



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 150/99

Verkündet am:
12. Juni 2001
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 276 Fa

VOL/A

VOB/A

Die an der Vergabe öffentlicher Aufträge interessierten Bieter dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, daß der öffentliche Auftraggeber das Verfahren über die Vergabe seiner Aufträge ordnungsgemäß und unter Beachtung der für ihn geltenden Bedingungen einleitet und durchführt; eine Verletzung dieses Vertrauens kann zu einer Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß führen.

VOL/A § 26

VOB/A § 26

An den schwerwiegenden Grund, der eine Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens ermöglicht, sind strenge Maßstäbe anzulegen. Er ist ohne weiteres nicht schon deshalb gegeben, weil der Ausschreibende bei der Einleitung oder der Durchführung des Verfahrens fehlerhaft gehandelt hat.

BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 - X ZR 150/99 - Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

LG Hamburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 22. Juli 1999 verkündete Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen worden ist.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz mit der Begründung, ihr sei ein Auftrag zur Verschrottung von U-Bahnwaggons rechtswidrig vorenthalten worden.

Die Klägerin, die sich nach ihren Angaben mit der Verwertung von Rohstoffen befaßt, war in den Jahren 1993 und 1995 von der Beklagten mit der Verschrottung von Schienenfahrzeugen beauftragt worden. Unter Bezugnahme auf diese Geschäftsbeziehung bot ihr die Beklagte mit Schreiben vom 13. März 1996 weitere insgesamt 81 U-Bahn-Waggons zunächst zum Kauf an, wobei zugleich die Möglichkeit einer Verschrottung für den Fall angedeutet wurde, daß ein Verkauf nicht möglich sein sollte. Für die Abgabe von Angeboten wurde in dem Schreiben eine Frist bis zum 22. April 1996 gesetzt. Bis zu diesem Termin ging bei der Beklagten ein Angebot der Klägerin zur Verschrottung der Waggons ein, für die von der Beklagten eine Zuzahlung verlangt wurde. Weitere Offerten hatte die Beklagte nach Angaben der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt nicht erhalten.

Einige Wochen nach diesem Termin erteilte die Beklagte der Klägerin zunächst einen Teilauftrag über die Verschrottung von vier Diesellokomotiven; eine Entscheidung über den die U-Bahn-Waggons betreffenden Auftrag behielt die Beklagte sich demgegenüber vor. Nach dem Vorbringen der Klägerin stand die Beklagte zu diesem Zeitpunkt in Verhandlungen über einen möglichen Verkauf dieser Waggons nach Argentinien. Mit Rücksicht auf diese Bemühungen habe sie die Klägerin zunächst im Juli 1996 um die Verlängerung der Bindungsfrist für deren Gebot bis zum 15. August 1996 gebeten. Die Klägerin hat dem nach ihren Angaben nach einigem Zögern zugestimmt und in diesem Zusammenhang ihr Gebot für die Verschrottung von insgesamt 120 U-Bahn-

Waggons, um die es mittlerweile gegangen sei, auf einen Preis von 16.500,-- DM je Waggon reduziert. Nachdem sich einige Zeit darauf die Verkaufsverhandlungen der Beklagten mit dem argentinischen Abnehmer zer schlagen hatten, machte ein dritter Anbieter noch vor dem 31. Juli 1996 der Beklagten ein Angebot zur Verschrottung der Waggons zu einem Preis von 11.000,-- DM je Waggon. Dieses Angebot nahm die Beklagte in der Folge an.

Die Klägerin meint, bei rechtmäßigem und ordnungsgemäßigem Vorgehen hätte sie den Zuschlag für die Verschrottung erhalten müssen. Sie hat daher die Beklagte auf Ersatz ihres entgangenen Gewinns in Anspruch genommen, den sie für die gesamte Zahl von 120 U-Bahn-Waggons mit insgesamt 928.067,35 DM beziffert hat. Nachdem außergerichtliche Bemühungen der Parteien gescheitert waren, hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen in Anspruch genommen. Dieser Klage hat das Landgericht dem Grunde nach stattgegeben, sie zur Höhe jedoch insoweit abgewiesen, als die Klägerin entgangenen Gewinn für die Verschrottung von mehr als 89 U-Bahn-Waggons begehrt hat. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen; auf das Rechtsmittel der Beklagten hat es die erstinstanzliche Entscheidung auch im übrigen abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der diese die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung begehrt. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung, mit der die Klägerin allein die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung begehrt, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne ihr Ersatzbegehren auf die Nichteinhaltung einer Zusage über die Vergabe des Auftrages schon deshalb nicht mit Erfolg stützen, weil sie eine solche Zusage nicht habe nachweisen können.

Eine Verletzung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge habe im vorliegenden Fall einen derartigen Anspruch ebenfalls nicht begründen können, weil die Beklagte hinsichtlich des hier in Frage stehenden Auftrages an diese Vorschriften nicht gebunden gewesen sei. Das Schreiben der Beklagten, auf das die Klägerin ihrerseits die Annahme eines Auftrages zur Verschrottung der Wagen angeboten habe, stelle lediglich eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten und zum Abschluß eines Vertrages dar, bei dem es sich - trotz des mißverständlichen Ausdrucks "Verkauf" - um einen Werkvertrag über die Verschrottung der Wagen handeln sollen. Dieser Aufforderung habe die Klägerin nicht entnehmen können, daß sich die Beklagte bei Vergabe und Abwicklung des Auftrages an die Regeln der VOL/A habe binden wollen. Für deren Geltung gebe der Text der Aufforderung nichts her. Der von der Klägerin zur Begründung ihres gegenteiligen Standpunktes angeführte Beschluß des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg, nach dem bei öffentlichen Aufträgen grundsätzlich die Geltung der jeweils maßgeblichen Verdingungsordnung vereinbart werden solle, könne für die Auslegung des Schreibens der

Beklagten nicht herangezogen werden, da er zum einen nicht amtlich bekannt gemacht worden und zum anderen so allgemein gehalten und damit unpräzise sei, daß er keine geeignete Auslegungsgrundlage bilde. Zudem habe die Klägerin nicht einmal geltend gemacht, daß ihr dieser Beschluß vor der Vergabe des Auftrages bekannt geworden sei. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß die Beklagte als wesentlich von der Freien und Hansestadt Hamburg beeinflusste Kapitalgesellschaft Aufträge stets im Wege einer an die VOL gebundenen Ausschreibung vergeben müsse, bestehe nicht. Ebenso wenig ergebe sich eine solche Bindung aus gesetzlichen Vorschriften. Die Regelung des § 57 a Abs. 1 HGrG betreffe ebenso wie die aufgrund dieser Vorschrift erlassene Vergabeverordnung das hier vorliegende Geschäft nicht, da der angestrebte Vertrag weder einen Liefer- noch einen Bauvertrag darstelle und die genannten Vorschriften des Vergaberechts auf solche Verträge beschränkt seien. Die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 könne nicht zur Anwendung kommen, da die Beklagte als juristische Person des Privatrechts nicht in den persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie falle. Die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 richte sich zwar auch an von der öffentlichen Hand kontrollierte Privatunternehmen wie die Beklagte und erfasse ihrem Gegenstand nach neben Bau- und Lieferverträgen auch Dienstleistungsaufträge; sie betreffe in diesem Kontext jedoch nicht das hier vorliegende Verschrottungsgeschäft. Im übrigen seien die Richtlinien, soweit ihre Anwendung in Betracht gezogen werden kann, zum Zeitpunkt der Aufforderung und der Auftragserteilung nicht in nationales Recht umgesetzt gewesen.

2. Diese Würdigung hält den Angriffen der Revision nicht vollen Umfang stand.

a) Im rechtlichen Ansatz ist das Berufungsgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß insbesondere bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in deren Vorfeld ein Vertrauensverhältnis entstehen und dessen Verletzung Ersatzpflichten des öffentlichen Auftraggebers auslösen kann (Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 99/96, NJW 1998, 3640, st. Rspr.). Diese können den entgangenen Gewinn eines nicht zum Zuge gekommenen Anbieters einschließen, insbesondere dann, wenn er ein berechtigtes und schutzwürdiges Vertrauen darauf hatte entwickeln können, den Auftrag zu erhalten, insbesondere dann, wenn ihm bei rechtmäßigem Vorgehen des Ausschreibenden der Auftrag hätte erteilt werden müssen (vgl. Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 48/97, MDR 1998, 1408 = NJW 1998, 3636).

Gegenstand des in diesem Zusammenhang zugunsten der möglichen Auftragnehmer geschützten Vertrauens ist insbesondere die Einhaltung der Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage geschützt wird jedoch nur das Vertrauen in die Einhaltung solcher Regelungen, die der öffentliche Auftraggeber im jeweiligen Einzelfall zu beachten verpflichtet ist. Daß er sich darüber hinaus Bindungen unterwirft, für die es an einer rechtlichen Grundlage fehlt, kann der Bewerber um einen solchen Auftrag nicht ohne weiteres erwarten; ein hierauf gerichtetes Vertrauen wäre daher regelmäßig nicht schutzwürdig.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht daher weiter angenommen, daß die Klägerin auf eine Vergabe des Auftrages zur Verschrottung der Fahrzeuge unter Beachtung der Vorschriften über Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Aufträge nur dann hätte vertrauen können und dürfen, wenn die Beklagte zu einer solchen Ausschreibung und Einhaltung dieser Regelungen verpflichtet

war. Die daran anschließende Würdigung des Berufungsgerichts, daß eine solche Pflicht nicht bestanden habe, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, die Geltung der Verdingungsordnung sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Zu diesem Ergebnis ist das Berufungsgericht im Wege einer Auslegung der Erklärungen der Beteiligten, insbesondere der der Beklagten gelangt, die der revisionsgerichtlichen Überprüfung standhält. Diese ist, da die Würdigung und Auslegung von Willenserklärungen in erster Linie Aufgabe des Tatrichters ist, auf die Feststellung von Rechtsfehlern beschränkt. Solche werden von der Revision nicht aufgezeigt.

Zutreffend hat das Berufungsgericht zunächst darauf hingewiesen, daß der Inhalt des Aufforderungsschreibens der Beklagten keinerlei Anhaltspunkte für einen auf die Geltung der Verdingungsordnung gerichteten Willen erkennen läßt. In diesem Schreiben (Anl. K 1) hat die Beklagte vielmehr im einzelnen die Bedingungen festgelegt, unter denen sie zur Abgabe der Waggon und zur Erteilung eines Auftrages über deren Verschrottung bereit war, und in diesem Zusammenhang ergänzend auf ihre Geschäftsbedingungen über den Verkauf von in ihrem Eigentum stehenden Gegenständen Bezug genommen. Die daran anschließende Würdigung des Berufungsgerichts, daß daneben für eine zumindest hilfsweise Geltung der VOL kein Raum mehr sei, ist jedenfalls vertretbar und muß im Revisionsverfahren hingenommen werden.

bb) Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß diese Beurteilung durch den Beschluß des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg nicht berührt werde, nach dem die von dem Bundesland abhängigen oder von

ihm kontrollierten privatrechtlichen Unternehmen Aufträge nur unter Einschluß der jeweiligen Verdingungsordnung zu erteilen hätten, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Zutreffend hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt, daß dieser Beschluß das von der Klägerin entwickelte Vertrauen nur dann hätte beeinflussen können, wenn er ihr in den maßgeblichen Zeiträumen bekannt gewesen wäre. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Vorhandensein eines bestimmten Umstandes setzt voraus, daß dieser demjenigen, der das Vertrauen entwickelt, auch bekannt ist. Eine solche Kenntnis hat das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung des Vorbringens der Parteien verneint. Die Revision zeigt nicht auf, daß und welche Rechtsfehler ihm bei dieser Gelegenheit unterlaufen sind.

cc) Zu Recht hat es das Berufungsgericht schließlich auch abgelehnt, daraus Ansprüche zugunsten der Klägerin herzuleiten, daß diese sich auf Bitten der Beklagten mit einer Verlängerung der Bindungsfrist für ihr Gebot einverstanden erklärt hat. Ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, den Auftrag in der Folge zu erhalten, konnte die Klägerin hieraus um so weniger herleiten, als die Beklagte mit ihrer Bitte gerade zum Ausdruck gebracht hatte, den Auftrag - noch - nicht zu vergeben.

c) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Beklagte nicht bereits unmittelbar aufgrund des Beschlusses des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg als zur Durchführung einer Ausschreibung und zur Einhaltung der Bindungen aus der Verdingungsordnung für Leistungen verpflichtet angesehen. Insoweit kann mit dem Berufungsgericht offengelassen werden, ob der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg als Organ des Mehrheitsaktionärs der Beklagten für den Vorstand im internen Verhältnis dieser Beteiligten verbindli-

che Weisungen aussprechen kann. Eine unmittelbare Auswirkung käme einer solchen Weisung auch dann nicht zu. Als Aktiengesellschaft ist die Beklagte eine eigenständige und selbständige rechtsfähige juristische Person des Privatrechts. Im Außenverhältnis wird sie durch ihre Organe vertreten, zu denen der Mehrheitsgesellschafter und dessen Organe nicht gehören.

Im Verhältnis zur Klägerin wäre die Beklagte an den Beschluß des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg nur dann gebunden, wenn dieser nicht allein das interne Verhältnis zwischen ihren Organen und ihren Anteilshabern beträfe, sondern eine außerhalb dieses Verhältnisses ergangene allgemeine Regelung zum Gegenstand hätte, die Verbindlichkeit beanspruchen kann. Dazu müßte ihm Gesetzeskraft zukommen, die das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei schon im Hinblick auf die mangelnde Bekanntmachung des Beschlusses des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg verneint hat. Hier kommt weiter hinzu, daß es insoweit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch an einer Verordnungsermächtigung fehlt, die der der Exekutive zuzurechnende Senat der Freien und Hansestadt Hamburg für einen mit Gesetzeskraft ausgestatteten Beschluß benötigt.

d) Im Ergebnis zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei auch aufgrund der Regelungen in den Richtlinien des Rates und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht zur Ausschreibung der Verschrottung der U-Bahn-Waggons verpflichtet gewesen. Dabei kann dahinstehen, ob - wie das Berufungsgericht meint - für das vorliegende Verfahren davon ausgegangen werden kann, daß die Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsauf-

träge vom 18. Juni 1992 (ABl. EG Nr. L 209 v. 24.06.1992 S. 1) auf die Beklagte als Unternehmen des Privatrechts nicht anzuwenden ist, und auch von einer solchen mangelnden Anwendbarkeit insbesondere ohne Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften ausgegangen werden kann. Einer solchen Vorabentscheidung bedurfte es jedenfalls vor einer Verneinung der Anwendbarkeit der Regelungen aus der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor vom 14. Juni 1993 (ABl. EG Nr. L 199 v. 09.08.1993 S. 84).

Insoweit ist das Berufungsgericht zunächst rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß diese Richtlinie nach ihrem Art. 2 Abs. 1 lit. a auch auf die Beklagte als öffentliches Unternehmen im Sinne der Regelung anzuwenden ist und als solche auch die Verschrottung von U-Bahn-Waggons erfassen kann. Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit dieser Richtlinie in erster Linie deshalb verneint, weil die Verschrottung der alten Waggons nicht unter den Katalog des Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie falle, auf den ihre Geltung für Unternehmen des Privatrechts nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie beschränkt sei. Diese Auslegung ist nach dem Wortlaut der Vorschrift denkbar; sie ist jedoch nicht zwingend. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß die Verschrottung der Waggons lediglich das spiegelbildliche Gegenstück zur Beschaffung der für den Betrieb des Verkehrsnetzes erforderlichen Einrichtungen darstelle, die - obwohl ebenfalls in Art. 2 Abs. 2 lit. c der Richtlinie nicht ausdrücklich erwähnt - nach Sinn und Zweck der Regelung in den Katalog der ausschreibungspflichtigen Geschäfte einbezogen werden muß. Die vom Berufungsgericht angeführte Erwägung, daß die Verwertung ausgemusterter Fahrzeuge auch auf andere Weise als durch Verschrottung erfolgen könne, zwingt nicht

zu dem von ihm vollzogenen Schluß. Auch der Erwerb von Neufahrzeugen kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, wie Kauf, Miete, Leasing und Selbstbau in eigenen Werkstätten, ohne daß deswegen davon ausgegangen werden kann, daß er schlechthin einer Verpflichtung zur Ausschreibung entzogen wäre.

Die danach mit Blick auf die nicht eindeutige Rechtslage nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht gebotene Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften ist auch nicht aufgrund der Hilferwägung des Berufungsgerichts entbehrlich, die Beklagte sei, auch wenn das Gemeinschaftsrecht die förmliche Ausschreibung des Verschrotungsauftrages verlange, zu deren Durchführung nicht verpflichtet gewesen, weil der nationale Gesetzgeber die entsprechenden Richtlinien nicht bis zur Erteilung des Auftrages in nationales Recht umgesetzt habe.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften sind die nationalen Gerichte gehalten, auch vor einer solchen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in Vorschriften des nationalen Rechts - gleich, ob sie vor oder nach der Richtlinie ergangen sind - bei ihrer Auslegung jedenfalls dann, wenn die Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt ist (vgl. dazu EuGH, Urt. v. 14.07.1994 - Rs C-91/92, NJW 1994, 2473 = EuZW 1994, 498), sich soweit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, so daß das mit dieser verfolgte Ziel in größtmöglichem Umfang erreicht wird (vgl. EuGH, Urt. v. 27.06.2000 - verbundene Rechtssachen Rs C-240/98 bis C-244/98, EuZW 2000, 506; s.a. EuGH, Urt. v. 13.11.1990 - Rs C-106/81, Slg. 1990, S. I-4135 u. Urt. v. 17.09.1997 - Rs C-54/96, NJW 1997, 3365). Das gilt auch für die Anwendung von Vorschriften im Verhältnis

privater Rechtsteilnehmer untereinander (EuGH, Urt. v. 27.06.2000 u. 14.07.1994, aaO; vgl. a. Henze, FS z. 50jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofes, S. 144; Markus Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., 1996, S. 19 f., jeweils m.w.N.). Daß in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Richtlinien aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht nicht fristgerecht in nationale Vorschriften umgesetzt worden sind, auch Ersatzansprüche der Betroffenen gegen den aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts säumigen Mitgliedstaat bestehen können, führt insoweit zu keiner anderen Beurteilung. Diese Grundsätze sind auch im Zusammenhang mit der Dienstleistungs- und der Sektorenrichtlinie heranzuziehen, die beide eine unbedingte und hinreichend genau bestimmte Verpflichtung zur Ausschreibung insbesondere auch für Dienstleistungsaufträge Privater zum Gegenstand haben. In Anwendung der vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entwickelten Grundsätze ist danach, soweit die Regelungen aus den Richtlinien auch Verträge wie den hier vorliegenden betreffen, die in den Verdingungsordnungen eröffnete Möglichkeit einer Ausschreibung und die daran anschließende Durchführung des Vergabeverfahrens als bindende Verpflichtung zu verstehen mit der Folge, daß ihre Verletzung Ersatzpflichten zugunsten der betroffenen Bieter auslösen kann.

3. Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand kommt die Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften jedoch derzeit deshalb nicht in Betracht, weil die weiteren Voraussetzungen eines an die Verletzung einer Verpflichtung zur Ausschreibung anknüpfenden Ersatzanspruchs mit dem von der Klägerin verfolgten Ziel nicht hinreichend geklärt sind.

Auf die Frage, wie die Regelungen in der Sektoren- und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen sind, kommt es nicht an, wenn Ersatzansprüche der Klägerin aus anderen Gründen ausscheiden sollten. Das ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abschließend zu beurteilen.

Das nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats durch die Ausschreibung begründete Vertrauensverhältnis zwischen dem Ausschreibenden und den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen, in dessen Rahmen die Verletzung eines berechtigten und schutzwürdigen Vertrauens Ersatzansprüche zugunsten des Betroffenen auslösen kann (vgl. etwa Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 109/96, NJW 1998, 3644 = MDR 1998, 1407; X ZR 85/97, NJW 1998, 3634 = DB 1998, 2365; X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 = MDR 1998, 1408 u. X ZR 99/96, NJW 1998, 3640), betrifft nicht allein die Einhaltung der Vorschriften und Regeln über die Vergabe innerhalb des durch die Ausschreibung eingeleiteten Verfahrens; jedenfalls die an der Vergabe öffentlicher Aufträge interessierten Bieter dürfen grundsätzlich auch darauf vertrauen, daß der öffentliche Auftraggeber das Verfahren über die Vergabe selbst ordnungsgemäß einleitet und insbesondere die dafür auf seiner Seite geltenden Bindungen beachtet hat. Eine von ihm zu vertretende Verletzung dieser Regeln kann ebenfalls zu Ersatzansprüchen nach den Regeln über das Verschulden bei Vertragsschluß führen.

Die Schutzwürdigkeit des dieser Haftung zugrundeliegenden Vertrauens ergibt sich aus der - auch verfassungsrechtlich bestimmten - Bindung der öffentlichen Verwaltung an Gesetz und Recht, die aus der Sicht ihrer Vertragspartner auch bei privatrechtlichen Geschäften der öffentlichen Hand und der von ihr getragenen Unternehmen die Erwartung rechtfertigt, daß von diesen die

für sie geltenden Regeln und Vorschriften beachtet und eingehalten werden. Bei diesem Ansatz entfällt die Schutzwürdigkeit eines solchen Vertrauens jedoch dann, wenn der Geschäftspartner der öffentlichen Hand vor seiner jeweiligen Entscheidung über den Vertragsschluß oder dessen Vorbereitung erkannt hat oder ohne weiteres hätte erkennen müssen und können, daß sein Vertragspartner von den für ihn geltenden Regeln abweicht oder abgewichen ist. Wer erkannt hat oder bereits bei Anwendung geringer Sorgfalt ohne weiteres hätte erkennen müssen, daß die andere Seite sich an das geltende Recht nicht hält, kann nicht damit gehört werden, er habe ein mit Recht und Gesetz übereinstimmendes Verhalten der Gegenseite erwartet. Schutzwürdig ist ein solches Vertrauen nur dort, wo nach dem gegebenen Sachverhalt die Erwartung auf Einhaltung dieser Regeln berechtigt erscheint.

Ob nach diesen Grundsätzen im vorliegenden Fall eine Haftung der Beklagten in Betracht kommt, ist nach dem festgestellten Sachverhalt nicht abschließend zu beurteilen. Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß die mangels einer Klärung dieser Frage durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften als rechtlich notwendig zu unterstellende Ausschreibung stattgefunden hat. Deren Durchführung hat das Berufungsgericht im Tatbestand seiner Entscheidung festgestellt. Diese Feststellung wird gestützt von dem Inhalt des an die Klägerin gerichteten Aufforderungsschreibens, auf dessen zweiter Seite die Bedingungen einer Ausschreibung ausdrücklich aufgeführt werden. Auch die Klägerin hat in ihrer Klage darauf hingewiesen, daß bis zum Ablauf der von der Beklagten in ihrer Aufforderung gesetzten Frist keine weiteren Gebote eingegangen seien, ohne daß die Beklagte dem entgegengetreten ist. Auch das deutet auf eine zumindest beschränkte Ausschreibung durch die Beklagte hin. Soweit das Berufungsgericht

im weiteren Gang des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe das Vorliegen einer Ausschreibung verneint, scheint das die rechtliche Wertung einer Geltung der VOL/A zu betreffen.

Hat eine Ausschreibung stattgefunden, leidet sie nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtlich allein daran, daß die Beklagte ihre Absicht, die Wagen zu verkaufen oder zu verschrotten, vor der Einleitung des Verfahrens nicht allgemein bekannt gemacht, und damit der auch im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung bestehenden Notwendigkeit nicht Rechnung getragen hat, anderen die Teilnahme an dem Verfahren zu ermöglichen. Darin liegt ein Verstoß gegen die die Beklagte vor Beginn der Ausschreibung treffenden Verpflichtungen, der eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo auslösen kann und in deren Rahmen eine Haftung auch auf den entgangenen Gewinn auslösen kann, wenn die Klägerin berechtigterweise auf die Erteilung des Zuschlags hätte vertrauen können und dürfen. Insoweit ist nach dem festgestellten Sachverhalt indessen nicht abschließend zu beurteilen, ob und in welchem Umfang ein solches Vertrauen der Klägerin sowohl auf die Einhaltung der Regeln als auch die Erteilung des Zuschlages schutzwürdig ist, insbesondere ob ihr bekannt oder unbekannt war, daß die Regelungen über die notwendige Bekanntmachung der Absicht einer beschränkten Ausschreibung von der Beklagten nicht eingehalten worden sind. Für eine solche Kenntnis könnte sprechen, daß der Klägerin von der Beklagten in der Vergangenheit bereits entsprechende Aufträge erteilt worden sind, wobei die Beklagte nach ihrer Darstellung im wesentlichen in gleicher Weise vorgegangen sein soll.

Demgegenüber würde es an dem für die Begründung der Haftung erforderlichen schutzwürdigen Vertrauen auf seiten der Klägerin fehlen, wenn für diese erkennbar eine Ausschreibung nicht stattgefunden hat oder ihr bekannt war, daß die Beklagte für sie geltende Regeln eines Ausschreibungsverfahrens nicht eingehalten hat.

4. Soweit die weitere Prüfung durch das Berufungsgericht zu dem Ergebnis führen sollte, daß die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten zumindest dem Grunde nach gegeben sind, entfällt diese nicht notwendig aus dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, daß eine Haftung der Beklagten schon deshalb nicht in Betracht komme, weil sie wegen des Fehlers im Vorfeld der Ausschreibung jedenfalls berechtigt gewesen sei, die eingeleitete Ausschreibung aufzuheben und ein neues Verfahren einzuleiten.

War die Beklagte, was in diesem Zusammenhang für das Revisionsverfahren zunächst zu unterstellen ist, gemeinschaftsrechtlich zur Durchführung einer Ausschreibung verpflichtet, kann sie sich in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg auf die der Ausschreibung beigefügten Bedingungen berufen, nach denen sie jederzeit von einer Vergabe des Auftrages hat absehen können. Ihre Bestimmung wäre schon wegen der Verletzung der aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Verpflichtungen jedenfalls nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, der auch im Verhältnis der Parteien Anwendung findet (§ 24 AGBG). Gestützt werden könnte eine solche Aufhebung allenfalls auf den Rechtsgedanken des § 26 Abs. 1 VOL/A, der - von den hier nicht vorliegenden Fällen der §§ 26 Abs. 1 lit. a und b abgesehen - eine solche Aufhebung an das Vorliegen schwerwiegender Gründe knüpft (§ 26 Abs. 1 lit. c VOL/A). Zu deren Annahme

genügt nicht, daß der Ausschreibende im Verlauf des Verfahrens rechtlich oder tatsächlich fehlerhaft gehandelt hat. Bei der Prüfung des schwerwiegenden Grundes im Sinne der Vorschrift sind vielmehr strenge Maßstäbe anzulegen (vgl. für die inhaltsgleiche Regelung in der VOB/A Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 9. Aufl., § 26 VOB/A Rdn. 8 m.w.N.). Dafür kann ein Fehler des Ausschreibenden schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil er es anderenfalls in der Hand hätte, nach seiner freien Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen. Eine solche Folge wäre mit Sinn und Zweck des Ausschreibungsverfahrens, das - insbesondere auch im Hinblick auf die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaften - zu einer größeren Klarheit und Überprüfbarkeit von Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hände führen sollte, nicht zu vereinbaren. Berücksichtigungsfähig sind daher grundsätzlich nur solche Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung der öffentlichen Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber (vgl. dazu Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 = MDR 1998, 1408; X ZR 99/96, NJW 1998, 3640). Im einzelnen bedarf es für die Feststellung eines schwerwiegenden Grundes einer Interessenabwägung, für die maßgeblich die Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalles sind. Danach kann ein rechtlicher Fehler des Vergabeverfahrens zu einem schwerwiegenden Mangel in diesem Sinne führen, wenn er einerseits von so großem Gewicht ist, daß eine Bindung des öffentlichen Auftraggebers mit Gesetz und Recht nicht zu vereinbaren wäre und andererseits von dem an den öffentlichen Ausschreibungsverfahren teilnehmenden Unternehmen, insbesondere auch mit Blick auf die Schwere dieses Fehlers, erwartet werden kann, daß sie auf diese rechtlichen und tatsächlichen

Bindungen des Ausschreibenden Rücksicht nehmen. Auch für diese Würdigung reichen die bisher getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht aus.

Angesichts der damit verbleibenden tatsächlichen Unsicherheiten kommt nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand die Einholung einer Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nicht in Betracht. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das je

nach dem Ergebnis seiner Aufklärung auch die Möglichkeit einer eigenen Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu prüfen haben wird.

Rogge

Melullis

Scharen

Mühlens

Meier-Beck