
Datum: 22.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 91/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0122.24U91.01.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 655/00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23. März 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Tatbestand

1

Die Klägerin nimmt den Beklagten mit der Begründung auf Schadensersatz in Anspruch, ihr sei zu Unrecht nicht der Zuschlag für ein öffentliches Bauvorhaben erteilt worden.

2

Im Bundesausschreibungsblatt Nr. ####1 vom 04.03.1998 auf Seite 1485 wurde unter der laufenden Nr. ####2 die Absicht bekannt gemacht, den Auftrag für das Bauvorhaben "Neubau des X-Tunnels (Rohbauarbeiten) im Zuge der C-Straße" im offenen Verfahren zu vergeben. Unter Ziffer 1) der Bekanntmachung wurde das X, bei dem es sich seinerzeit um eine Behörde des Beklagten handelte, genannt. Bei dem X waren die Angebotsunterlagen

3

anzufordern (vgl. Bl. 21 d. A.). Im Gegensatz zu anderen offenen Verfahren auf Seite 1485 fehlte hier der Hinweis darauf, daß das unter Ziffer 1 gesamte Amt öffentlichen Auftraggeber sei.

Aufgrund ihrer Anforderung erhielt die Klägerin u. a. ein mit "Aufforderung zur Angebotsabgabe" überschriebenes Schriftstück vom 16.04.1998 mit dem Briefkopf "M2, X" (Bl. 146 ff. d. A.), dessen Ziffer 1) wie folgt lautet: "Es ist beabsichtigt, die o. g. Leistung im Namen und für Rechnung der (Auftraggeber) Bundesrepublik Deutschland zu vergeben." Das anschließend von der Klägerin erstellte, an das X adressierte Angebot vom 9. Juni 1998 belief sich - ohne Berücksichtigung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten - auf eine Summe von brutto 101.041.976,68 DM. Die Klägerin bot ferner einen Nachlaß von 800.000,-- DM netto an (vgl. Bl. 25 d. A.). 4

Neben der Klägerin hatten insgesamt 14 weitere Bieter bzw. Bietergemeinschaften Angebote vorgelegt. Nach einer Bewertung des Beklagten erreichte die Klägerin in der Reihenfolge der Hauptangebote die erste und in der Reihenfolge aller Angebote (einschließlich Nebenangeboten) die zweite Stelle. Der Zuschlag wurde indessen weder der erstplazierten Bietergemeinschaft noch der Klägerin, sondern der in der Reihenfolge aller Angebote an dritter Stelle genannten Bietergemeinschaft erteilt. Diese vom Beklagten vorgenommene Zuschlagserteilung erfolgte aufgrund einer Anweisung des Bundesverkehrsministeriums (BMV). 5

Die Klägerin ist der Ansicht, der Zuschlag habe aufgrund des Ergebnisses der durchgeführten Ausschreibung ihr erteilt werden müssen. Daß dies nicht geschehen sei, beruhe auf Verstößen gegen Vorschriften des Teils A der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A). Für den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch, den sie im einzelnen auf insgesamt 2.018.564,70 DM beziffert (134.836,00 DM angebliche Kosten der Angebotserstellung zuzüglich Mehrwertsteuer und 1.605.306,00 DM angeblich entgangener Gewinn zuzüglich Mehrwertsteuer, vgl. Bl. 18 ff. d. A.), sei der Beklagte passiv legitimiert, da er in der Bekanntmachung vom 04.03.1998 genannt werde. Im übrigen seien die §§ 164 ff. BGB unanwendbar, da die Länder die ihnen im Rahmen der hier vorliegenden Bundesauftragsverwaltung zugewiesenen Aufgaben allein und eigenverantwortlich als eigene Angelegenheit wahrnähmen. 6

Die Klägerin hat beantragt, 7

den Beklagten zu verurteilen, an sie 2.018.564,70 DM nebst 5 % Zinsen über den jeweiligen Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 09.06.1998 seit Rechtshängigkeit (= 05.01.2001) zu zahlen. 8

Der Beklagte hat beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Er hat gemeint, aus der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" ergebe sich, daß die Bundesrepublik Deutschland Auftraggeberin gewesen wäre und damit für einen etwaigen Schadensersatzanspruch passiv legitimiert sei. Das folge ferner aus § 7 Abs. 1 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen. 11

Der Beklagte hat ferner die Auffassung vertreten, daß eine Verpflichtung, der Klägerin den Zuschlag zu erteilen, nicht bestanden habe. Der Beklagte ist schließlich auch der Höhe der Klageforderung entgegen getreten. 12

Durch Urteil vom 23.03.2001, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe verwiesen wird, hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte sei nicht passiv legitimiert.	13
Hiergegen richtet sich die fristgerecht eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung der Klägerin, die ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag mit folgender Begründung weiter verfolgt: Die Passivlegitimation des Beklagten für einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß folge aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus dem Bundesausschreibungsblatt vom 14.09.1998, das gerade nicht die Bundesrepublik Deutschland als Auftraggeberin bezeichne. Die Passivlegitimation folge ferner aus § 15 Landschaftsverbandsordnung sowie daraus, daß die Aufgaben der Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG von den Ländern und den nach Landesrecht zuständigen Verwaltungskörperschaften als eigene Aufgaben wahrgenommen würden.	14
Der Beklagte hafte auch deshalb, weil anerkannt sei, daß bei c.i.c.-Ansprüchen die Eigenhaftung des Vertreters oder Verhandlungsgehilfen dann begründet werde, wenn der Vertreter oder Verhandlungsgehilfe ein persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und Vertragsverhandlungen beeinflußt habe, wie das hier der Fall sei.	15
Darüber hinaus hafte der Beklagte auch aus Delikt. Die Vergabevorschriften, für deren Einhaltung der Beklagte verantwortlich sei, seien als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anzusehen. Als Schutzgesetz anzusehen seien auch Art. 30 Abs. 4 der Richtlinie 93/37/EWG sowie Art. 49 EG-Vertrag. Auch gegen jene Vorschriften sei vorliegend verstoßen worden.	16
Daß Vergabevorschriften verletzt worden seien, ergebe sich im einzelnen aus dem Vortrag der Klageschrift, auf den Bezug genommen werde. Bezug genommen werde ferner auf die erstinstanzlichen Ausführungen zur Schadenshöhe.	17
Die Klägerin beantragt,	18
unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 2.018.564,70 DM nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 1 DÜG vom 09.06.1998 seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	19
Der Beklagte beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Der Beklagte hält die Berufung für unbegründet. Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil mit umfangreichen Ausführungen zur Frage der Passivlegitimation sowie dazu, daß ein Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht vorliege. Der Beklagte tritt ferner im einzelnen der Höhe der Klageforderung entgegen.	22
Zur ergänzenden Sachdarstellung nimmt der Senat Bezug auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und auf die von ihnen vorgelegten Unterlagen.	23
<u>Entscheidungsgründe</u>	24
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Ein auf die Nichterteilung des Zuschlags für das Bauvorhaben "Neubau des X-Tunnels im Zuge der C-Straße" zu stützender Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten besteht nicht. Der Beklagte ist nicht passiv legitimiert. Im einzelnen gilt	25

folgendes:

1. 26
- a) 27
- Soweit ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß (c.i.c.) in Betracht kommt, ist zwar richtig, daß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt NJW 2001, 3698) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in deren Vorfeld ein Vertrauensverhältnis entstehen und die Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses Ersatzpflichten des öffentlichen Auftraggebers nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß auslösen kann; diese Ersatzpflichten können auch den entgangenen Gewinn eines nicht zum Zuge gekommenen Anbieters einschließen (BGH a.a.O.). 28
- Der Beklagte kann für den vorliegenden Fall jedoch nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der genannten Rechtsprechung angesehen werden. Als solcher kommt nur derjenige in Betracht, mit dem bei Auftragsvergabe ein Vertrag abgeschlossen worden wäre. Das wäre nach dem eindeutigen Wortlaut der Ziffer 1) der der Klägerin mit den sonstigen Angebotsunterlagen übersandten "Aufforderung zur Angebotsabgabe" vom 16.04.1998 (Bl. 146 ff. d. A.) indessen nicht der Beklagte, sondern die Bundesrepublik Deutschland gewesen. Umstände, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen würden, liegen nicht vor. Soweit die Klägerin auf den Wortlaut der Bekanntmachung Nr. ####2 im Bundesausschreibungsblatt vom 04.03.1998 verweist, fällt auf, daß das X dort - anders als die unter den Ziffern 1) der auf der gleichen Seite abgedruckten Bekanntmachungen Nr. ####3 und ####4 genannten Stellen - gerade nicht ausdrücklich als Auftraggeber bezeichnet worden ist. Soweit das Angebotsschreiben der Klägerin vom 09.06.1998 (Bl. 25 d. A.) an das X gerichtet ist, beruht dies erkennbar allein darauf, daß es sich bei dem X um die Behörde handelte, die im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland mit der Durchführung des Vergabeverfahrens befaßt war. 29
- Ob die Länder oder für die Länder tätige öffentlich- rechtliche Körperschaften die Bundesauftragsverwaltung aus öffentlich-rechtlicher Sicht als eigene Aufgabe wahrnehmen, ist für die allein nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beantwortende Frage, wer Vertragspartner bzw. potentieller Vertragspartner eines im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung abgeschlossenen bzw. abzuschließenden privatrechtlichen Vertrages ist, unerheblich. 30
- b) 31
32
- Soweit die Klägerin meint, eine Haftung des Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluß (c.i.c.) komme auch dann in Betracht, wenn er nicht potentieller Vertragspartner gewesen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Anerkanntermaßen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., Rdn. 93 zu § 276 m. w. N.) ist ein Vertreter oder Verhandlungsgehilfe nur dann persönlich aus c.i.c. haftbar, wenn er am Vertragsschluß ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse hatte oder wenn er ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und hierdurch die Vertragsverhandlungen beeinflußt hat. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen, an das strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. Palandt, a.a.O.), läßt sich dem Vorbringen der Klägerin jedoch nichts Substantiiertes entnehmen (vgl. auch Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., Einleitung Rdn. 49, wonach bei öffentlichen Aufträgen ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Vertreters kaum in Betracht kommt). 33
2. 34

Entgegen der Auffassung der Klägerin scheidet auch § 823 Abs. 2 BGB als Grundlage für eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten aus.	35
Es ist schon sehr zweifelhaft, ob vorliegend überhaupt die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dargetan ist. Dagegen spricht, daß die bis zum 31.12.1998 geltenden Vergabevorschriften (die §§ 57 a ff. Haushaltsgrundsätzegesetz, die Nachprüfungsverordnung sowie die auf einzelne Abschnitte der VOB/A verweisende Vergabeverordnung) den Teilnehmern an einem Vergabeverfahren nach dem Willen des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers bewußt keine subjektiven Rechte einräumen sollten ("sogenannte haushaltsrechtliche Lösung", vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., 13. Aufl., Einleitung Rdn. 79 sowie ferner Löttsch/Bornheim, NJW 95, 2134, 2137).	36
Soweit die Klägerin sich auf Art. 30 Abs. 4 der Richtlinie 93/95/EWG beruft, könnte einer Einordnung als Schutzgesetz der Umstand entgegen stehen, daß EG-Richtlinien nicht unmittelbar gelten, sondern einer Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Art. 49 EG-Vertrag (= Art. 59 in der bis zum 30.04.1999 geltenden Fassung), den die Klägerin ebenfalls als vorliegend verletztes Schutzgesetz heranziehen möchte, lassen sich konkrete Vorgaben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht entnehmen.	37
Letztlich kann die Frage, ob im hier zu entscheidenden Fall ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt worden ist, indessen aus folgenden Gründen offen bleiben: Da vorliegend zweifelsfrei kein Organ des Beklagten im Sinne der §§ 89, 31 BGB gehandelt hat, kommt eine deliktische Haftung des Beklagten nur unter den Voraussetzungen des § 831 Abs. 1 BGB in Betracht (so auch: Ingenstau/Korbion, 14. Aufl., Einleitung Rdn. 73). § 831 Abs. 1 BGB greift jedoch dann nicht ein, wenn feststeht, daß ein Schaden nicht auf einem Auswahl- oder einem Leitungsver schulden des Geschäftsherrn beruht (vgl. Palandt/Thomas, a.a.O., Rdn. 20 zu § 831). Das trifft hier zu. Nach dem eigenen Sachvortrag der Klägerin, nämlich nach dem in der Klageschrift in Bezug genommenen und ihr beigelegten Schreiben des Ministeriums für Wirtschaft und Mittelstand, Technologie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21.08.1998 (Bl. 112 ff. d. A.), beruht der Umstand, daß sie den Zuschlag für das Bauvorhaben "X-Tunnel" nicht erhalten hat, nicht auf einer eigenen Entscheidung von Mitarbeitern des Beklagten, sondern auf einer für den Beklagten bindenden (vgl. Art. 85 Abs. 3 GG) Weisung des Bundesverkehrsministeriums. Jenes Ministerium - und nicht etwa der Beklagte - war "Herr des Verfahrens". Das zeigt sich auch daran, daß nach dem Inhalt des Schreibens vom 21.08.1998 mehrfache beim Bundesverkehrsministerium vorgebrachte Gegenvorstellungen erfolglos geblieben sind.	38
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Befugnis der Klägerin, Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft erbringen zu können, ergibt sich bereits aus § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO n. F. und war daher nicht in den Urteilstenor aufzunehmen.	39
Der Anregung der Klägerin, die Revision zuzulassen, war nicht zu entsprechen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n. F. nicht vorliegen. Die Entscheidung des Senats beruht nicht auf einer verbindlichen Beantwortung der von der Klägerin als grundsätzlich angesehenen Frage, ob die vor dem 01.01.1999 geltenden Vergabevorschriften Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellten.	40
