
Datum: 30.01.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 13/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0130.5U13.02.00

Vorinstanz: Landgericht Mönchengladbach, 6 O 299/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 18. Dezember 2001 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.439,55 EUR (= 24.329,64 DM) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins nach § 1 DÜG vom 9. Juni 1998 beginnend mit dem 8. Mai 2001 zu zahlen.

Im übrigen bleibt es bei der Klageabweisung.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 69,1 % und die Beklagte 30,9 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung des jeweils anderen abwenden gegen Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheiten können durch Bürgschaft einer Großbank oder öffentlichen Sparkasse mit Sitz in der Europäischen Union geleistet werden.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| Die Klägerin verlangt von der Beklagten Vergütung für Bauleistungen. | 1 |
| Die Beklagte - eine Ende Dezember 1999 errichtete Stiftung - betreibt u.a. die bauliche Sanierung des zu ihrem Vermögen gehörenden Schl..... mit dem Ziel der "Umnutzung Schl..... zum Zentrum für Gartenkunst und Landschaftspflege - Europa 2002". Sie schrieb - vertreten durch den Kreis N..... als Vergabestelle - im April 2000 die Fachlose "Baumeisterarbeiten" und "Gerüstarbeiten" europaweit im offenen Verfahren aus. Die Klägerin war - bei der rechnerischen Auswertung der Angebote - günstigste Bieterin bei der Submission am 11. Mai 2000. | 2 |
| Der Kreis N..... führte für die Beklagte mit der Klägerin am 19. Juni und am 17. Juli 2000 ein sogenanntes Verdingungsgespräch. Ebenfalls führte er ein Verdingungsgespräch mit dem nächstgünstigen Bieter. Zuvor hatte die Beklagte am 29. Juni 2000 drei Referenzobjekte der Klägerin besichtigt. | 3 |
| Über das Verdingungsgespräch mit der Klägerin wurde unter dem 18. Juli 2000 ein von dem Kreis N..... und der Klägerin unterzeichnetes Verdingungsprotokoll erstellt. Danach wünschte die Beklagte vor Wirksamwerden des Vertrages die Erstellung von Musterflächen für verschiedene Bereiche; man hatte sich darüber hinaus auf die Bildung einer Gutachterkommission zur Beurteilung der Musterflächen geeinigt; die Wirksamkeit des Vertrages war von der Beurteilung der Musterflächen abhängig gemacht worden; gleichzeitig sollten die Musterflächen den Ausführungsstandard für die zu erstellenden Bereiche festlegen. | 4 |
| Die Klägerin erstellte die Musterflächen. Diese wurden am 31. August 2000 geprüft; über diese Prüfung wurde ein Protokoll am 4. September 2000 erstellt. Zuvor fanden verschiedene Jour fix statt, und zwar am 17. und 24. August 2000. | 5 |
| In einem Gespräch vom 7. September 2000 (vgl. GA 85 und Hinweise in den Protokollen über die Jour fix vom 17., 24. und 31. August 2000) wurde der Klägerin mitgeteilt, ihre fachliche Qualifikation sei nicht erwiesen. Grundlage für dieses Gespräch waren u.a. später zu Papier gebrachte Stellungnahmen des Landschaftsverbandes Rheinland und der Architekten der Beklagten vom 12. September 2000. | 6 |
| In einem abschließenden Gespräch vom 25. September 2000 wurde der Klägerin mitgeteilt, ihre Beauftragung komme endgültig nicht in Betracht. | 7 |
| Die Klägerin beantragte sodann ein Nachprüfungsverfahren (mit dem Ziel der Feststellung, dass die Auftragsvergabe an die Klägerin zu erfolgen habe, hilfsweise unter Neubewertung der Musterflächen die Ausschreibung fortzusetzen sei). Die Vergabekammer der Bezirksregierung D..... (Beschluss vom 24. Januar 2001) gab der Beklagten auf, das | 8 |
| | 9 |

Vergabeverfahren betreffend das Los "Baumeisterarbeiten" aufzuheben, u.a. weil die Klägerin dadurch in ihrem Recht auf diskriminierungsfreie Auswertung ihres Angebotes verletzt worden sei, dass von ihr Eignungsnachweise in Form der Erstellung von Musterflächen gefordert worden seien, die weder in den Verdingungsunterlagen vorbehalten noch von anderen Bietern gefordert worden seien.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte sofortige Beschwerde vom 7. Februar 2001 nahm die Klägerin am 16. Mai 2001 zurück, weil die Durchführung des Beschwerdeverfahrens nach Aufhebung des Vergabeverfahrens keine wirtschaftliche Bedeutung mehr habe. Die Klägerin kündigte an, Ansprüche zivilrechtlich geltend zu machen. 10

Die Beklagte schrieb die Arbeiten anschließend in beschränktem Verfahren aus. Zu dieser Ausschreibung war die Klägerin nicht zugelassen (GA 171). 11

Mit Schlussrechnung vom 6. April 2001 stellte die Klägerin der Beklagten ihre Leistungen in Rechnung und zwar in Höhe von 67.874,97 DM zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt 78.734,97 DM: 12

Die Klägerin hat gemeint, sie sei mit der Erstellung der Musterflächen beauftragt worden; ihre Leistung sei gemäß § 632 Abs. 1 BGB zu vergüten. 13

Sie hat beantragt, 14

die Beklagte zu verurteilen, ihr 78.734,97 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 8. Mai 2001 zu zahlen. 15

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, es sei kein Bauvertrag über die Erstellung der Musterflächen geschlossen worden; es habe sich nur um eine unentgeltliche akquisitorische Tätigkeit der Klägerin gehandelt, darauf sei die Klägerin hingewiesen worden. Im übrigen seien die Musterflächen mangelhaft gewesen. 16

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin könne nach den Umständen eine Vergütung für die Vereinbarung der Herstellung der Musterflächen nicht erwarten. Deshalb schieden auch Ansprüche aus GOA bzw. ungerechtfertigter Bereicherung aus. 17

Soweit das Verlangen der Beklagten nach Herstellung von Musterflächen nach der VOB/A unzulässig gewesen sei, habe dies allenfalls zu einem Nachteil für Mitbewerber der Klägerin geführt, so dass insoweit Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nicht in Betracht kämen. 18

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie macht geltend, es handele sich bei dem geltend gemachten Betrag nicht um Kosten, die ihr im Zusammenhang mit der Erstellung des Angebotes entstanden seien. Die Vergabe sei abgeschlossen gewesen. 19

Im übrigen stehe ihr entsprechend § 20 Nr. 2 Satz 2 VOB/A auch für die Herstellung der Musterflächen eine angemessene Entschädigung zu; es habe sich um Arbeiten gehandelt, die Bestandteil des Hauptauftrages gewesen seien. 20

In Verletzung des Gleichbehandlungssatzes sei es zur Anordnung der Herstellung von Musterflächen gekommen. Tatsächlich hätte die Beklagte ohne die Musterflächen die Vergabeentscheidung treffen und die Klägerin beauftragen müssen. Dann wären ihr die Kosten für die Herstellung der Musterflächen nicht entstanden. Sie könne daher Schadensersatz gemäß § 126 GWB und nach den Grundsätzen des Verschuldens bei 21

Vertragsschluss verlangen.

Ein Verschulden der Beklagten bei Vertragsschluss liege auch darin, dass sie die Ausschreibung aufgehoben habe. 22

Im übrigen stehe ihr ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zu, weil die Beklagte die Arbeiten verwertet habe. 23

Die Klägerin behauptet, der Architekt der Beklagten und deren Bauleiter hätten angeordnet, mit der Sanierung auf im einzelnen bezeichneten Außenmauern des Hochschlosses zu beginnen. Es seien unterschiedliche Flächen bezeichnet worden, auf denen verschiedene Reinigungsmuster ausprobiert worden seien. Auf den Einwand der Klägerin, dass diese Arbeiten so nicht in die Positionen des Leistungsverzeichnisses des Angebotes passten, hätten Architekt und Bauleiter der Beklagten erklärt, man wisse dies, deshalb solle die Klägerin die Verrechnungssätze des Leistungsverzeichnisses anwenden und sämtliche Stunden im Bautagebuch dokumentieren. 24

Die Klägerin beantragt, 25

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zur Zahlung von 40.256,55 EUR 26
nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 8. Mai 2001 zu verurteilen.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung. 27

Sie macht geltend, die Klägerin unterscheide nicht zwischen Leistungen, die gegen Bezahlung auszuführen gewesen seien und den Leistungen, die unentgeltlich hätten sein sollen. 28

Zwar habe sie Teile der in Rechnung gestellten Arbeiten beauftragt, nicht jedoch die Herstellung der Muster- bzw. Probeflächen an der West- und Ostfassade des Schlosses. Insoweit habe es sich um unentgeltliche akquisitorische Tätigkeit der Klägerin gehandelt. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten verwiesen. 30

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 31

Die Berufung der Klägerin hat in Höhe des ausgeurteilten Teilbetrages Erfolg. Wegen des darüber hinaus von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruches in Höhe von 54.405,33 DM ist sie unbegründet. 32

Das Rechtsverhältnis der Parteien richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB. 33

Danach ist der Zahlungsanspruch der Klägerin in Höhe von 24.329,64 DM = 12.439,55 EUR gerechtfertigt, gemäß §§ 631, 632 BGB. Im Berufungsrechtszug ist unstreitig geworden, dass die Beklagte die Klägerin mit der Ausführung einiger der von der Klägerin mit Rechnung vom 6. April 2001 abgerechneten Werkleistungen beauftragt hat. Dies betrifft folgende Rechnungspositionen: 34

1. 2. Bauabschnitt Hochschloss Süd 35
2. Fug- und Mauerarbeiten

36

02.02.0007 Fenster- und Türflächen mit Folie schützen	2.718,21 DM	
1. 4. Bauabschnitt Hochschloss Ost		37
2. Verankerungsarbeiten		
04.06.0120 Drehbohrungen	4.019,40 DM	38
1. Nachträge		39
11.01.0005 Montageabstützungen	7.308,00 DM	40
Von der Beklagten unstreitig gestellt jedoch		41
lediglich abzüglich der Kosten für den Ausbau		42
und Abtransport in Höhe von 12 x 89,05 DM = - 1.068,60 DM		43
11.01.0006 Montagestützen	6.193,00 DM	44
Auch hier unstreitig nur abzüglich der Kosten		45
für Ausbau und Abtransport in Höhe von		46
11 x 76,35 DM = - 839,63 DM		47
11.01.0007 Stahlrohrrahmengerüst	1.380,00 DM	48
1. Bauabschnitt Hochschloss West		49
01.01.0001 Baustelleneinrichtung anteilig ca. 6,41 %	1.263,44 DM	50
Gesamtnetto	20.973,83 DM	51
zuzüglich Umsatzsteuer 16 %		52
Gesamtbruttobetrag	24.329,64 DM.	53
Die Klägerin hat ihrerseits nicht bestritten, dass die von ihr berechneten Kosten für Ausbau und Abtransport der Montageabstützungen (enthalten in den Positionen 11.01.0005 und 0006) in Wahrheit deshalb nicht angefallen sind, weil sie die Stützen weder ausgebaut noch abtransportiert hat. Diese Kürzungen der Beklagten sind daher unstreitig gerechtfertigt.		54
Soweit die Klägerin behauptet, sie habe das Holz auf Wunsch der Beklagten auf der Baustelle belassen, der Wert sei höher als die Abbaukosten, rechtfertigt diese allgemeine Behauptung keinen entsprechenden (Vergütungs-) Anspruch der Klägerin aus anderem Rechtsgrund.		55
Die vorstehend ermittelte Werklohnforderung der Klägerin ist gemäß § 641 BGB fällig, weil die genannten Werkleistungen unstreitig abgenommen sind. Die Beklagte kann daher die Zahlung dieses Werklohnes nicht davon abhängig machen, dass die Klägerin ein "den Bedingungen entsprechendes Angebot und eine entsprechende Rechnung" (vgl. GA 189) einreicht.		56

Der Zinsanspruch auf die Werklohnforderung beträgt gemäß §§ 284 Abs. 3, 288 Abs. 1 BGB vom 8. Mai 2001 an 5 % über dem Basiszins nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998.	57
Die weitergehende Klageforderung (54.405,33 DM Vergütung für die Erstellung der Musterflächen) ist hingegen nicht gerechtfertigt, die Berufung der Klägerin insoweit unbegründet.	58
Der Klägerin steht für die Herstellung der Musterflächen kein vertraglicher Vergütungsanspruch gemäß §§ 631, 632 BGB zu.	59
Nach den gesetzlichen Bestimmungen des BGB setzt der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Werklohnes für die Herstellung der Musterflächen voraus, dass die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben, aufgrund dessen sich die Klägerin zur Herstellung der Musterflächen und die Beklagte zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet hatten, § 631 Abs. 1 BGB. Eine solche werkvertragliche Vereinbarung ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.	60
Die Klägerin hat zunächst geltend gemacht, sie sei in den Gesprächen vom 19. Juni und vom 17. Juli 2000, deren Inhalt im Protokoll vom 18. Juli 2000 (GA 27) - zutreffend - wiedergegeben ist, im Rahmen eines Werkvertrages beauftragt worden, Musterflächen zu erstellen. Nach dem Wortlaut des "Verdingungsprotokolls" wünschte die Beklagte vor Wirksamwerden des Vertrages die Erstellung von Musterflächen für verschiedene Bereiche, zu deren Beurteilung eine Gutachterkommission gebildet wurde; die Wirksamkeit des Vertrages wurde von der Beurteilung der Musterflächen (die gleichzeitig den Ausführungsstandard festlegen sollten) abhängig gemacht. Aus dieser Formulierung folgt, dass jedenfalls der eigentliche Bauauftrag an die Klägerin gerade noch nicht vergeben werden sollte. Dies sollte vielmehr von der Erstellung der Musterflächen und deren Bewertung abhängen. Damit ist allerdings noch nichts gesagt über die rechtliche Einordnung des "Wunsches" der Beklagten betreffend die Erstellung von Musterflächen und darüber, ob die Parteien einen "vorgeschalteten" Werkvertrag geschlossen haben über die Herstellung dieser Flächen.	61
Soweit die Klägerin erstmals in ihrem Schriftsatz vom 10. Dezember 2002 behauptet, die Beklagte habe durch ihren Architekten und ihren Bauleiter den Beginn der Sanierung auf im einzelnen bezeichneten Außenmauern des Hochschlosses angeordnet, rechtfertigt dies nicht die Annahme der werkvertraglichen Bindung der Beklagten. Denn Architekt oder Bauleiter sind grundsätzlich gerade nicht bevollmächtigt, den Bauvertrag mit dem Auftragnehmer abzuschließen (vgl. Korbion/	62
Hochstein/K....., Der VOB-Vertrag, 8. Aufl., Rdnr. 119 ff.). Dass hier die Beklagte ihren Architekten oder ihren Bauleiter ausdrücklich bevollmächtigt habe, den Bauvertrag zu schließen, behauptet die Klägerin nicht. Sie hat auch keine Umstände dargetan, die die Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht rechtfertigen würden.	63
Auch im übrigen kann der Wunsch der Beklagten, Musterflächen zu erstellen, nicht als Angebot zum Vertragsschluss aufgefasst werden.	64
Richtig ist, dass grundsätzlich auch Leistungen des Unternehmers vor Erteilen des eigentlichen Auftrages selbst Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung sein können (BGH BauR 1979, 509; OLG Düsseldorf, BauR 1991, 613; Kratzenberg, a.a.O., § 20 VOB/A, 24). Ob sie tatsächlich Gegenstand einer solchen vertraglichen Verpflichtung geworden sind,	65

hängt ab von den Umständen des Einzelfalles; die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Unternehmer, hier also die Klägerin.

Der im Verdingungsprotokoll vom 18. Juli 2000 festgehaltene "Wunsch" der Beklagten, vor Abschluss des eigentlichen Vertrages Musterflächen zu erstellen, kann bei der nach § 133 BGB gebotenen Auslegung nicht als Angebot zum Abschluss eines - isolierten und selbständigen - Werkvertrages ausgelegt werden. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist der "Wunsch" der Beklagten so auszulegen, wie ihn die Klägerin als Erklärungsempfängerin nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 133, 9 m.N.). Aus der hiernach zugrundelegenden Sicht der Klägerin kann der von der Beklagten geäußerte Wunsch nach Erstellung von Musterflächen nicht als Angebot zum Abschluss eines - separaten - Werkvertrages angesehen werden. Denn die hiernach geforderten Vorarbeiten dienten gerade nicht dem Interesse der Beklagten als Bauherrin. Vielmehr sind die Vorarbeiten ausschließlich im Rahmen des Wettbewerbes um die Bauvergabe vergeben worden und zwar zur Ermittlung des annehmbarsten Angebotes. Damit dienten sie in erster Linie gerade dem Interesse der Klägerin, den Zuschlag zu erhalten. In diesem Zusammenhang mag dahinstehen, ob eine solche Vorgehensweise vergaberechtlich zulässig war, weil es hier lediglich auf die zivilrechtliche Bewertung der Erklärung der Beklagten ankommt. 66

Weiter ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Annahme einer werkvertraglichen Bindung nach § 631 BGB die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, die Musterflächen zu erstellen, sie also einen werkvertraglichen Erfolg insoweit geschuldet hätte. Dass die Klägerin sich hierzu verpflichten wollte, macht sie selbst nicht einmal geltend. Eine solche Auslegung wäre auch wenig realitätsnah. Es war - bei natürlicher Betrachtung - der Klägerin unbenommen, jederzeit von der Erstellung der Musterflächen abzusehen. Die einzige Folge, die sich hieran geknüpft hätte, wäre gewesen, dass die Beklagte ihr den Zuschlag nicht erteilt hätte. Ein Erfüllungsanspruch dürfte der Beklagten hingegen nicht zugestanden haben. 67

Im Rahmen der Würdigung der Umstände des Einzelfalles haben die Kosten, die der Klägerin entstanden sind, außer Betracht zu bleiben (vgl. BGH BauR 1979, 509, 510). Dabei mag dahinstehen, ob dieser Grundsatz allgemein Geltung haben kann. Jedenfalls hier mögen die von der Klägerin aufgewandten/die von ihr geltend gemachten Kosten mit ca. 54.000 DM und dreiwöchiger Arbeitszeit für zwei Mann absolut recht hoch erscheinen. Im Verhältnis zu dem von der Klägerin angestrebten Auftrag von 3,66 Mio. DM Volumen waren sie jedoch mit nicht einmal 1,5 % recht gering. 68

Eine andere Wertung/Auslegung käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Erstellung der Musterflächen ganz überwiegend im Interesse der Beklagten gelegen hätte. Eine solche Konstellation wäre denkbar, wenn es der Beklagten in erster Linie darum gegangen wäre, nicht etwa die Qualifikation der Klägerin festzustellen, sondern im Rahmen der Erstellung der Musterflächen erst darüber Aufschluss zu erhalten, wie die Sanierung überhaupt durchzuführen war. Die Klägerin hat jedoch ursprünglich selbst nicht behauptet, dass es der Beklagten darum gegangen sei, im Rahmen der Erstellung der Musterflächen Aufschluss darüber zu erhalten, welche Sanierungsmaßnahmen erforderlich sein würden. Für eine solche Bewertung des Wunsches der Beklagten spricht auch nicht der Umstand, dass ausweislich des Verdingungsprotokolles vom 18. Juli 2000 die Musterflächen den Ausführungsstandard für die zu erstellenden Bereiche festlegen sollten. Mit dieser Regelung sollte lediglich klargestellt werden, dass die - von der Beklagten erwartete - Qualität der Musterflächen maßgebend sein sollte für die Qualität der später zu vergebenden Werkleistungen. 69

Die spätere ganz allgemeine Behauptung der Klägerin, Architekt und Bauleiter der Beklagten hätten die Ausführung von Sanierungsarbeiten an verschiedenen Flächen mit der Begründung angeordnet, man habe noch kein endgültiges Sanierungskonzept und müsse daher verschiedene Methoden und Materialien ausprobieren, gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Die Klägerin legt nicht im Ansatz dar, welche angeblich verschiedenen Methoden und Materialien sie ausprobiert haben will. Auch ihre Rechnung über die Erstellung der Musterflächen enthält keine entsprechende Differenzierung. 70

Es ist auch interessengerecht, dass die Musterflächen nicht vergütet werden. 71

Wer sich in einem Wettbewerb um einen Auftrag für ein Bauvorhaben bemüht, muss nicht nur damit rechnen, dass er bei der Erteilung des Zuschlages unberücksichtigt bleibt. Er weiß außerdem - jedenfalls muss er damit rechnen -, dass der Veranstalter des Wettbewerbes, der eine Entschädigung nicht ausdrücklich festgesetzt hat, dazu im allgemeinen auch nicht bereit ist. Darauf muss er sich einstellen (BGH, a.a.O., 511). Als Anbieter vermag er auch hinreichend sicher zu beurteilen, ob der zur Abgabe seines Angebotes bzw. zur Erlangung des Zuschlages erforderliche Aufwand das Risiko seiner Beteiligung an dem Wettbewerb und zusätzlicher Kosten lohnt. Glaubt er, diesen Aufwand nicht wagen zu können, ist aber gleichwohl an dem Auftrag interessiert, so muss er entweder versuchen, mit dem Veranstalter des Wettbewerbes eine Einigung über die Kosten des Angebotes herbeizuführen oder aber von dem Angebot bzw. den zusätzlich geforderten Musterarbeiten absehen und dies den Konkurrenten überlassen, die zur Übernahme dieses Risikos bereit geblieben sind (BGH, a.a.O.). 72

Auch § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A rechtfertigt das Klagebegehren betreffend die Vergütung der Musterflächen nicht. § 20 Nr. 2 VOB/A regelt die Entschädigung einzelner Bieter für die Bearbeitung des Angebotes sowie für die Ausarbeitung verschiedener Unterlagen. Einen Anspruch auf Vergütung der von ihr erstellten Musterflächen kann die Klägerin aus verschiedenen Gründen auf diese Vorschrift nicht stützen: 73

Zum einen bezieht sich die Regelung nur auf die Ausarbeitung von Unterlagen und erfasst daher nicht die Herstellung der Musterflächen durch die Klägerin. Zwar ist die Aufzählung in § 20 Abs. 2 Nr. 1 nicht abschließend, sondern nur beispielhaft (Jasper in Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 20, 24; Kratzenberg in Ingenstau/ 74

Korbion, VOB, 14. Aufl., § 20, 14). Es muss sich jedoch immer um andere "Unterlagen" handeln; auf andere "Leistungen" im allgemeinen ist die genannte Vorschrift nicht anwendbar. Denn § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 bezweckt eine Entschädigung des Bieters für den Fall, dass der Bauherr das Bauvorhaben vor Einholen von Angeboten nicht vollständig hat planen lassen, sondern Planungsleistungen von den Bietern im Rahmen ihrer Angebote verlangt (vgl. Vygen, Festschrift für Korbion, S. 439). Mithin geht § 20 Nr. 2 Satz 2 von der Vorstellung aus, dass es üblicherweise Sache des Auftraggebers ist, diese Unterlagen auszuarbeiten und sie zusammen mit der danach aufgestellten Leistungsbeschreibung (Leistungsverzeichnis) in dem erforderlichen Umfang als "Verdingungsunterlagen" den Bewerbern zur Verfügung zu stellen (Daub/Piel/Soergel/Steffani, Kommentar zur VOB Band 1, ErlZ A 20.31). Die vorstehende Auslegung wird bestätigt durch die Verweisung des § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A auf die Fälle des § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A, das sind Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm, in denen es dem Unternehmer zunächst überlassen bleibt, die Grundlagen für eine Angebotsabgabe zu schaffen. 75

Darüber hinaus scheitert ein auf § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A gestützter Klageanspruch auch daran, dass die Beklagte eine Entschädigung in der Ausschreibung nicht festgesetzt 76

hat, andererseits die Festsetzung einer solchen Entschädigung durch den Ausschreibenden aber Anspruchsvoraussetzung ist (Vygen, a.a.O., S. 443; Jasper, a.a.O., § 20, 27).

Richtig ist zwar, dass Schadensersatzansprüche des Bieters in Höhe einer angemessenen Entschädigung in Betracht kommen, wenn der Ausschreibende entgegen seiner Verpflichtung aus § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A eine angemessene Entschädigung in der Ausschreibung nicht festgesetzt hat. Grundlage für solche Schadensersatzansprüche sind die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo, vgl. Vygen, a.a.O.; Jasper, a.a.O.). Hier aber war es nicht pflichtwidrig von der Beklagten, für die Erstellung der Musterflächen eine Entschädigung nicht festzusetzen, weil die Erstellung der Musterflächen nicht unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt. 77

Die Klageforderung betreffend die Kosten für die Erstellung der Musterflächen ist auch nicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683, 670 BGB, oder nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, § 812 BGB, gerechtfertigt. 78

Wenn und soweit die Erstellung der Musterflächen im Rahmen des Wettbewerbes um den Bauauftrag erfolgte, handelt es sich in jedem Fall um Vorarbeiten, deren Kosten die Klägerin zu tragen hatte, selbst dann, wenn - wie die Klägerin behauptet (GA 171) - die Beklagte diese Arbeiten verwendet haben sollte. 79

Die Klageforderung betreffend die Kosten für die Erstellung der Musterflächen ist auch nicht als Schadensersatzforderung wegen Vergaberechtsverstößen gerechtfertigt. 80

Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge nehmen gemäß § 104 Abs. 1 GWB grundsätzlich die Vergabekammern des Bundes oder der Länder wahr; hiervon unberührt bleibt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB. Gemäß § 124 Abs. 1 GWB ist allerdings das ordentliche Gericht an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer gebunden, wenn wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften Schadensersatz begehrt wird und ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat. Die genannten Vorschriften gelten gemäß § 100 Abs. 1 GWB für Aufträge, welche die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen. 81

Schadensersatzansprüche nach § 126 Satz 1 GWB sind nicht gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift kann ein Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebotes oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen, wenn der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Zu ersetzen ist der dem Unternehmer entstandene Vertrauensschaden (Marx in 82

Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 126 GWB, Anm. 6). 83

Nach der gemäß § 124 Abs. 1 GWB bindenden Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung D..... - -AKTENZEICHEN- - vom 24. Januar 2001 liegen verschiedene Vergaberechtsverstöße der Beklagten vor: 84

Verstoß gegen die Gleichbehandlung bei der Angebotsauswertung wegen nachträglicher Erhöhung der Anforderungen für die Klägerin sowie Forderung des Eignungsnachweises nur von der Klägerin; 85

Abweichung von Wertungskriterien, nämlich dem Nachweis einer durchschnittlichen, wenn auch fachspezifischen Eignung;	86
Verstoß gegen den Grundsatz der erschöpfenden Leistungsbeschreibung in verschiedenen Positionen.	87
Ein Schadensersatz der Klägerin gestützt auf diese Vorschrift kommt aber deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, wenn die Beklagte die Vergaberechtsverstöße nicht begangen hätte. Denn bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte die Beklagte von vornherein die von ihr hier nachträglich geforderten Eignungsnachweise vorausgesetzt. Dann aber kann die Klägerin dem nicht entgegen halten, in diesem Falle wären die Kosten für die Erstellung der Musterflächen nicht angefallen, denn genauso wie die Klägerin sich jetzt bereit gefunden hat, Musterflächen zu erstellen, hätte sie dies auch getan, wenn die Musterflächen bereits in der Ausschreibung verlangt worden wären (Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens, vgl. Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., Syst V, 227).	88
Liegen mithin die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 126 Satz 1 GWB nicht vor, ist im übrigen auch die Berechnung des Schadens der Höhe nach unzutreffend. Nach § 126 Satz 1 GWB ist allenfalls das negative Interesse zu ersetzen, d.h. die tatsächlich der Klägerin entstandenen Kosten, nicht aber der regelmäßig in einem Werklohn enthaltene Gewinn (vgl. Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, § 126, 4; Motzke, a.a.O., Syst V, 272).	89
Schließlich scheiden auch Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsschluss aus.	90
Zwar besteht aufgrund öffentlicher Ausschreibung zwischen den Bietern und dem Ausschreibenden ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das bei Verletzung der Ausschreibungsregeln und Bedingungen zu einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss führen kann, wenn und soweit der Bieter in seinem Vertrauen enttäuscht wird, das Vergabeverfahren werde nach den maßgebenden Bestimmungen der VOB/A abgewickelt (BGH BauR 2002, 1082, 1083 m.N.; Vygen in Ingenstau/Korbion, a.a.O., Einl. 40 ff.; Motzke in Motzke/Pietzcker/	91
Prieß, a.a.O., Syst V, 59 ff.; zu dem erfolglosen Versuch von Cuypers, BauR 1994, 426 ff., verstöße gegen die Vergabebestimmungen nach §§ 657 ff. BGB zu beurteilen vgl. Vygen, a.a.O.). Diese Ansprüche werden durch § 126 Satz 1 GWB nicht ausgeschlossen (vgl. § 126 Satz 2 GWB, wonach weiterreichende Ansprüche oder auch Schadensersatz unberührt bleiben, Motzke, a.a.O., Syst V, 49 und 250).	92
Als Sorgfaltspflichtverletzungen sind zunächst zu berücksichtigen die von der Vergabekammer festgestellten und oben genannten Vergaberechtsverstöße. Diese Vergaberechtsverstöße rechtfertigen jedoch aus den gleichen Gründen, die gegen einen Schadensersatzanspruch nach § 126 Satz 1 GWB sprechen, keinen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen. Fehler bei der Abwicklung der Vergabe führen nur dann ursächlich zu einem Schaden, wenn der Zuschlag ihretwegen vereitelt worden ist (vgl. Motzke, a.a.O., Syst V, 180).	93
Im übrigen begehrt die Klägerin Schadensersatz für die Kosten, die ihr entstanden sind, weil die Beklagte nach Ablauf der Submissionsfrist von der Klägerin zusätzliche Eignungsnachweise gefordert hat. Auf dieses - vergaberechtswidrige - Ansinnen hat die	94

Klägerin sich vorbehaltlos eingelassen. Mithin ist ihr Vertrauen ohnehin nicht schutzwürdig (vgl. Motzke, a.a.O., Syst V, 148 und 177).

Die Klägerin stützt ihren Schadensersatzanspruch aus c.i.c. darüber hinaus auf die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Beklagte mit anschließend beschränkter Ausschreibung, zu der die Klägerin nicht mehr zugelassen war. 95

Es ist richtig, dass bei Aufhebung der Ausschreibung ohne rechtfertigenden Grund im Sinne des § 26 VOB/A eine Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen in Betracht kommt (BGH NJW 1998, 3636, 3637 m.N.; OLG Düsseldorf, BauR 1993, 597). Hier liegt zwar keine Aufhebung entsprechend den Voraussetzungen des § 26 VOB/A vor. Allerdings war die Beklagte aufgrund des Beschlusses der Vergabekammer, die in Ausübung ihrer Befugnisse nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB auch die Aufhebung der Ausschreibung anordnen konnte (vgl. Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., § 114, 8), gehalten, die Ausschreibung aufzuheben. Wenn auch die Aufhebung der Ausschreibung auf dieser Anordnung der Vergabekammer beruht, kommen grundsätzlich aber dennoch Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen in Betracht, dann nämlich, wenn die Aufhebung bzw. deren Anordnung durch die Vergabekammer von der Beklagten verschuldet war. Denn der Ausschreibende, der selbst den Grund für die Aufhebung der Ausschreibung setzt, muss schadensersatzrechtlich ebenso behandelt werden, als wenn er ohne Aufhebungsgrund die Ausschreibung aufgehoben hätte (vgl. Jasper in Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., § 26, 30 und 62). 96

Einem Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen steht aber auch insoweit entgegen, dass die Klägerin sich auf den - vergaberechtswidrig geäußerten - Wunsch der Beklagten nach Erstellung von Musterflächen zum Nachweis der Eignung der Klägerin eingelassen hat. 97

Weitergehende Schadensersatzansprüche kommen nicht in Betracht. 98

§ 823 Abs. 1 BGB schützt nur absolute Rechtsgüter und nicht das Vermögen der Klägerin. Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einer Verletzung von Schutzgesetzen (Vergaberechtsvorschriften) scheitert aus den vorstehenden Gründen. 99

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 100

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 101

Wert des Streitgegenstandes für das 102

Berufungsverfahren: 40.256,55 EUR = 78.734,97 DM 103

Beschwer: 104

für die Klägerin 27.817,00 EUR = 54.405,33 DM; 105

für die Beklagte: 12.439,55 EUR = 24.329,64 DM. 106
