



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 113/07

Verkündet am:
20. Januar 2009
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

VOB/A § 21 Nr. 4, § 25 Nr. 5 Satz 2

Preisnachlässe, die nicht an der in den Verdingungsunterlagen festgelegten Stelle aufgeführt sind, sind gemäß § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A auch dann von der Wertung auszuschließen, wenn sie inhaltlich den gestellten Anforderungen entsprechen und für den Ausschreibenden und die Konkurrenten des Bieters zu erkennen sind.

BGH, Urt. v. 20. Januar 2009 - X ZR 113/07 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Scharen, Dr. Lemke, Asendorf und Gröning

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 10. Juli 2007 verkündete Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte im Wege der Feststellungsklage auf Schadensersatz in Anspruch.

- 2 Die Beklagte, eine kirchliche Stiftung, führte im August 2005 eine öffentliche Ausschreibung für den Neubau eines Altenheims mit Begegnungsstätte in G. durch. Die der Ausschreibung zugrunde liegenden Bewerbungsbedingungen enthielten den Hinweis, dass der Auftraggeber nach der Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, verfahren werde. Nach Nr. 2.8

waren Preisnachlässe nur zu werten, wenn sie im Angebotsschreiben - KEVM (B) Anmeldung - unter Nr. 2.1 aufgeführt sind. Hinsichtlich der Erdarbeiten wurde in den Ausschreibungsunterlagen auf ein vorliegendes Baugrundgutachten verwiesen, demzufolge Auffüllungen von 0,69 bis 0,85 m Schichtdicke bei einer Schichtuntergrenze von 0,80 bis 1 m festgestellt worden waren, wobei es weiter heißt: "Abgesehen von einigen Ziegel- und Schlacke- oder Straßen- aufbruchstückchen waren organoleptisch keine Auffälligkeiten festzustellen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch im Bauabschnitt I. zwischen den Aufschlusspunkten oder im Bereich der Rammsondierungen Auffüllungen vorhanden sind."

- 3 Im Submissionstermin lagen drei Angebote vor, von denen das der Firma M. Bauunternehmung (im Folgenden: M. Bauunternehmung) mit einer Angebotssumme in Höhe von 1.146.194,79 €, einem Preisnachlass von 4,5 % und einer sich hieraus ergebenden Summe von 1.094.616,02 € das preisgünstige Angebot war. Allerdings war auf den Preisnachlass nicht unter Nr. 2.1 des auszufüllenden Angebotsformular KEVM (B) Ang hingewiesen worden, sondern fett gedruckt an zentraler Stelle in ihrem als "Angebot" bezeichneten Anschreiben und auf dem letzten Blatt des Leistungsverzeichnisses, wobei jeweils die Angebotsendsumme in Höhe von 1.094.616,02 € mit angegeben war. Das Anschreiben enthielt weiter den Satz: "Bei unserer Kalkulation der Erdarbeiten sind wir von unbelastetem Erdmaterial LAGA Z 0 ausgegangen". Die Angebote einschließlich des Preisnachlasses der M. Bauunternehmung wurden im Eröffnungstermin verlesen. Die Klägerin hat mit einer Angebotssumme in Höhe von 1.139.713,49 € das zweitgünstigste Angebot abgegeben. Sie hat ihrer Kalkulation Erdmaterial nach "LAGA Z 1" zugrunde gelegt. Eine von der Beklagten eingeholte anwaltliche Stellungnahme kam zu dem Ergebnis, dass der Preisnachlass der M. Bauunternehmung

trotz der Abweichung von der vorgegebenen Form zu werten sei. Die Beklagte erteilte daraufhin der Firma M. den Zuschlag.

4 Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte hafte ihr auf das positive Interesse, weil sie ihr den Auftrag als preisgünstigste Bieterin hätte erteilen müssen. Das Angebot der M. Bauunternehmung habe nicht gewertet werden dürfen, weil die M. Bauunternehmung den gewährten Preisnachlass zwingend an der in den Verdingungsunterlagen dafür bezeichneten Stelle hätte anführen müssen. Darüber hinaus stelle der Hinweis auf die zugrunde gelegte Bodenklasse LAGA Z 0 eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen dar.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Feststellungsbegehren weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

6 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte unterliege als kirchliche Stiftung zwar nicht den Bindungen der §§ 97 ff. GWB, habe das Bauvorhaben aber nach den Regeln der VOB/A ausgeschrieben und unterliege daher durch Selbstbindung den gleichen Regeln wie bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand, so dass spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch den Bieter ein auf mögliche Auftragserteilung gerichtetes vorver-

tragliches Vertrauensverhältnis entstehe, das den Ausschreibenden zur Beachtung der formellen und materiellen Vergabevorschriften der §§ 22 bis 25 VOB/A mit der Folge verpflichte, dass bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflichten dem Bieter Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zustehen können (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB). Einen Verstoß der Beklagten gegen die VOB/A bei Erteilung des Zuschlags an die M. Bauunternehmung hat das Berufungsgericht jedoch mit der Begründung verneint, die Beklagte habe den Preisnachlass nicht nach §§ 25 Nr. 5 Satz 2, 21 Nr. 4 VOB/A von der Wertung ausschließen müssen. Zwar wäre bei wörtlicher Anwendung des § 21 Nr. 4 VOB/A das Angebot der Klägerin als das wirtschaftlichste im Sinne von § 25 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/A zu werten gewesen und hätte dieser der Zuschlag erteilt werden müssen. Mit dem OLG Schleswig (VergabeR 2002, 188 ff.) sei aber eine teleologische Reduktion des Regelungsgehalts der §§ 21 Nr. 4, 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A dahin geboten, dass ein Preisnachlass nicht auszuschließen sei, wenn er zwar nicht an der vorgeschriebenen Stelle angegeben werde, hierdurch aber die Transparenz des Vergabeverfahrens nicht beeinträchtigt sei und die Gefahr von Manipulationen nicht bestanden habe. Eine Gefährdung der Transparenz des Vergabeverfahrens und das Bestehen der Gefahr von Manipulationen hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die von ihm als unübersehbar bewerteten Hinweise im Angebot der M. Bauunternehmung verneint und die Erteilung des Zuschlags an diese für vergaberechtskonform gehalten. In den Hilfserwägungen führt das Berufungsgericht aus, dass der geltend gemachte Anspruch der Klägerin selbst dann nicht zustünde, wenn das Angebot der M. Bauunternehmung hätte ausgeschlossen werden müssen, da die Beklagte nicht schuldhaft gehandelt habe. Die Beklagte habe das Gutachten einer gerade im Bau-, Vergabe- und Architektenrecht renommierten Kanzlei eingeholt. Diese habe zwar die Erteilung des Zuschlags an die M. Bauunternehmung empfohlen und sich dabei auf die genannte Entscheidung des OLG Schleswig gestützt, ohne auf die Gegen-

ansicht und die dadurch gegebene unklare Rechtslage hinzuweisen. Die Beklagte habe sich jedoch in der besonderen Situation befunden, dass gleich, wem sie den Zuschlag erteilen wollte, sie entweder die Interessen der M. Bauunternehmung oder die der Klägerin verletzt hätte. In dieser Situation sei es gerechtfertigt, eine schuldhafte Pflichtverletzung des Rechtsgutachters zu verneinen. Das Berufungsgericht hat schließlich ausgeführt, das Angebot der M. Bauunternehmung habe auch nicht wegen des Vermerks, dass das Angebot von LAGA Z 0 ausgegangen sei, von der Wertung ausgeschlossen werden müssen. Eine unzulässige Abänderung der Verdingungsunterlagen habe hierin nicht gelegen. Dem Vermerk lasse sich nicht mehr als eine bloße zulässige Offenlegung der eigenen Kalkulationsgrundlage zu der Position Erdarbeiten entnehmen.

8 II. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

9 1. Einem Bieter, der in einem nach der VOB/A durchgeführten Vergabeverfahren bei der Vergabeentscheidung übergangen worden ist, kann ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den öffentlichen Auftraggeber zustehen, wenn ihm bei den Regeln der VOB/A genügendem rechtmäßigen Ablauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen und der ausgeschriebene Auftrag auch tatsächlich vergeben worden ist. Die gleiche Rechtsfolge gilt, wenn, wie hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, sich ein Privater bei einer Ausschreibung ohne Einschränkung den Regeln der VOB/A unterstellt hat (Sen.Urt. v. 15.4.2008 - X ZR 129/06, VergabeR 2008, 641, 642; Urt. v. 21.2.2006 - X ZR 39/03, NJW-RR 2006, 963, 964).

10 2. Der Klägerin steht ein solcher Schadensersatzanspruch jedoch nicht zu, weil die Beklagte, wie das Berufungsgericht mit seiner Hilfserwägung zutref-

fend ausgeführt hat, bei der Entscheidung, den Zuschlag nicht der Klägerin, sondern der M. Bauunternehmung zu erteilen, nicht schuldhaft vergabewidrig gehandelt hat.

11 a) Die Revision macht allerdings zu Recht geltend, dass der von der M. Bauunternehmung angebotene Preisnachlass von der Wertung nach § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A auszuschließen war. Der vom Berufungsgericht im Anschluss an das Oberlandesgericht Schleswig (VergabeR 2002, 188 ff. mit zustimmender Anm. C.-J. Korbion; kritisch van Dyk, IBR 2001, 689) vertretenen Auffassung, im Wege teleologischer Reduktion sei ein Preisnachlass auch dann zu werten, wenn er zwar entgegen § 21 Nr. 4 VOB/A an einer anderen als an der vom Auftraggeber vorgesehenen Stelle aufgeführt sei, hierdurch aber die mit der Vorschrift erstrebte Transparenz und Manipulationssicherheit in gleicher, verlässlicher Weise erreicht werde wie bei einer wortlautgetreuen Beachtung der Vorschrift, kann nicht beigetreten werden.

12 Angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmungen der §§ 25 Nr. 5 Satz 2, 21 Nr. 4 VOB/A wird in der Entscheidungspraxis der Vergabekammern und in der Literatur überwiegend angenommen, dass unbedingte Preisnachlässe nicht gewertet werden dürfen, wenn sie nicht in korrekter, den Ausschreibungsunterlagen entsprechender Form an der vom Auftraggeber bezeichneten Stelle aufgeführt sind; eine teleologische Reduktion des eindeutig zwingenden Wertungsausschlusses ist nach dieser Auffassung nicht möglich (VK Sachsen IBR 2002, 685 = NZBau 2003, 64 - Leitsatz; VK Thüringen IBR 2006, 637; VK Sachsen, Beschl. v. 1.10.2002 - 1/SVK/084-02 - juris; jurisPK-VergR/Dippel, 2. Aufl., § 21 VOB/A Rdn. 50; jurisPK-VergR/Summa, 2. Aufl., § 25 VOB/A Rdn. 298 f.; Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, VOB, 16. Aufl., § 21 VOB/A Rdn. 32, § 25 VOB/A, Rdn. 92; Kapellmann/Messerschmidt/Dähne, VOB, 2. Aufl., § 21 VOB/A Rdn. 42, § 25 VOB/A, Rdn. 106; Weyand, Praxiskommen-

tar Vergaberecht, 2. Aufl., § 25 VOB/A Rdn. 5826; vgl. auch Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 11. Aufl., § 21 VOB/A Rdn. 23, § 25 VOB/A Rdn. 72; a.A. VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 1.4.2004 - VK-SH 05/04 - juris; VK Köln IBR 2006, 638 für fehlende Seite 1 des Angebotsvordruckes mit zustimmender Anm. Stemmer; C.-J. Korbion, Anm. zu OLG Schleswig VergabeR 2002, 188 ff.).

13 Dem ist beizutreten. Wie sich aus der Begründung zu den mit der Fassung 2000 in die VOB/A eingefügten Bestimmungen der § 21 Nr. 4 und § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A ergibt, dienen die Vorschriften der Erleichterung des Eröffnungstermins und der Schaffung von mehr Transparenz in Bezug auf Preisnachlässe. Im Interesse einer transparenten Vergabe sollen diese nur an bestimmten, vorher vom Auftraggeber festgelegten Stellen im Angebotsschreiben zulässig sein. Um dieser Forderung des § 21 Nr. 4 VOB/A, Preisnachlässe ohne Bedingung an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen, Nachdruck zu verleihen, regelt § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A, dass Preisnachlässe ohne Bedingung, die den formellen Anforderungen des § 21 Nr. 4 VOB/A nicht entsprechen, nicht zu werten sind (BAnz 2000, Nr. 120 a v. 30.5.2000 zu § 21 Nr. 3-6 und § 25 Nr. 5 Satz 2). Sinn und Zweck der genannten Bestimmungen, mehr Transparenz in einem zügigen und vom Ausschreibenden leicht zu handhabenden Vergabeverfahren zu schaffen, in dem die Gleichbehandlung aller Bieter sichergestellt ist, würden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn bei der Eröffnung der Angebote ihre Auslegung und Wertung dahingehend gefordert oder ermöglicht wird, ob eine nicht an der vorgesehenen Stelle im Angebot aufgeführte Erklärung in einer dem Transparenzgebot hinreichend Rechnung tragender Weise eindeutig und nicht übersehbar abgegeben worden ist.

14 Die Entscheidung über die Wertung der Angebote von derartigen Unwägbarkeiten im Interesse des Ausschreibenden wie aller Bieter freizuhalten, ist

Sinn und Zweck der genannten Vorschriften, für deren "teleologische Reduktion" keine Veranlassung besteht. Wie der Senat im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zum Fehlen "geforderter Erklärungen" (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A in der bis 2006 geltenden Fassung, § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A Ausgabe 2006) wiederholt ausgesprochen hat, kann ein transparentes, gemäß § 97 Abs. 2 GWB auf der Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, nur erreicht werden, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebender Hinsicht und grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden (Sen.Urt. v. 18.9.2007 - X ZR 89/04, VergabeR 2008, 69, 71; BGHZ 159, 186, 192; 154, 32, 45; Sen.Urt. v. 7.1.2003 - X ZR 50/01, VergabeR 2003, 558, 560). Maßgeblich ist, ob das Angebot die tatsächlich geforderten Angaben ausweist, so dass die Vergabestelle auf transparenter und alle Bieter gleich behandelnder Grundlage regelmäßig ohne weiteres in die Wertung der Angebote eintreten kann (vgl. BGHZ 159, 186, 195). Dazu gehört nicht nur, dass das Angebot bei Meidung des nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A in der Regel zwingenden Ausschlusses von der Wertung die erforderlichen Erklärungen enthält (Sen.Urt. v. 1.8.2006 - X ZR 115/04, VergabeR 2007, 73, 74; Sen.Urt. v. 10.6.2008 - X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782, 783; BGHZ 159, 186, 193; hierzu Stemmer, Anm. zu VK Köln IBR 2006, 638), sondern auch, dass die geforderten Erklärungen an denjenigen Stellen der Angebote abgegeben werden, an denen sie den Ausschreibungsunterlagen zufolge abzugeben sind. Für die §§ 21 Nr. 4, 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A betreffende Frage, ob formal nicht korrekt aufgeführte Preisnachlässe ohne Bedingung von der Wertung auszuschließen sind, gelten keine anderen Grundsätze als für die Abgabe der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen selbst. Preisnachlässe ohne Bedingungen, die nicht an der in den Verdingungsunterlagen festgelegten Stelle aufgeführt sind, sind daher gemäß § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

15 b) Gleichwohl bleibt die Revision im Ergebnis ohne Erfolg, weil die Hilfs-
erwägungen zum mangelnden Verschulden der Beklagten das Berufungsurteil
entgegen der Auffassung der Revision tragen.

16 Wie das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen - festge-
stellt hat, trifft die Beklagte bei der Auswahl der Person des Rechtsgutachters,
den die Beklagte um die Erstattung eines ergebnisoffenen Rechtsgutachtens
gebeten hatte, angesichts dessen Sachkunde kein Auswahlverschulden. Auch
inhaltlich kann in der Befolgung der Empfehlung, unter Wertung des Preisnach-
lasses von 4,5% dem Angebot der M. Bauunternehmung den Zuschlag zu
erteilen, keine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Pflichtverletzung
gesehen werden. Zwar hat der begutachtende Rechtsanwalt seine Empfehlung
allein auf das genannte Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig gestützt, ohne
auf die gegenteiligen Stimmen im Schrifttum hinzuweisen. Die Rechtsfrage war
in der Rechtsprechung aber nicht abschließend geklärt, so dass sich die Beklag-
te, wäre sie einer gegenteiligen Empfehlung gefolgt, einem nicht von vornherein
als aussichtslos erscheinenden Ersatzanspruch der M. Bauunternehmung
mit der Begründung hätte ausgesetzt sehen können, sie sei einem zu verwer-
fenden Rechtsrat gefolgt, der die obergerichtliche Rechtsprechung des Ober-
landesgerichts in Schleswig schuldhaft nicht berücksichtigt habe. Wie das Beru-
fungsgericht ausgeführt und die Beklagte in der Revisionserwiderung zutreffend
geltend gemacht hat, lief die Beklagte bei ihrer im Vergabeverfahren zügig zu
treffenden Entscheidung über den Zuschlag daher Gefahr, die Rechte entweder
des einen oder des anderen Bieters zu verletzen, weil die rechtliche Beurteilung
durch die Gerichte nicht prognostizierbar war. In dieser besonderen Situation
kann die Befolgung der Empfehlung des Rechtsgutachtens eines als sachkundig
ausgewiesenen Gutachters nicht als schuldhaft pflichtwidrig gewertet werden.

- 17 3. Das Berufungsgericht hat zutreffend eine nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen durch das Angebot der M. Bauunternehmung verneint. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Hinweis im Angebot, dass bei der Kalkulation der Erdarbeiten von unbelastetem Erdmaterial LAGA Z 0 ausgegangen worden ist, stelle eine Änderung der Verdingungsunterlagen dar, der zum Ausschluss des Angebots hätte führen müssen.
- 18 Nach §§ 21 Nr. 1 Abs. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A sind Angebote, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten, unzulässig und werden von der Wertung ausgeschlossen. Keine unzulässigen Änderungen sind in einem Begleitschreiben enthaltene Klarstellungen, Kalkulationsannahmen und Erklärungen des Bieters, die lediglich Hinweise auf die von ihm vorgenommene Preisermittlung geben (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, § 21 VOB/A Rdn. 11b). Solche Angaben werden nicht Vertragsinhalt, sondern bleiben interne Kalkulationsgrundlagen (vgl. OLG Naumburg VergabeR 2005, 779, 782).
- 19 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere das Leistungsverzeichnis keine Vorgaben hinsichtlich des Erdmaterials, sondern nur den allgemeinen Hinweis enthielten, dass die Kenntnis des Baugrundstücks für die Kalkulation der Arbeiten erforderlich sei und vorausgesetzt werde, wobei ein vorhandenes Baugrund-/Gründungsgutachten vorliege und eingesehen werden könne. Gegenteiliges macht die Revision nicht geltend. Angesichts dieser Umstände konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler aus dem Wortlaut des Hinweises entnehmen, dass es sich bei ihm lediglich um eine zulässige Offenlegung der Kalkulationsgrundlage zu der Position Erdarbeiten im Angebot der M. Bauunternehmung gehandelt hat. Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der von ihm gefundenen Auslegung

des Hinweises zeigt die Revision nicht auf. Vielmehr versucht die Klägerin lediglich, ihre eigene Würdigung an die Stelle der des Berufungsgerichts zu setzen.

20 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Melullis

Scharen

Lemke

Asendorf

Gröning

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 11.10.2006 - 18 O 35/06 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 10.07.2007 - 12 U 192/06 -