung gegen den günstigeren Preis noch hätten berücksichtigt werden können und dürfen, hätte die Beklagte bei pflichtgemäßem Handeln den Zuschlag nicht der B. B. GmbH, sondern der Klägerin erteilen müssen.

III. Die Klägerin ist infolge der Pflichtverletzung der Beklagten ein Schaden entstanden. Da nur ihr der Zuschlag hätte erteilt werden dürfen, kann sie Ersatz ihres positiven Interesses beanspruchen. Sie kann Ersatz des Gewinnausfalls und der Rechtsanwaltskosten verlangen (Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3636; Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, BauR 1999, 736, 739; Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, WM 2000, 86, 88).

Allerdings ist der Rechtsstreit hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruchs noch nicht zur Entscheidung reif. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen insoweit keine abschließende Entscheidung.

IV. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben. Da die Klage dem Grunde nach zur Entscheidung reif ist, ist insoweit unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils durch Grundurteil zu erkennen (§ 304 ZPO). Hinsichtlich der Höhe ist der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der erneuten Befassung wird das Berufungsgericht die Höhe des geltend gemachten Anspruchs unter Berücksichtigung des Vortrags der Parteien festzustellen haben. Dabei greifen zugunsten der Klägerin die Beweiserleichterungen der §§ 252 BGB a.F. und 287 ZPO ein.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Keukenschrijver

Asendorf