
Datum: 31.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 17/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0131.3U17.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 14 O 81/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 31.03.2011 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn – 14 O 81/09 – wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens sowie die Kosten der Nebenintervenientin und der Streithelferin zu tragen.

Diese Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar

Die Klägerin kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn die Vollstreckungsgläubiger nicht vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht den Erfüllungsschaden geltend, der ihr nach ihrem Vortrag daraus entstanden ist, dass die Beklagte als von ihr beauftragte Frachtführerin ihre Ausschreibungsunterlagen für das Gewerk Dachdeckungs-/ Dichtungsarbeiten Los 021 am Neubau des Freizeit- und Businesszentrums O. 2009 verspätet an die O. GmbH zugestellt

1

2

3

habe, so dass das Angebot bei Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote am 09.05.2008, 10.00 Uhr, und bei Öffnung der Angebote zur selben Zeit nicht vorgelegen habe.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 4

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es geht davon aus, dass die Beklagte ihre Verpflichtung zur Auslieferung der Express-Sendung bis 09.05.2008, 09.00 Uhr nicht erfüllt hat, lässt diese Frage aber letztlich offen, ebenso die Frage des qualifizierten Verschuldens, und begründet die Klageabweisung damit, dass die Klägerin nicht dargelegt und bewiesen habe, dass ihr ein Schaden entstanden sei. Es sei zwar nach Anhörung von zwei Zeugen davon überzeugt, dass die Klägerin als Anbieter mit dem niedrigsten Angebotspreis den Zuschlag erhalten hätte. Eine solche Entscheidung wäre aber bei Anwendung der VOB/A rechtswidrig gewesen, weil das Angebot gemäß §§ 25 Nr.1 Abs. 1 lit.b, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A in der im Mai 2008 geltenden Fassung zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen. Denn das Angebot der Klägerin habe eine Abänderung der Verdingungsunterlagen zum Inhalt gehabt, weil die Klägerin in ihrem Begleitschreiben vom 08.05.2008 (Bl. 328 d. A.) geschrieben habe: 5

„Bezugnehmend auf den Terminplan, welcher der Ausschreibung beilag, möchten wir noch anmerken, dass eine Ausführung der Dachdeckung/Dichtung Indoor-Attraktion in der geplanten Frist von 16 Tagen nicht realisierbar ist und somit einer Abstimmung bedarf.“ 6

Dieser Zusatz in dem Begleitschreiben enthalte nicht nur eine Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB, die bereits verfristet wäre. Für die Feststellung der Ursächlichkeit der – unterstellten – Pflichtverletzung der Beklagten für einen Schaden der Klägerin komme es auf die rechtmäßige Entscheidung über den Zuschlag an. Ein rechtswidriges Handeln der O. GmbH bei der Vergabe könne der Klägerin nicht zum Vorteil gereichen. Deshalb bestehe auch kein Anspruch wegen Nichtunterstützung der Klägerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Mainz; im Übrigen habe die Klägerin insoweit eine Pflichtverletzung der Beklagten weder dargelegt noch bewiesen. 7

Mit ihrer Berufung gegen dieses Urteil macht die Klägerin weiterhin geltend, mit einem um ca. 200.000,00 € günstigeren Angebot als dem der Firma H. Dach GmbH der wirtschaftlichste Bieter gewesen zu sein, dem bei rechtzeitigem Eingang der Angebotsunterlagen der Zuschlag erteilt worden wäre. Die Erteilung wäre auch rechtmäßig gewesen. Bei den im Begleitschreiben geäußerten Bedenken gegen die Realisierbarkeit der Frist von 16 Tagen für die Dachdeckungs-/Dichtungsarbeiten handele es sich um einen technischen Hinweis, der die Verbindlichkeit des Bauzeitenplans nicht abändere, sowie um eine Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB. Dadurch sei das Angebot der Klägerin nicht eingeschränkt worden. Die Vergabestelle habe den Passus zutreffend als bloßen Hinweis auf eine inkonsistente Leistungsbeschreibung verstanden, die Gegenstand einer technischen Aufklärung habe sein sollen. Das ergebe sich auch aus den Aussagen der Zeugen C. und T.. Sofern der Hinweis auf die fehlende Realisierbarkeit der geplanten Frist als Rüge verfristet sein sollte, bleibe es dennoch eine Rüge, der als Hinweis erkennbar im technischen Sinn Bedeutung zukomme, wie es die Zeugen auch verstanden hätten. Jedenfalls habe die Klägerin die Ausführungsfristen der Ausschreibung als verbindlich anerkannt. Nach der Aussage der Zeugen wäre wegen des Hinweises in dem Begleitschreiben ein Ausschluss nicht erfolgt, sondern mit der Klägerin ein Aufklärungsgespräch geführt worden, um den wirklichen Angebotswillen bei möglicherweise missverständlicher Ausdrucksweise und technischen Hinweise zu klären. 8

Im Übrigen habe das Landgericht zu Unrecht darauf abgestellt, ob die Klägerin bei rechtmäßiger Zuschlagsentscheidung den Zuschlag erhalten hätte. Es habe zu Unrecht die höchstrichterlichen Grundsätze für eine Schadensersatzhaftung für Vergabefehler zugrunde gelegt. Für das Haftungsverhältnis der Klägerin zur Beklagten als Frachtführerin sei es völlig egal, ob die O. GmbH der Klägerin den Auftrag rechtmäßig oder rechtswidrig erteilt hätte. Der Schutzzweck des Vergaberechts sei ein anderer als der Schutzzweck und Schutzbereich des Frachtrechts. Der Einwand der vermeintlich rechtswidrigen Zuschlagserteilung unterbreche daher den Zurechnungszusammenhang nicht. Die Beklagte müsse sich den Kausalverlauf entgegenhalten lassen, wie er nach den Feststellungen des Landgerichts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.

Schließlich hätte der Bieter H. Dach GmbH den Zuschlag nicht erhalten dürfen, weil sein Angebot schon aus formalen Gründen zwingend auszuschließen gewesen sei. Aus der vom Zeugen C. zur Gerichtsakte gereichten Niederschrift der Angebotswertung ergebe sich, dass der Bieter z. B. geforderte Erklärungen und Nachweise betreffend die eigene Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nicht erbracht habe und ebenso keine Angaben zum Nachunternehmer, obwohl er tatsächlich einen Nachunternehmer eingesetzt habe. 10

Die Klägerin beantragt, 11

1. 12

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 773.801,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2009 zu zahlen; 13

hilfsweise, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Erfüllungsschaden zu ersetzen, der ihr aus dem Ausschluss des Angebots für die Vergabe des Auftrags Bauvorhaben Neubau des Freizeit- und Businesszentrums „O. 2009“ Gewerk Dachdeckungs-/Dichtungsarbeiten Los 21 wegen der verspäteten Zustellung der Sendung Nr. 94.2504 0351 5 DE am 09.05.2008 um 11.06 Uhr durch die Erfüllungsgehilfen der Streithelferin an die O. GmbH entsteht. 14

2. 15

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 5.084,80 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2009 zu zahlen; 16

3. 17

hilfsweise, die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen. 18

Die Beklagte, die Nebenintervenientin sowie die Streithelferin der Beklagten beantragen, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und wiederholen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen. 21

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Prozessbeteiligten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 22

II.	23
Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.	24
Das Landgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen.	25
Der Klägerin stehen keine Schadensersatzansprüche gemäß §§ 425 Abs. 1, 435 HGB, 249, 252 BGB wegen verspäteter Zustellung ihrer Ausschreibungsunterlagen an die O. GmbH oder gemäß §§ 280, 281 BGB wegen Nichtunterstützung der Klägerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Mainz zu.	26
Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Beklagte die Einhaltung der vereinbarten Lieferfrist für die Zustellung der Ausschreibungsunterlagen an die O. GmbH bewiesen hat, ob eine verspätete Zustellung der Angebotsunterlagen auf qualifiziertem Verschulden beruht und ob die Klägerin ein Mitverschulden trifft, weil sie bei einem Abgabetermin um 10.00 Uhr eine Zustellung mit Lieferfrist bis 09.00 Uhr gewählt und ferner die Beklagte nicht auf die Möglichkeit des Eintritts eines ungewöhnlich hohen Schadens hingewiesen hat. Denn eine verspätete Zustellung der Angebotsunterlagen hat nicht nachweislich zu einem Schaden der Klägerin geführt. Dies gilt auch für die behauptete fehlerhafte Unterstützung der Klägerin im Nachprüfungsverfahren.	27
1.	28
Das Landgericht hat zur Frage des Schadenseintritts zu Recht darauf abgestellt, ob die Klägerin im Falle rechtmäßiger Entscheidung den Zuschlag hätte erhalten müssen, und hat diese Frage zutreffend verneint.	29
a)	30
Der Senat geht mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vom normativen Schadensbegriff aus. Ein Geschädigter soll grundsätzlich im Wege des Schadensersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil. Durch eine fiktive Entscheidung, die gerade mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, wird kein schutzwürdiger Besitzstand begründet (vgl. BGH NJW 2008, 440, zitiert nach Juris Rz. 21). So kann bei wertender Betrachtung der Verlust eines Rechtsstreits nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden, wenn sich im Anwaltshaftungsprozess herausstellt, dass die unterlegene Partei den Vorprozess materiell-rechtlich zu Recht verloren hat. Der Umstand, dass die Partei bei sachgerechter Vertretung durch ihren Anwalt den Vorprozess aus prozessrechtlichen Gründen gewonnen hätte, etwa weil der Gegner einen ihm obliegenden Beweis mit den im Vorprozess zulässigen Beweismitteln nicht hätte führen können, rechtfertigt es nicht, der Partei im Regressprozess gegen ihren Prozessbevollmächtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den sie nach materiellem Recht im Vorprozess keinen Anspruch hatte (vgl. BGH NJW 1987, 3255, 3256). Auf diese Entscheidung bezieht sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil zur Steuerberaterhaftung vom 03.06.1993 (NJW 1993, 2799): „Bei der Beurteilung, ob dem Kläger aus fehlerhafter Beratung ein Schaden entstanden ist, hat das für den Regressprozess zuständige Gericht grundsätzlich nicht darauf abzustellen, wie die zuständige Verwaltungsbehörde oder das damals angerufene Gericht ohne die Pflichtverletzung tatsächlich entschieden hätte, sondern aufgrund der gesamten Sach- und Rechtslage selbstständig darüber zu befinden, wie das betreffende Verfahren ohne den dem Berater zur Last fallenden Fehler richtigerweise hätte ausgehen müssen. Wesentlich für diese	31

Rechtsprechung ist vor allem die Erwägung, dass bei wertender Betrachtungsweise nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden kann, wenn sich im Haftungsprozess herausstellt, dass die Partei im Vorprozess objektiv zu Recht unterlegen war.“

Diese Erwägungen gelten unabhängig davon, ob ein „Schaden“ auf eine Pflichtverletzung eines Rechtsanwaltes oder Steuerberaters zurückzuführen ist oder nur mittelbar aus einer Verletzung der Frachtführerpflichten resultiert. Die Definition des Schadensbegriffs gilt unabhängig vom Schutzbereich der jeweils verletzten Normen. 32

Ersatz ihres entgangenen Gewinns und weiteren „Schadens“ kann die Klägerin daher nur erhalten, wenn sie bei ordnungsgemäßer Vergabe den Zuschlag hätte erhalten müssen (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.2007 – X ZR 19/06 -).

b) 34

Nach der objektiven Rechtslage hätte die Klägerin den Zuschlag auch bei rechtzeitigem Eingang ihrer Angebotsunterlagen nicht erhalten dürfen, weil ihr Angebot gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A in der im Mai 2008 geltenden Fassung auszuschließen gewesen wäre. 35

Die Frage nach der Zuschlagserteilung richtet sich nach den Regeln der VOB/A, unabhängig davon, ob es sich bei der O. GmbH um einen öffentlichen oder privaten Auftraggeber handelt (dessen Gesellschafter zwei Körperschaften des öffentlichen Rechts sind). Denn die O. GmbH hat sich jedenfalls insgesamt der VOB/A unterworfen (vgl. BGH MDR 2008, 1030; BGH NJW-RR 2006, 963). 36

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A ist ein Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen, das Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthält (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A). Eine solche Änderung kann auch im Begleitschreiben zum Angebot erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2002 – X ZR 67/00, Rz. 17). Das Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen trägt dem Umstand Rechnung, dass ein echter fairer Wettbewerb nach Angeboten verlangt, die vergleichbar sind. Diese Vergleichbarkeit soll grundsätzlich ohne Weiteres gegeben sein. Das ist sichergestellt, wenn die Angebote der sich an der Ausschreibung beteiligenden Bieter den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Bedingungen entsprechen, die der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bestimmt hat und zu denen er den Vertrag abschließen möchte (vgl. BGH a. a. O.). 37

Unstreitig war in den Verdingungsunterlagen für die Ausführung der Dachdeckungs-/Dichtungsarbeiten Indoor-Attraktion eine Leistungszeit von 16 Tagen verbindlich vorgeschrieben. Der oben zitierte Hinweis der Klägerin in ihrem Begleitschreiben enthält nach seinem objektiven Gehalt einen Vorbehalt zu dieser Leistungszeit. 38

Entscheidend für die Auslegung der Erklärung der Klägerin war nicht ihr tatsächlicher Wille, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert (vgl. BayOLG, Vergabesenat, Beschluss vom 16.09.2002 – Verg 19/02 -). 39

Die Klägerin hat die Ausführungsfrist von 16 Tagen als „nicht realisierbar“ bezeichnet und dies in ihrem erstinstanzlichen Vortrag (Bl. 316 d. A.) auf alle Bieter bezogen und die zeitliche Grenze als „objektiv nicht erfüllbar“ bezeichnet (Bl. 318 d. A.). Damit hat die Klägerin selbst klargestellt, dass sie ihr Angebot nur unter der Bedingung einer Abänderung der vorgegebenen Leistungszeit abgegeben hat. Aus dem Umstand, dass die vom Landgericht vernommenen Zeugen C. und T. (Mitarbeiter des externen Architekturbüros bzw. Mitarbeiter 40

der O. GmbH, die die Zuschlagsentscheidung vorbereitet haben) die Erklärung nicht als unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen angesehen haben, lässt sich für das objektive Verständnis der Erklärung nichts Entscheidendes entnehmen.

Die Klägerin hätte auch keinen Anspruch darauf gehabt, dass die Vergabestelle mit ihr über den strittigen Passus verhandelte (§ 24 Nr. 1 VOB/A). Eine solche Nachverhandlung wäre rechtlich nicht zulässig gewesen und hätte nicht verwertet werden dürfen. Denn hier geht es nicht darum, einen unklaren Angebotsinhalt aufzuklären. Vielmehr steht der objektive Erklärungsinhalt aufgrund der vorgenommenen Auslegung fest. Eine Verhandlung darüber, was die Klägerin mit ihrem Hinweis tatsächlich gemeint hat, wäre daher nicht zulässig gewesen (vgl. BayOLG, a. a. O.; OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Baurecht 2001, 690). 41

Die Vergabestelle durfte den Hinweis auf die Nichtrealisierbarkeit der Ausführungsfrist auch nicht als Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB in der Fassung vom 15.07.2005 verstehen. Dies war allein im Hinblick auf die Verfristung einer unverzüglich zu erhebenden Rüge fernliegend, wenn eine solche erst im Begleitschreiben zur Angebotsabgabe erfolgt. 42

Falls die Vorgabe der Ausschreibung bezüglich der Ausführungszeit von 16 Tagen tatsächlich objektiv nicht erfüllbar war – was die Klägerin im Berufungsverfahren offensichtlich nicht mehr geltend machen will –, hätte die O. GmbH das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beenden dürfen, sondern entweder die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 VOB/A aufheben oder diskriminierungsfrei das Leistungsprogramm ändern und den Bietern angemessene Gelegenheit zur Abgabe neuer Angebote geben müssen (vgl. BGH NZBau 2006, 797, zitiert nach Juris, Rz. 17). Auch in diesem Fall hätte die Klägerin daher keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlages gehabt. 43

2. 44

Unabhängig von den Ausführungen unter 1. vermag der Senat nicht festzustellen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, dass die Klägerin bei rechtzeitigem Zugang ihrer Angebotsunterlagen den Zuschlag endgültig erhalten hätte. Für die Prüfung dieser Frage ist nicht allein auf die Entscheidung der O. GmbH abzustellen, sondern auch darauf, ob eine Entscheidung zu Gunsten der Klägerin von einem Mitbieter erfolgreich angefochten worden wäre. 45

Der Senat geht mit dem Landgericht aufgrund der Aussagen der von diesem vernommenen Zeugen C. und T. davon aus, dass der streitgegenständliche Passus im Begleitschreiben der Klägerin nicht zu deren Ausschluss geführt haben würde. Zweifelhaft erscheint aber bereits, ob die Klägerin allein im Hinblick auf den um 200.000,00 € günstigeren Gesamtpreis den Zuschlag erhalten haben würde. Zu der Bewertung des Angebots gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A nach Prüfung gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A haben die Zeugen nichts bekundet. Insoweit hat auch kein Vergleich der Angebote der Klägerin und des Bieters H., der den Zuschlag erhalten hat, stattgefunden. Immerhin beruft sich die O. GmbH in diesem Rechtsstreit wiederholt darauf, dass die Eignung der Klägerin nicht belegt worden sei, weil sie bisher an vergleichbaren Großprojekten nicht gearbeitet habe. Der Senat sieht auch auf der Grundlage der Zeugenaussagen, wonach mögliche Ausschlussgründe bei dem Bieter H. erst im Bietergespräch geklärt wurden, nicht als hinreichend wahrscheinlich an, dass für die Zuschlagsentscheidung entgegen § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ausschließlich der niedrigste Angebotspreis maßgeblich gewesen wäre. 46

Jedenfalls sieht der Senat aber keinen Anlass zu der Annahme, der Bieter H. hätte auf einen Zuschlag an die Klägerin hin nicht einen Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer gemäß § 107 Abs. 1 GWB gestellt. Für diesen Fall ist davon auszugehen, dass das Vergabeverfahren gemäß § 115 Abs. 1 GWB ausgesetzt worden wäre und die Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 1 GWB entschieden hätte, dass das Angebot der Klägerin aus den oben genannten Gründen auszuschließen war.

Die Berufung der Klägerin war daher mit der Kostenfolge aus §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO zurückzuweisen. 48

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergehen nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49

Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 50

Berufungsstreitwert: 773.801,00 € 51