

IBRRS 2021, 0609

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Vergabeverfahren grundlos aufgehoben: Höhe des Schadensersatzes?

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

BGH

Urteil

vom 08.12.2020

XIII ZR 19/19

BGB §§ 249, 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2; VOB/A 2016 § 17 Abs. 1

1. Verletzt der öffentliche Auftraggeber eine Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis, indem er ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt (hier: ohne einen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A 2016), steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu. Der Anspruch ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist.*)

2. Dieser zu ersetzende Schaden besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.*)

3. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Angebot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen.*)

4. Dem Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter ist es gleichzustellen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis dadurch herbeiführt, dass er die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt, und den Auftrag außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen Bieter vergibt, an den der Auftrag nach dem Ergebnis des aufgehobenen Vergabeverfahrens nicht hätte vergeben werden dürfen.*)

5. Voraussetzung hierfür ist, dass der später vergebene Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft und die Auftragsvergabe einem Zuschlag im aufgehobenen Vergabeverfahren an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter gleichzustellen ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht - im Hinblick auf die Vergabe an den Bieter mit dem annehmbarsten Angebot - aus sachlichen und willkürfreien Gründen aufgehoben hat, sondern um den Auftrag außerhalb dieses Verfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können (Fortführung von BGH, IBR 1998, 459, und BGH, IBR 2014, 292).*)

BGH, Urteil vom 08.12.2020 - XIII ZR 19/19

vorhergehend:

OLG Karlsruhe, 20.04.2018 - 15 U 96/17

LG Baden-Baden, 27.06.2017 - 3 O 62/17

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Tolkmitt, die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 20. April 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zu einer Zahlung von mehr als 1.356,30 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Oktober 2016 sowie weiterer 192,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 30. März 2017 verurteilt worden ist.

Insoweit wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Baden-Baden - Zivilkammer III - vom 27. Juni 2017 zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nahm an einer Ausschreibung der Beklagten teil und gab am 31. März 2016 mit 1.603.525,00 Euro das günstigste Angebot für die schlüsselfertige Errichtung eines Mehrfamilienhauses zur Unterbringung von Flüchtlingen ab. Die Parteien vereinbarten, die Angebotsbindefrist bis zum 13. Mai 2016 zu verlängern. Nachdem die Klägerin nicht bereit war, die Bindefrist nochmals zu verlängern, teilte ihr die Beklagte mit Schreiben vom 8. Juni 2016 mit, die Ausschreibung werde wegen Wegfalls des Beschaffungsbedarfs aufgehoben. Am 29. September 2016 forderte die Beklagte die Klägerin auf, ein Angebot zur schlüsselfertigen Errichtung eines Mehrfamilienhauses abzugeben. Der Aufforderung zugrunde lag ein Bauprojekt in derselben Lage und mit dem gleichen Leistungsverzeichnis wie bei der ersten Ausschreibung. Da die Klägerin dieses Mal nicht das günstigste Angebot abgegeben hatte, erhielt ein Dritter den Zuschlag.
- 2 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von entgangenem Gewinn in Höhe von 53.900 Euro, der Kosten der Angebotserstellung von 2.630,17 Euro und des Entgelts für die Angebotsunterlagen von 150 Euro zuzüglich Zinsen und Rechtsanwaltskosten in Anspruch. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 150 Euro für die Angebotsunterlagen nebst Zinsen und anteiliger vorprozessualer Rechtsanwaltskosten verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 49.957,24 Euro verurteilt. Davon entfallen 48.600,24 Euro auf entgangenem Gewinn, 1.206,30 Euro auf Kosten für die Erstellung des Angebots und 150 Euro auf die bereits vom Landgericht zuerkannten Kosten für Angebotsunterlagen. Zudem hat das Berufungsgericht Zinsen und Rechtsanwaltskosten zuerkannt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision, mit der die Beklagte weiterhin die Klageabweisung erstrebt.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision der Beklagten hat überwiegend Erfolg.

I.

4 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

5 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § **280** Abs. 1, § **311** Abs. 2 BGB zu, weil die Beklagte durch die Aufhebung der Ausschreibung ihre Rücksichtnahmepflicht gemäß § **241** Abs. 2 BGB schuldhaft verletzt habe. Durch die Teilnahme der Klägerin an der Ausschreibung der Beklagten sei zwischen den Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen. Zu den vorvertraglichen Pflichten der Beklagten habe die Einhaltung der Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) gehört. Die Beklagte habe diese vorvertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt, da sie die Ausschreibung ohne schwerwiegenden Grund gemäß § **17** Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgehoben habe. Der behauptete Wegfall des Beschaffungsbedarfs wegen Änderung der politischen Verhältnisse habe tatsächlich nicht bestanden, da sich zum einen die Notwendigkeit für die Schaffung neuen Wohnraums gegenüber dem Beginn des Vergabeverfahrens nicht geändert habe und zum anderen der Gemeinderat am 9. Mai 2016 beschlossen habe, das Bauvorhaben voranzutreiben und nur die Auftragsvergabe vorläufig zurückzustellen. Am 8. Juni 2016, als die Beklagte der Klägerin die Aufhebung der Ausschreibung mitgeteilt habe, habe zwar kein annahmefähiges Angebot mehr vorgelegen, da die Klägerin nur bis 13. Mai 2016 an ihr Angebot gebunden gewesen sei. Allerdings habe der Gemeinderat bereits am 9. Mai 2016 beschlossen, das Vergabeverfahren nicht fortzuführen.

6 Die Klägerin habe neben der vom Landgericht zugesprochenen Erstattung der Gebühren für die Vergabeunterlagen von 150 Euro auch Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns in Höhe von 48.600,24 Euro und Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Erstellung des Angebots in Höhe von 1.206,30 Euro nebst Verzugszinsen und außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Die Personalkosten für die Angebotserstellung wären in die Kosten für die Errichtung des ausgeschriebenen Baus eingeflossen und hätten sich amortisiert, hätte die Beklagte der Klägerin den Auftrag erteilt und den vereinbarten Werklohn bezahlt. Durch die Möglichkeit der Klägerin, sich am zweiten Vergabeverfahren zu beteiligen, sei die Pflichtverletzung der Beklagten nicht kompensiert worden.

II.

7 Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

8 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht angenommen, dass der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gemäß § **280** Abs. 1, § **311** Abs. 2, § **241** Abs. 2 BGB wegen schuldhafter Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zusteht.

9 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass durch die Teilnahme der Klägerin an der Ausschreibung der Beklagten ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet wurde (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998 - **X ZR 48/97**, **BGHZ 139, 259**, 261).

- 10 b) In diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis hat die Beklagte eine Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB gegenüber der Klägerin verletzt, indem sie die Ausschreibung aufgehoben hat, ohne dass ein Grund nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vorgelegen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2014 - **X ZB 18/13**, **NZBau 2014**, **310** Rn. 21 - Fahrbahnerneuerung I).
- 11 aa) Die Ausschreibung fand in der ersten Jahreshälfte 2016 statt und ihr Wert lag deutlich unter dem Schwellenwert des § 106 GWB, der im Jahr 2016 für Bauaufträge 5.225.000 Euro betrug. Die Beklagte unterlag daher bei der Vergabe des Auftrags gemäß § 31 Abs. 2 GemHVO BW in der bis 27. Februar 2019 geltenden Fassung in Verbindung mit Nr. 2.1.1 VwV des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich den Vorschriften der VOB/A in der hier maßgeblichen Fassung vom 28. Oktober 2011 (vgl. zur unmittelbaren Geltung der VOB/A auch BGH, Urteil vom 6. Oktober 2020 - **XIII ZR 21/19**, Rn. 6 mwN - Ortenau-Klinikum).
- 12 bb) Die Aufhebung eines solchen Ausschreibungsverfahrens ist nur dann rechtmäßig, wenn ein Aufhebungsgrund nach § 17 VOB/A vorliegt. Jeder Bieter muss zwar mit der Möglichkeit rechnen, dass sich die in den vergaberechtlichen Bestimmungen zugelassenen Möglichkeiten verwirklichen, nach denen das Verfahren ohne Vergabe eines Auftrags beendet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998 - **X ZR 99/96**, **BGHZ 139**, **280**, 283). Ist dies aber nicht der Fall und wird das Vergabeverfahren gleichwohl aufgehoben, verletzt die Vergabestelle ihre Pflicht zur Beachtung der für das Verfahren maßgeblichen Vorschriften.
- 13 cc) Im Streitfall hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht durch die Vergabestelle bejaht.
- 14 (1) Nach § 17 Abs. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder andere schwerwiegende Gründe bestehen. Der Aufhebungsgrund, der den Ausschreibenden nach § 17 Abs. 1 VOB/A zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigt, muss nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sein oder darf ihm jedenfalls vorher nicht bekannt gewesen sein (**BGHZ 139**, **280**, 284; BGH, Urteil vom 6. Oktober 2020 - **XIII ZR 21/19**, Rn. 17 - Ortenau-Klinikum). Der Bieter darf erwarten, dass der Auftraggeber nicht leichtfertig ausschreibt, wie sich schon aus § 2 Abs. 6 VOB/A ergibt. Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (vgl. **BGHZ 139**, **259**, 264).
- 15 (2) Die Beklagte hat sich in ihrem Schreiben vom 8. Juni 2016 zwar auf den Aufhebungsgrund des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A berufen und angeführt, "mangels zwischenzeitlich aufgetretenem Beschaffungsbedarf" werde die Ausschreibung aufgehoben. Das Berufungsgericht ist aber zu Recht davon ausgegangen, dass der Aufhebungsgrund des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht vorgelegen hat.
- 16 (a) An das Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sind als Ausnahmetatbestand strenge Anforderungen zu stellen. Berücksichtigungsfähig sind nur solche Gründe, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen. Im Einzelnen bedarf es für die Feststellung des schwerwiegenden Grundes einer Interessenabwägung, für die die Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich sind (BGH, **NZBau 2014**, **310** Rn. 25 - Fahrbahnerneuerung I). Das Gewicht des schwerwiegenden Grundes muss so groß sein, dass eine Bindung des Auftraggebers an die Bedingungen der Ausschreibung mit Recht und Gesetz unvereinbar wäre und von den Bietern erwartet werden kann, dass sie auf die rechtlichen und tatsächlichen Bindungen des Ausschreibenden Rücksicht nehmen (BGH, Urteil

vom 12. Juni 2001 - **X ZR 150/99, NZBau 2001, 637, 640**).

- 17 (b) Der Wegfall des Beschaffungsbedarfs kommt als schwerwiegender Grund im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in Betracht. Allerdings hat das Berufungsgericht aus dem Protokoll der nichtöffentlichen Gemeinderatssitzung vom 9. Mai 2016, in dem es heißt, der Bau solle "vorangetrieben und umgesetzt werden", rechtsfehlerfrei geschlossen, dass der von der Beklagten angegebene Grund nicht vorlag. Die Beklagte hat die Beschaffung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen den Mitteilungen an die Klägerin mit Schreiben vom 8. Juni 2016 und nochmals mit Rechtsanwaltschreiben vom 28. September 2016 nie vollständig aufgegeben.
- 18 (3) Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die zweckgebundene Förderung des Projekts ein wesentliches Kriterium für die Entscheidung der Beklagten gewesen sei und sich aus der Pflicht zur sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung ein Grund für die Aufhebung des Vergabeverfahrens ergebe, greift diese Rüge nicht durch. Denn die Beklagte hat sich in ihren Schreiben vom 3. Mai 2016 und vom 8. Juni 2016 gegenüber der Klägerin nicht darauf berufen, dass Fördervoraussetzungen weggefallen wären oder gefehlt hätten; sie hat auch in den Vorinstanzen keine Voraussetzungen einer Förderung oder Finanzierung vorgetragen, mit denen sich das Berufungsgericht hätte auseinandersetzen können.
- 19 c) Die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB im vorvertraglichen Schuldverhältnis durch den Ausschreibenden begründet einen Schadensersatzanspruch des Bieters (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - **X ZR 143/10, BGHZ 190, 89** Rn. 13 - Rettungsdienstleistungen II), der auf den Ersatz des Schadens gerichtet ist, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist. Zu Recht hat das Berufungsgericht der Klägerin auf dieser Grundlage einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zuerkannt, die sie zur Wahrnehmung ihrer Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und für hierzu erforderlich halten durfte. Über die vom Landgericht bereits zuerkannten Kosten für die Angebotsunterlagen von 150 Euro hinaus stehen der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB die Kosten für die Angebotserstellung in der vom Berufungsgericht zugesprochenen Höhe von 1.206,30 Euro nebst anteiligen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 192,50 Euro und Zinsen zu.
- 20 aa) Verletzt die Vergabestelle ihre Pflicht zur Rücksichtnahme durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens, ohne dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A vorliegt, kann dies regelmäßig einen Anspruch eines Bieters auf Erstattung des negativen Interesses begründen. Nur unter besonderen Voraussetzungen besteht hingegen ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses (vgl. BGH, **NZBau 2014, 310** Rn. 21 - Fahrbahnerneuerung I).
- 21 Der bei einer Aufhebung des Vergabeverfahrens auszugleichende Schaden besteht regelmäßig auch bei demjenigen Bieter, der das annehmbarste Angebot gemacht hat, nicht in dem Gewinn, den er bei Ausführung des Auftrags erzielt hätte und der ihm dadurch entgangen ist, dass auf sein Angebot kein Zuschlag erteilt worden ist. Auch wenn kein anerkannter Grund für die Aufhebung des Verfahrens vorliegt, ist der öffentliche Auftraggeber nicht zur Auftragsvergabe verpflichtet. Die Auftragsvergabe dient nicht dem Bieterinteresse, sondern allein der Befriedigung des öffentlichen Beschaffungsbedarfs (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2002 - **X ZR 232/00, NZBau 2003, 168, 169** - Ziegelverblendung). Will der öffentliche Auftraggeber diesen Bedarf - aus welchen Gründen auch immer - nicht weiterverfolgen und sieht er deshalb von der Erteilung eines Zuschlags ab, werden hierdurch keine Bieterrechte verletzt (BGH, **NZBau 2014, 310** Rn. 20 - Fahrbahnerneuerung I). Die vergaberechtlichen Vorschriften mit bieterschützendem Charakter begründen kein Recht auf die Auftragserteilung, sondern nur das Recht eines jeden Bieters, der die

Voraussetzungen hierfür erfüllt, auf Teilnahme am Wettbewerb unter fairen, transparenten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und damit auf Wahrung der Chance auf einen Zuschlag. Die Bieter können demgemäß zwar die Beachtung aller für das Verfahren und die Zuschlagserteilung maßgeblichen Vorschriften erwarten, nicht aber die Auftragsvergabe selbst.

22 bb) Dem Bieter, auf dessen Angebot bei Fortsetzung des Verfahrens

und Vergabe des Auftrags allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen, steht deshalb grundsätzlich (nur) ein Anspruch auf Ersatz der mit der Teilnahme am Verfahren verbundenen Aufwendungen zu (BGH, Urteil vom 3. Juli 2020 - **VII ZR 144/09**, **NZBau 2020**, 570 Rn. 40; Urteil vom 6. Oktober 2020 - **XIII ZR 21/19**, Rn. 12 - Ortenau-Klinikum; Palandt/Grüneberg, 79. Aufl., § **311** BGB Rn. 37; Rechtsgedanke des § **181** GWB). Denn er ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der öffentliche Auftraggeber alle vergaberechtlichen Vorschriften beachtet und demgemäß entweder von einer Ausschreibung abgesehen oder das Verfahren mit einem Zuschlag auf das beste Angebot abgeschlossen hätte. In jenem Fall hätte der betreffende Bieter die Aufwendungen unterlassen, in diesem hätte er sie durch die Auftragsausführung verdient.

23 cc) Entgegen der Ansicht des Landgerichts sind Personalkosten für die Angebotserstellung auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er seine Mitarbeiter anderweitig hätte einsetzen können und dadurch Einnahmen erwirtschaftet hätte, die ihm entgangen sind, ersatzfähig, da die eingesetzte Arbeitskraft typischerweise einen Marktwert hat und bei wertender Betrachtung vom Schadensersatz nicht auszugrenzen ist (hierzu BGH, Urteil vom 24. November 1995 - **V ZR 88/95**, **BGHZ 131**, 220, 225 f. unter teilweiser Aufgabe von BGH, Urteil vom 29. April 1977, **BGHZ 69**, 34, 36; Urteil vom 8. Januar 2010 - **V ZR 208/08**, Rn. 9; Urteil vom 7. März 2001 - **X ZR 160/99**, Rn. 22).

24 dd) Gegen die Bemessung des Anspruchs erhebt die Revision keine Rügen; Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar.

25 2. Der revisionsrechtlichen Nachprüfung hält es hingegen nicht stand, dass das Berufungsgericht der Klägerin auch einen Anspruch auf Ersatz des Gewinns zugebilligt hat, den sie mit der Ausführung des Auftrags erzielt hätte.

26 a) Da das Vergaberecht, wie ausgeführt (Rn. 21), nur das Recht des Bieters auf Teilhabe am Vergabeverfahren und Wahrung seiner Chance bei der Auftragsvergabe schützt, kommt ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns regelmäßig dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Angebot er bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein hätte erteilt werden dürfen. In diesem und grundsätzlich nur in diesem Fall verdichtet sich der bloße Teilhabeanspruch zu einem Anspruch auf Schadensersatz für den entgangenen, aber tatsächlich anderweitig erteilten Zuschlag. Der Bieter, der diesen Zuschlag hätte erhalten müssen, ist demgemäß wirtschaftlich so zu stellen, wie er gestanden hätte, wäre der Auftrag ihm und nicht dem Dritten zugeschlagen worden.

27 b) Dem Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an den "falschen" Bieter ist es gleichzustellen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis dadurch herbeiführt, dass er die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt, und den Auftrag außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen Bieter vergibt, an den der Auftrag nach dem Ergebnis des aufgehobenen wettbewerblichen Verfahrens nicht hätte vergeben

werden dürfen.

- 28 Dementsprechend besteht ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, wenn der später vergebene Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft und die Auftragsvergabe wertungsmäßig als Zuschlag im ersten Vergabeverfahren an einen in diesem Verfahren nicht zuschlagsberechtigten Bieter anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998 - **X ZR 99/96**, Rn. 35). Dies ist namentlich der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung nicht aus - im Hinblick auf die in diesem Verfahren mögliche Vergabe an den Bieter mit dem annehmbarsten Angebot - sachlichen und willkürfreien Gründen aufhebt, sondern das Vergabeverfahren aufhebt, um den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998 - **X ZR 99/96**, Rn. 35; BGH, **NZBau 2014, 310** Rn. 21 - Fahrbahnerneuerung I).
- 29 c) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin auch als Bieterin mit dem annehmbarsten Angebot im ersten Vergabeverfahren keinen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses.
- 30 aa) Allerdings hätte die Klägerin in dem aufgehobenen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten können.
- 31 (1) Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Voraussetzung erfüllt, dass das Angebot, das der Bieter im Vergabeverfahren abgegeben hat, in jeder Hinsicht den Anforderungen der Vergabeunterlagen entsprochen haben muss (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2010 - **X ZR 86/08, NZBau 2010, 387** Rn. 16 - Abfallentsorgung; BGH, Urteil vom 5. Juni 2012 - **X ZR 161/11, NZBau 2012, 652** Rn. 13 - Fachpersonalklausel).
- 32 (2) Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich ferner, dass die Klägerin im ersten Vergabeverfahren das annehmbarste Angebot abgegeben hat.
- 33 bb) Rechtsfehlerfrei als erfüllt angesehen hat das Berufungsgericht ferner die weitere Voraussetzung für einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag tatsächlich erteilt hat.
- 34 Gegenstand der zweiten Ausschreibung war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das gleiche Vorhaben, das bereits Gegenstand des ersten Ausschreibungsverfahrens war. Es ging um die Errichtung eines Bauprojekts in derselben Lage, es lag das gleiche Leistungsverzeichnis zugrunde, und die Vergabe stand in engem zeitlichem Zusammenhang mit der ersten Ausschreibung (vgl. hierzu BGH, **NZBau 2020, 570** Rn. 41 mwN). Es lässt keinen Rechtsfehler erkennen, dass die Beklagte mit dem Vorbringen, es habe sich um ein anderes Bauvorhaben gehandelt, weil es - anders als das Bauprojekt, das Gegenstand der ersten Ausschreibung war - nicht mehr der Anschlussunterbringung von Flüchtlingen habe dienen sollen, sondern der langfristigen Unterbringung sozial schwacher Personen, beim Berufungsgericht nicht durchgedrungen ist.
- 35 cc) Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben jedoch nicht, dass auch die weitere Anspruchsvoraussetzung erfüllt ist, dass der dem anderen Unternehmen in dem zweiten Vergabeverfahren erteilte Zuschlag wertungsmäßig einem Abschluss des - rechtswidrig aufgehobenen - ersten Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an einen in diesem Verfahren nicht zuschlagsberechtigten Bieter gleichzustellen und damit als der Klägerin in diesem ersten Verfahren entgangener Zuschlag anzusehen ist.

- 36 (1) Das Berufungsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die die Annahme tragen könnten, dass die Beklagte die Ausschreibung aufgehoben hat, um den Auftrag an einen bestimmten Bieter oder in einem anderen Bieterkreis vergeben zu können.
- 37 (a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zweifelte die Beklagte nach der Eröffnung der Angebote im ersten Verfahren in der Erwartung eines Rückgangs der Anzahl unterzubringender Flüchtlinge, ob das ausgeschriebene Vorhaben realisiert werden müsse. Die Parteien vereinbarten deshalb zunächst eine Verlängerung der Angebotsbinde- und Zuschlagsfrist bis zum 13. Mai 2016. Am 9. Mai 2016 beschloss der Gemeinderat der Beklagten nach der im Berufungsurteil in Bezug genommenen Niederschrift seiner Sitzung einerseits, den Bau der Flüchtlingsunterkunft voranzutreiben, andererseits aber die Zurückstellung der Auftragserteilung und eine weitere Verlängerung der Zuschlagsfrist; die Verwaltung sollte in entsprechende Verhandlungen mit der günstigsten Bieterin (d.h. der Klägerin) eintreten. Die Beklagte trat demgemäß an die Klägerin mit der Bitte heran, die Bindefrist nochmals und nunmehr bis in den Herbst dieses Jahres zu verlängern. Als die Klägerin diese zweite Bitte um Fristverlängerung ablehnte, teilte die Beklagte mit, die Ausschreibung werde wegen Wegfalls des Beschaffungsbedarfs aufgehoben; im September 2016 forderte sie sodann die Klägerin erneut auf, ein Angebot für die Erstellung des Gebäudes abzugeben.
- 38 (b) Das Berufungsgericht hat zwar - rechtsfehlerfrei - angenommen, dass die Beklagte die Sachlage schuldhaft unzutreffend eingeschätzt habe, weil sich auch nach "Schließung der Balkanroute" im März 2016 die vom zuständigen Landratsamt für 2016 und 2017 prognostizierten Zahlen von der Gemeinde aufzunehmender Flüchtlinge nicht wesentlich geändert hätten und die Gemeinde unbeschadet des Umstands, dass das Landratsamt für 2018 keine Zahlen habe nennen wollen, erheblich mehr Personen habe unterbringen müssen, als ihr hierfür Räumlichkeiten zur Verfügung gestanden hätten. Es hat aber die Einschätzung der Beklagten nicht etwa als vorgeschoben angesehen, sondern die Erwartung eines geringeren Unterkunftsbedarfs vielmehr als "spekulativ bzw. unrealistisch" bezeichnet und ausdrücklich festgestellt, dass der Gemeinderat der beklagten Gemeinde eine erneute Lageeinschätzung des Landratsamts im September 2016 abwarten wollte. Das Berufungsgericht hat den festgestellten Sachverhalt dementsprechend dahin gewertet, dass der Gemeinderat die Entscheidung, ob gebaut wird oder nicht, lediglich habe aufschieben wollen.
- 39 (c) Diese Bewertung ist nicht zu beanstanden. Der Ablauf der Ereignisse und der Beschluss des Gemeinderats der Beklagten vom 9. Mai 2016 zeigen, dass sich die Beklagte im Mai 2016 nicht dazu entschließen konnte, wie ursprünglich vorgesehen mit dem Bau des Gebäudes zu beginnen. Sie wollte sich Zeit verschaffen. Nachdem dies durch eine weitere Verlängerung der Angebotsbinde- und Zuschlagsfrist nicht mehr möglich war, weil die Klägerin dieser nicht zustimmte, wick die Beklagte in die Aufhebung der Ausschreibung aus.
- 40 Dieser Aufhebung lagen danach zwar die von ihr hierfür angeführten Gründe, nämlich der Wegfall des Beschaffungsbedarfs durch Rückgang der Zahl der unterzubringenden Flüchtlinge, tatsächlich nicht zugrunde. Das Verhalten der Beklagten zielte aber nicht auf die Vergabe an einen in dem aufgehobenen Verfahren nicht zuschlagsberechtigten Auftragnehmer, sondern auf Zeitgewinn. In dem ausgeführten Sinne (Rn. 28) war dies im Hinblick auf die in dem aufgehobenen Verfahren mögliche Vergabe an die Klägerin als Bieterin mit dem annehmbarsten Angebot eine sachliche und willkürfreie Erwägung.
- 41 (2) Auch im Übrigen ergeben sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte dafür, dass die Auftragsvergabe in dem zweiten Vergabeverfahren wertungsmäßig einem rechtswidrigen Zuschlag an einen anderen Bieter als die Klägerin im ersten, aufgehobenen

Vergabeverfahren gleichzusetzen wäre.

42 d) Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben, soweit das Berufungsgericht der Klägerin entgangenen Gewinn zuerkannt hat.

III.

43 Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden und die Berufung der Klägerin zurückweisen. Weitere Feststellungen sind weder erforderlich noch zu erwarten. Die Feststellungen des Berufungsgerichts entsprechen vielmehr dem Berufungsvorbringen der Klägerin, die Beklagte habe die Ausschreibung aufgehoben, weil sie den Bedarf falsch eingeschätzt und ihr Vorhaben habe zurückstellen wollen, um die Entwicklung abzuwarten.

IV.

44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

(Hinweis der Redaktion: Die Randnummern sind amtlich und damit besonders zitiergeeignet.)