
Datum: 21.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 212/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0721.11U212.09.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 140/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17. November 2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 12 O 140/09 – wie folgt abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des gesamten Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleitung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Beklagte schrieb im Jahre 2008 Erd- und Straßenbauarbeiten, Abdichtungsarbeiten sowie Betoninstandsetzungsarbeiten am Parkhaus A in K aus. Der Umfang der Unterlagen, die im Angebot erwartet wurden, war in Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen festgelegt. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

1

2

3

4

„Für das Angebot sind die vom Auftraggeber übersandten Vordrucke zu verwenden; das Angebot ist an der dafür vorgesehenen Stelle zu unterschreiben. Die Verwendung selbstgefertigter Vervielfältigungen, Abschriften oder Kurzfassungen ist – ausgenommen beim Leistungsverzeichnis – unzulässig.

Anstelle des vom Auftraggeber übersandten Leistungsverzeichnisses können selbstgefertigte Abschriften oder Kurzfassungen verwendet werden, wenn der Bieter das vom Auftraggeber verfasste Leistungsverzeichnis als allein verbindlich anerkennt. Eine selbstgefertigte Abschrift oder Kurzfassung ist zugelassen. Das vom Auftraggeber verfasste Leistungsverzeichnis ist allein verbindlich. 5

Kurzfassungen müssen die Ordnungszahlen (Positionen) des vom Auftraggeber übersandten Leistungsverzeichnisses vollzählig, in der gleichen Reihenfolge und mit den gleichen Nummern enthalten; sie müssen für jede Teilleistung nacheinander die Ordnungszahlen, die Menge, die Einheit, den Einheitspreis und den Gesamtbetrag, darüber hinaus den jeweiligen Kurztext sowie die im Leistungsverzeichnis entsprechenden Zwischensummen der Leistungsabschnitte, die Angebotssumme und alle vom Auftraggeber geforderten Textergänzungen enthalten. Angebote, die diesen Bedingungen nicht entsprechen, können ausgeschlossen werden. 6

Die Kurzfassung ist zusammen mit dem vom Auftraggeber übersandten Leistungsverzeichnis Bestandteil des Angebots. 7

Der Bieter ist verpflichtet, auf Anforderung des Auftraggebers vor Auftragserteilung ein vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis nachzureichen.“ 8

Zur Erstellung des Angebots wurden der Klägerin ein Langtextleistungsverzeichnis und ein Kurztextleistungsverzeichnis sowohl in Papierform als auch in elektronischer Form übersandt. Im Langtextleistungsverzeichnis waren für eine Reihe von Positionen Eintragungsfelder enthalten für Angaben des Bieters zum einzubauenden Material, dessen Hersteller und – in einigen Fällen - dem Lieferwerk. 9

Das von der Klägerin am 29.05.2008 – dem letzten Tag der Submissionsfrist – abgegebene Angebot enthielt die in der Langtextversion des Leistungsverzeichnisses verlangten Textergänzungen zu Material, Hersteller und Lieferwerk nicht, woraufhin es von der Beklagten wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen wurde. 10

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin, deren Angebot mit einem Betrag von ca. 880.000,00 € das Preisgünstigste gewesen war, von der Beklagten die Zahlung von Schadensersatz wegen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes in Gestalt des ihr aus der unterbliebenen Auftragserteilung entgangenen Gewinnes, den sie mit 7 % vom Nettoauftragswert – entsprechend 47.926,13 € - beziffert. Ferner verlangt sie von der Beklagten die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.379,80 €. 11

Wegen des weiteren Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. 12

Das Landgericht hat das Klagebegehren dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Gegen dieses Grundurteil des Landgerichts, auf dessen Inhalt im Übrigen Bezug genommen wird, wendet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher das erstinstanzliche Ziel der Abweisung des Klagebegehrens weiterverfolgt wird. 13

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe zu Unrecht eine Unklarheit der Ausschreibungsbedingungen angenommen. Der Ausschluss des Angebots der Klägerin sei zu Recht erfolgt. Die Klägerin habe es zudem verabsäumt, den vergaberechtlichen Verwaltungsrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Im Übrigen sei allenfalls das negative Interesse erstattbar.	
Die Beklagte beantragt,	15
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	16
Die Klägerin beantragt,	17
die Berufung zurückzuweisen,	18
vorsorglich:	19
die Revision zuzulassen.	20
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach es ihr nach den Bewerbungsbedingungen frei gestanden habe, ein auf dem Kurztextverzeichnis fußendes Angebot abzugeben und die Möglichkeit der Nachforderung eines vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnisses durch die Klägerin abzuwarten..	21
Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	22
II.	23
Die Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg.	24
Der mit der Klage verfolgte Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) besteht dem Grunde nach nicht.	25
1.	26
Der Geltendmachung des hier verfolgten Schadensersatzanspruchs steht allerdings nicht bereits der Umstand entgegen, dass die Klägerin als „übergangene Bieterin“ nicht zunächst den Weg der Anrufung der Vergabekammer beim Regierungspräsidenten Köln mit dem Ziel der Fortsetzung des Vergabeverfahrens eingeschlagen hat. Denn die vorgängige Geltendmachung von Verfahrensrechten nach dem GWB und der VOB/A im Verwaltungswege ist grundsätzlich nicht Voraussetzung für die – erfolgreiche – Verfolgung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche.	27
2.	28
Dem Landgericht ist allerdings darin zu folgen, dass die Vornahme einer öffentlichen Ausschreibung ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet, dessen Verletzung durch eine nicht den Vergabevorschriften entsprechende Vergabe des Auftrags Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo begründen können, die zwar regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet sind, jedoch unter besonderen Voraussetzungen auch auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet sein können (vgl. BGH NZBau 2005, 709 m.w.N.).	29

3.	30
Eine zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung setzt jedoch voraus, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin zu Unrecht ausgeschlossen und bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigt hat.	31
Schadensersatzansprüche nach diesen Grundsätzen kommen jedoch nicht in Betracht, wenn das Angebot des Schadensersatz begehrenden Bieters zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen war (BGH, a.a.O. m.w.N.). Das war hier – entgegen der Ansicht des Landgerichts - der Fall:	32
Die Beklagte beruft sich hier zu Recht auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A, wonach Angebote, die § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen sind. Nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sollen die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten. Werden – so der BGH (a.a.O.) – in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Erklärungen nicht abgegeben, führt dies zwingend dazu, dass ein solches Angebot gem. § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A von der Wertung auszuschließen ist. Weiter heißt es in dieser Entscheidung:	33
<i>„...Dem steht nicht entgegen, dass die die geforderten Erklärungen betreffende Bestimmung in § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als Sollvorschrift formuliert ist. Der Ausschlussatbestand ist nicht erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot wegen fehlender Erklärungen im Ergebnis nicht mit anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Denn ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden können. Dies erfordert, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet und ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, so dass sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen (BGHZ 154, 32, 45 = NZBau 2002, 293, 295)“.</i>	34
Aus dem in den Vergabeunterlagen enthaltenen „Leistungsverzeichnis Langtext“ (GA 92 ff.) ergab sich für jeden Bieter die Notwendigkeit, zu den darin aufgeführten Positionen 1.3.380 (Betonunterlage grundieren), 1.3.390 (Betonunterlage kratzspachteln), 1.3.470 (1-lagige Dichtungsschicht aus Schweißbahn herstellen), 1.3.480 (gem. Pos. 1.3.470 2. Lage Dichtungsschicht aus Schweißbahn herstellen. Zulage usw.), 1.3.530 (Klebebordsteine liefern, einbauen), 1.3.540 (Klebebord-Außenecke liefern, einbauen), 1.3.560 (Betonblockstufen liefern, aufkleben), 1.5.110 (Zulage für Mehrtiefen über 0,50 qm), 1.5.210 (Zulage für Mehrtiefen beim PCC-Einbau über 0,50 qm), 1.5.330 (Betonstahl beschichten), 1.5.350 (Riß über 0,2 mm bis 0,5 mm vorbereiten und nachbehandeln), 1.5.360 (Riß über 0,5 mm bis 1,0 mm vorbereiten und nachbehandeln), 1.5.370 (Riß über 1,0 mm bis 2,0 mm vorbereiten und nachbehandeln), 1.5.380 (Reaktionsharz in Riß füllen) und 1.5.390 (Reaktionsharz in Riß füllen) Angaben zum angebotenen Material und zum Hersteller bzw. zum Lieferwerk zu machen.	35
Diese Angaben waren nach den „Bewerbungsbedingungen“ (Anlage K 2 – GA 58 ff.), auf welche sich die Klägerin bezieht, auch bei Verwendung einer Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses (eine solche war der Klägerin neben dessen Langfassung übersandt worden) erforderlich und vom Bieter mit dem Angebot selbst vorzunehmen. Die im Tatbestand des Urteils wiedergegebene Ziffer 3.2 dieser Bewerbungsbedingungen (GA 58) räumt zwar dem Bieter die Möglichkeit ein, anstelle der vom Auftraggeber übersandten	36

Vordrucke selbstgefertigte Abschriften oder Kurzfassungen zu verwenden, wenn der Bieter das vom Auftraggeber verfasste Leistungsverzeichnis als verbindlich anerkennt. Bei Verwendung einer Kurzfassung (hier: des Kurztext-Leistungsverzeichnisses) durch den Bieter muss diese Kurzfassung nicht nur „die Ordnungszahlen (Positionen) des vom AG übersandten Leistungsverzeichnisses vollzählig ... enthalten“; weiterhin hatte das Angebot neben den geforderten Preisangaben „den jeweiligen Kurztext sowie die dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Zwischensummen der Leistungsabschnitte, die Angebotssumme und alle vom Auftraggeber geforderten Textergänzungen“ zu enthalten. Mit „Leistungsverzeichnis“ ist in diesem Zusammenhang allein das Langtext-Leistungsverzeichnis gemeint, welches in den beiden ersten Abschnitten von Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen als „allein verbindlich“ bezeichnet wird. Nur in diesem Langtext-Leistungsverzeichnis sind Passagen enthalten, in denen Bietererklärungen über Material und Hersteller gefordert sind. Bei gewissenhafter Lektüre der Bewerbungsbedingungen konnte danach nur das Langtext-Leistungsverzeichnis“ als maßgeblicher „Vordruck“ im Sinne von Ziffer 3.2 Abs. 1 der Bewerbungsbedingungen verstanden werden.

Die Bewerbungsbedingungen waren – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht unklar. 37
Das Angebot konnte nach Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen (GA 58) nicht nur durch Einreichung des ausgefüllten Langtext-Leistungsverzeichnisses oder des ausgefüllten Kurztext-Leistungsverzeichnisses, sondern auch durch „selbstgefertigte Abschriften oder Kurzfassungen“ abgegeben werden. In allen Fällen war der Bieter aber ebenfalls verpflichtet, zugleich mit dem Textteil die notwendigen Angaben zu Material und Herstellern mitzuteilen. Die im letzten Absatz von Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen vorgesehene Nachforderung eines vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnisses enthält allein das Recht der Beklagten als öffentlicher Bauherrin, vom Bieter vor Auftragserteilung ein vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis anzufordern. Die Bestimmung beinhaltet dagegen kein Recht des Bieters, abweichend vom vorhergehenden Absatz der Ziffer 3.2 der Bewerbungsbedingungen bei Einreichung eines Kurztext-Leistungsverzeichnisses die Abgabe der geforderten Bieterangaben zu Material und Herstellern von einer Nachforderung seitens der Beklagten abhängig zu machen.

Soweit die Klägerin mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 06.07.2010 geltend macht, 38
dass die Leistungsbeschreibung schreibgeschützt gewesen sei und keine Ergänzungen zugelassen habe, bleibt dieses Vorbringen gemäß § 531 ZPO unberücksichtigt. Ein Ausnahmefall des § 531 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. Nach den Feststellungen des Landgerichts waren der Klägerin Kurz- und Langtext-Leistungsverzeichnisse – auch – in elektronischer Form zugesandt worden. Dass diese Verzeichnisse nicht hätten ergänzt werden können, behauptet die Klägerin erstmals nach Schluss der Berufungsverhandlung. Selbst wenn ein Schreibschutz der Leistungsverzeichnisse hinsichtlich der Vornahme von Ergänzungen vorgelegen haben sollte, wäre das für die hier zu treffende Entscheidung unerheblich. Denn die Klägerin wäre auch in diesem Falle nicht gehindert gewesen, die zusätzlich geforderten Bieterangaben auf einer dem Kurztext-Leistungsverzeichnis beigefügten Liste oder im Rahmen einer von ihr selbst gefertigten Abschrift des Kurztext-Leistungsverzeichnisses unter Einfügung der betreffenden Angaben zu machen.

Die unterbliebenen Angaben zu den einzusetzenden Materialien und deren Herstellern waren 39
für die Vergabe von erheblicher Relevanz, weil aus ihnen – was von der Beklagten als ausschreibender öffentlicher Bauherrin offenbar gewünscht war - Rückschlüsse auf die Qualität des angebotenen Materials und damit auch auf die Qualität des jeweiligen Angebots hätten gezogen werden können. Dabei kann letztlich offenbleiben, in welcher Weise die geforderten Bieterangaben bei – zulässiger – Verwendung des Kurztext-

Leistungsverzeichnisses vorzunehmen waren, sei es durch Einfügung an der betreffenden Stelle in den Textteil des Kurztext-Leistungsverzeichnisses, sei es durch Beifügung einer Anlageliste. Denn die Klägerin hatte die geforderten Bieterangaben weder im Textteil ihres Angebots noch in einer dem Angebot beigefügten Liste gemacht. Das ohne die geforderten Angaben zu Material und Materialherstellern am letzten Tag der Submissionsfrist abgegebene Angebot der Klägerin vom 29.05.2008 war daher von der Teilnahme an der Ausschreibung zu Recht ausgeschlossen worden.	
Eine Berücksichtigung der erstmals im Berufungsverfahren vorgelegten Ergänzungen des Langtext-Leistungsverzeichnisses um die geforderten Erklärungen zu Material und Materialherstellern (GA 247 ff.) ist nicht möglich.	40
In Abänderung des angefochtenen Urteils ist die Klage sonach dem Grunde nach unbegründet und daher zur Gänze abzuweisen.	41
III.	42
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.	43
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	44
IV.	45
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind.	46
<u>Streitwert für das Berufungsverfahren:</u> 47.926,13 €	47