

GPA-Mitteilung Bau 2/2008

Az. 600.530

01.07.2008

Sekundärrechtsschutz der Bieter bei Vergabeverstößen (Schadensersatzansprüche)

1 Einleitung, Anspruchsgrundlagen

Werden Leistungen nach Vergabe-/Verdingungsordnungen (z.B. VOB/A, VOL/A) ausgeschrieben und in solchen Verfahren einschlägige Vergabebestimmungen nicht beachtet, können Bieter unter bestimmten Voraussetzungen sog. Sekundärrechte bzw. Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens des Auftraggebers bei Vertragsverhandlungen geltend machen (culpa in contrahendo - c.i.c. -)¹.

Anspruchsgrundlagen sind die §§ 280, 311 ff. BGB.

§ 280 Abs. 1 BGB - Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

§ 311 Abs. 2 BGB - Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

...

Die Haftung aus c.i.c. ist seit Jahrzehnten als **Gewohnheitsrecht** anerkannt (s. bereits BGH, NJW 1983, 79). Sie hat jetzt in den §§ 280 und 311 BGB n.F. eine **normative Grundlage**². Mit Einführung des § 311 BGB hat sich aber gegenüber den bisherigen Rechtsgrundsätzen inhaltlich nichts geändert (Palandt, BGB-Kommentar, Rdnr. 12 zu § 311 BGB).

¹ Zuständig sind die Zivilgerichte, je nach Streitwert in erster Instanz die Amts- oder Landgerichte.

² § 311 BGB wurde neu eingeführt durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138); er gilt für alle ab 01.01.2002 geschlossenen Verträge.

§ 311 BGB regelt keine neuen Tatbestände oder Anspruchsvoraussetzungen, sondern normiert lediglich, dass ein **Schuldverhältnis** nicht erst bei Abschluss eines Vertrags, sondern bereits mit „**Aufnahme von Vertragsverhandlungen**“ entsteht. Bezogen auf Auftragsvergaben bedeutet dies, dass bereits mit Beginn einer Ausschreibung nach VOB/A oder VOL/A ein Schuldverhältnis mit Pflichten entsteht.

2 Anspruchsvoraussetzungen

2.1 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen

Schadensersatzansprüche übergangener Bieter können auf das sog. **negative Interesse** oder auf das sog. **positive Interesse** gerichtet sein (zu den besonderen Anspruchsvoraussetzungen siehe nachfolgend).

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für eine Haftung aus c.i.c. Grundvoraussetzung

- eine **schuldhafte Pflichtenverletzung** des Auftraggebers oder eines seiner Erfüllungsgehilfen¹ in der Phase der Ausschreibung (**Vergabeverstoß**),
- **enttäushtes, schutzwürdiges Vertrauen** des Auftragnehmers,
- ein **Vermögensschaden** des Auftragnehmers sowie
- ein **Ursachenzusammenhang** zwischen der Pflichtverletzung des Auftraggebers und dem Schadenseintritt beim Auftragnehmer.

Ein Bieter, der Schadensersatzansprüche geltend macht, hat diesbezüglich die **Darlegungs- und Beweislast**.

Vergabeverstoß

Eine **schuldhafte Pflichtenverletzung**, die zu Schadensersatzansprüchen führen kann, ist beispielsweise gegeben, wenn eine Vergabestelle

¹ Z.B. der beauftragten Architekten oder Ingenieure.

- ein Vergabeverfahren entgegen § 16 VOB/A / VOL/A voreilig einleitet und das Vorhaben - aus welchen Gründen auch immer (z.B. wegen mangelnder Finanzierbarkeit) - endgültig aufgeben muss,
- einen Bieter im Rahmen einer Angebotswertung nach § 25 VOB/A / VOL/A übergeht oder
- eine Ausschreibung aufhebt, ohne dass die Voraussetzungen nach § 26 VOB/A / VOL/A vorliegen und in einem anschließenden Vergabeverfahren einen ursprünglich erstplatzierten Bieter übergeht.

Enttäuschtes, schutzwürdiges Vertrauen

Bieter, die sich an Vergabeverfahren beteiligen, dürfen grundsätzlich darauf **vertrauen**, dass die Vergabestellen die zur Durchführung der Verfahren maßgebenden Vergabebestimmungen einhalten. **Enttäuschtes Vertrauen** ist zunächst Anspruchsgrundlage für Ansprüche nach den §§ 280, 311 BGB.

Aber nicht jeder Vergabeverstoß führt automatisch zu Schadenersatzansprüchen. Nach § 242 BGB setzen solche Ansprüche außerdem ein **schutzwürdiges Vertrauen** voraus. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens entfällt, wenn ein Bieter bei der ihm im jeweiligen Fall **zumutbaren Prüfung** den Vergabeverstoß erkannt hat oder hätte erkennen müssen (BGH, Urt. v. 03.06.2004, IBR 2004, 635).

Beispiele:

- Eine Vergabestelle schreibt **voreilig** aus (Verstoß gegen § 16 Nr. 1 VOB/A / VOL/A). In den Vergabeunterlagen (z.B. in der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“) wird aber deutlich darauf hingewiesen, dass eine Beauftragung nur erfolgen kann, wenn die bei ... (Zuwendungsstelle) beantragten Zuwendungen bewilligt werden. Beteiligen sich Bieter trotz **erkennbarem Vergabeverstoß** am Vergabeverfahren, können sie Schadensersatzansprüche (z.B. wegen nutzloser Aufwendungen) nicht geltend machen, wenn die Vergabestelle das Verfahren im Falle einer Nichtbewilligung der Zuwendungen aufheben muss.
- Eine Vergabestelle leitet ein Vergabeverfahren für **vergabefremde Zwecke** ein (Verstoß gegen § 16 Nr. 2 VOB/A / VOL/A). War dieser Verstoß für die Bieter von Anfang an aus den Vergabeunterlagen erkennbar und haben sie sich dennoch am Verfahren beteiligt, können Schadensersatzansprüche nicht geltend gemacht werden.
- Eine Vergabestelle berücksichtigt bei der Angebotswertung entgegen §§ 25, 25a VOB/A bzw. § 25a VOL/A ein **Zuschlagskriterium**, das in der Aufforderung zur Ange-

botsabgabe nicht mit der gebotenen Klarheit formuliert war. Missverständlich formulierte Zuschlagskriterien sind bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigungsfähig (Vergabeverstoß). Wird dieses Zuschlagskriterium dennoch berücksichtigt und ist es entscheidungserheblich, kann sich ein übergangener Bieter bei einer Schadensersatzklage nicht auf den Vergabefehler berufen, wenn er den Fehler bereits bei Angebotsabgabe erkannt hat oder hätte erkennen müssen (BGH, a.a.O.).

- Ein Bieter rügt zu einem Vergabeverfahren eine nicht ausreichende Spezifizierung der Leistungsbeschreibung. Bei **Verstößen gegen § 9 VOB/A** scheidet eine Schadensersatzklage i.d.R. aus, weil den Bietern in solchen Fällen die Ausschreibungsmängel bekannt sind (BGH, Urf. v. 01.08.2006, IBR 2006, 693).

Vermögensschaden

Schadenersatzansprüche setzen einen nachgewiesenen **Vermögensschaden** voraus.

Bei Ansprüchen, die auf das **negative Interesse** gerichtet sind, wird i.d.R. **Ersatz der Angebotsbearbeitungskosten** bzw. der nutzlosen Aufwendungen¹ gefordert (z.B. Kosten für die Kalkulation, etwaige Baustellenbesichtigungen oder Erstellung und Einreichung der Angebotsunterlagen²).

Bei Ansprüchen, die auf das **positive Interesse** gerichtet sind, wird **entgangener Gewinn**³ gefordert, d.h. ein übergangener Bieter wird schadenersatzrechtlich so gestellt, als hätte er den Auftrag erhalten. Eine Schadensermittlung kann gemäß § 287 ZPO ggf. im Wege der Schätzung vorgenommen werden (OLG Naumburg, Urf. v. 26.10.2004, IBR 2005, 1103). Die Schadenshöhe kann ggf. aus der Angebotskalkulation nachgewiesen werden⁴.

Ursachenzusammenhang (nur erstplatzierte Bieter sind ersatzberechtigt)

Ein Bieter ist nur dann schadenersatzberechtigt, wenn der Schadenseintritt (z.B. nutzlose Aufwendungen oder entgangene Gewinnchancen) **ursächlich** auf einen Vergabeverstoß der Vergabestelle zurückzuführen ist. Vermögensnachteile, die einem Bieter auch ohne Pflichtenverletzung entstanden wären, sind nicht ersatzfähig.

1 Bei GU-Ausschreibungen können solche Aufwendungen durchaus beträchtlich sein.

2 Gemäß LG Leipzig, Urf. v. 19.08.2005, IBR 2006, 1022 ggf. auch Ersatz der Anwaltsgebühren.

3 Gemäß LG Frankfurt gehört zum ersetzenden Gewinn auch das kalkulierte Wagnis.

4 Es ist ggf. Sache des Auftraggebers, darzulegen, dass der Bieter im Falle einer Auftragserteilung statt einem kalkulatorischen Gewinn tatsächlich einen Verlust gemacht hätte (z.B. bei sichtbaren Kalkulationsfehlern).

Daraus und aus der Besonderheit der Vergabeverfahren folgt, dass zum Schadensersatz nur diejenigen **Bieter** berechtigt sind, die bei ordnungsgemäßer Durchführung eines Vergabeverfahrens an **erster Rangstelle** lagen bzw. gelegen hätten (s. bereits BGH, Urt. v. 12.07.1984, Rechtsprechungssammlung Sch.-F.-H., Nr. 3 zu § 26 VOB/A). Bei den übrigen, z.B. zweit- oder drittplatzierten Bietern mangelt es an dem erforderlichen Ursachenzusammenhang zwischen Vergabeverstoß und Schadenseintritt. Diese Bieter hätten auch ohne einen Vergabeverstoß nutzlose Aufwendungen getätigt bzw. keine Gewinnchancen gehabt.¹

Ein Bieter kann in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren nach § 25 VOB/A / VOL/A nur dann an die erste Rangstelle gelangen, wenn sein Angebot formal vollständig ist (1. Wertungsstufe), die Eignung für die Leistungserbringung gegeben ist (2. Wertungsstufe), sein Angebotspreis angemessen ist (3. Wertungsstufe) und sein Angebot bei der Endwertung sich tatsächlich als das Wirtschaftlichste erweist (4. Wertungsstufe).

Fordert ein Bieter, der glaubt, übergangen worden zu sein Schadensersatz, dann ist es Sache der Vergabestelle, ggf. darzulegen, ob und inwieweit Ausschlussgründe vorlagen. Ggf. können Ausschlussgründe, die in einem Vergabeverfahren zunächst übersehen worden sind, in einem gerichtlichen Verfahren noch nachgeschoben werden (s. nachfolgend noch zu Abschnitt 2.3).

2.2 Besondere Anspruchsvoraussetzungen bei Klage auf negatives Interesse

Sind die in Abschnitt 2.1 genannten allgemeinen Voraussetzungen gegeben, kann ein Bieter einen auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatz geltend machen, wenn eine Vergabestelle (ggf. auch voreilig entgegen § 16 VOB/A / VOL/A) ein Vergabeverfahren einleitet, dieses Verfahren aber ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 26 VOB/A / VOL/A aufhebt (ggf. auch aufheben muss²)

- und danach auf die Durchführung eines weiteren Verfahrens **verzichtet**³oder

¹ Sog. Sowieso-Kosten.

² Z.B. fehlende Haushaltsmittel sind kein Aufhebungsgrund i.S. § 26 Nr. 1 c VOB/A, wenn die Vergabestelle ein Verfahren schuldhaft aufgrund unzureichender Kostenanschläge eingeleitet hat (s. Rechtsprechung in der Anlage).

³ Schadensersatzansprüche bestehen auch dann, wenn ein Ausschreibungsverfahren nicht ohne Aufhebung beendet, sondern auf „Eis gelegt“ wird.

- in einem weiteren Verfahren eine mit dem ersten Verfahren **nicht** mehr **identische Leistung** (völlig andere Leistung) neu ausschreibt.

Ob eine erneut ausgeschriebene Leistung mit der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung noch identisch bzw. nicht mehr identisch ist, lässt sich nur im **Einzelfall** beurteilen (zur Frage der Identität vgl. u.a. BGH, Urt. v. 16.12.2003, IBR 2004, 262 = NZBau 2004, 283, ferner BGH, Urt. v. 21.02.2006, IBR 2006, 408¹ oder OLG Dresden, Urt. v. 09.03.2004, IBR 2004, 264; außerdem dazu kritisch wegen der Abgrenzungsprobleme Wittchen in IBR 2004, 264).

Einfache Beispiele:

- Eine Bauleistung wird auf der Grundlage eines unzureichenden (überalterten) Kostenschlags ausgeschrieben. An Haushaltsmittel werden 200.000 EUR bereitgestellt. Das Angebot des erstplatzierten Bieters beträgt 300.000 EUR. Dieser Preis ist reell. Die Ausschreibung muss wegen mangelnder Finanzierbarkeit aufgehoben werden. Auf eine erneute Ausschreibung und Nachfinanzierung wird verzichtet. Die Aufhebung der Ausschreibung ist nach § 26 Nr. 1c VOB/A nicht gerechtfertigt, weil vom Auftraggeber verschuldet (vgl. BGH, Urt. v. 08.09.1998, BauR 1998, 1238; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.1999, BauR 1999, 41). Der erstplatzierte Bieter kann **Schadensersatzansprüche** geltend machen, die auf das **negative Interesse** gerichtet sind. Der Ersatz des positiven Interesses kann nicht gefordert werden, weil es nicht zur Auftragserteilung kam.
- Ausgeschrieben wird eine Fassade mit **Ziegelsteinverblendung**. Das preisgünstigste Angebot überschreitet die Kostenschätzung. Das Verfahren wird aufgehoben. Der Auftraggeber entscheidet sich nach der Aufhebung für eine andere Bauweise, nämlich für ein **Wärmedämmverbundsystem** und leitet erneut ein Verfahren ein. Der ursprünglich erstplatzierte Bieter kommt nicht mehr an die erste Rangstelle. Der ursprünglich erstplatzierte Bieter hat **keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn**, weil der erteilte Auftrag mit der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung nicht mehr identisch ist. Der ursprünglich erstplatzierte Bieter hat auch keinen auf das **negative Interesse** gerichteten Anspruch, wenn die Aufhebung der ersten Ausschreibung nach § 26 Nr. 1c VOB/A wegen überhöhter Preise rechtmäßig war.

Anmerkungen:

Ein Auftraggeber kann nicht gezwungen werden, einen Auftrag auf der Grundlage der Ausschreibung zu erteilen (BGH, Urt. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34). Entscheidet sich ein Auftraggeber nachträglich für eine andere Lösung, kann ein übergangener Bieter allenfalls das negative Interesse geltend machen.

Auf die weitere Rechtsprechung in der **Anlage** wird verwiesen.

¹ Bei beiden BGH-Entscheidungen erfolgte eine Zurückverweisung an die Berufungsgerichte zwecks Klärung der Identität.

2.3 Besondere Anspruchsvoraussetzungen bei Klage auf positives Interesse

Sind die in Abschnitt 2.1 genannten allgemeinen Voraussetzungen gegeben, kann ein Bieter einen auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatz geltend machen, wenn

- er bei ordnungsgemäßer Durchführung eines Vergabeverfahrens den Auftrag hätte erhalten müssen¹, der Auftrag tatsächlich aber einem anderen Bieter erteilt worden ist

oder

- eine Ausschreibung nach § 26 VOB/A / VOL/A ohne Vorliegen der Voraussetzungen aufgehoben wurde (also dem erstplatzierten Bieter hätte der Auftrag erteilt werden müssen), in einem erneuten Verfahren der Auftrag tatsächlich einem anderen Bieter erteilt wurde und die vergebene Leistung mit der Leistung im ersten Ausschreibungsverfahren identisch ist (zur Leistungsidentität s. bereits Abschnitt 2.2).

Rechtspflicht zur Zuschlagserteilung

Ersatz seines entgangenen Gewinns kann ein grundsätzlich ersatzberechtigter übergangener Bieter nur dann erhalten, wenn er ohne den Verstoß und bei auch ansonsten ordnungsgemäßer Vergabe den **Zuschlag hätte erhalten müssen** (BGH, Urt. V. 03.04.2007, IBR 2007, 576). Die Erfolgsaussicht einer Klage setzt also u.a. voraus, dass das Angebot des übergangenen (klagenden) Bieters vollständig vorlag bzw. nicht mit formalen Ausschlussgründen i.S. § 25 Nr. 1 VOB/A behaftet war.

Macht eine Vergabestelle zwar Verfahrensfehler (z.B. verhandelt sie nicht mehr mit allen Bietern, die Nebenangebote eingereicht hatten), ist aber in einem Gerichtsverfahren nicht mehr feststellbar, ob einem übergangenen Bieter auf sein Nebenangebot tatsächlich hätte der Auftrag erteilt werden müssen, besteht kein Ersatzanspruch (BGH, a.a.O.). Ein übergangener Bieter kann demnach Schadensersatzansprüche nur dann erfolgreich geltend machen, wenn eindeutig feststeht, dass der Auftrag zwingend nur ihm hätte erteilt werden müssen.

Einfache Beispiele:

- Nach rechnerischer Prüfung der Angebote ergab sich diese Biiterrangfolge:
 1. Bieter A 196.000 EUR (200.000 EUR ./ . 2 v.H. Preisnachlass).
 2. Bieter B 198.000 EUR

¹ Dies darzulegen ist Sache des Bieters (OLG Naumburg, Beschl. v. 29.04.2003, IBR 2003, 433).

Dem Bieter A wurde der Auftrag erteilt. Der Auftrag hätte jedoch an Bieter A nicht erteilt werden dürfen, weil der Preisnachlass nach § 21 Nr. 4 i.V.m. § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A nicht gewertet werden durfte (er wurde im Angebot an falscher Stelle eingetragen).

Der Auftrag hätte dem Bieter B erteilt werden müssen. Ausschlussgründe i.S. § 25 VOB/A lagen bei Bieter B nicht vor (insbesondere war sein Angebot vollständig). Bieter B kann Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns geltend machen (z.B. 5 v.H. aus 198.000 EUR = 9.900 EUR).

- Nach rechnerischer Prüfung der Angebote ergab sich diese Bierrangfolge bei der Endwertung:
1. Bieter A 300.000 EUR
2. Bieter B 305.000 EUR
Der Bieter B wird bevorzugt und beauftragt, weil er ein regional ansässiger Bieter ist (**Vergabeverstöß**). Bieter A klagt auf Schadensersatz.
Während des Gerichtsverfahrens stellt sich heraus, dass das Angebot des Bieters A seinerzeit unvollständig war und vorab schon nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen (z.B. war dem Angebot das geforderte Nachunternehmerverzeichnis nicht beigefügt). Der Bieter A ist nicht schadensersatzberechtigt, weil ihm auch bei einem rechtmäßigen Verfahren der Auftrag nicht hätte erteilt werden können.
- Die Vergabestelle hob ein Vergabeverfahren auf, weil nur **ein einziges** (annehmbares) **Angebot** vorlag. In einem anschließenden freien Verfahren wurde der Auftrag einem anderen Bieter erteilt.
Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1a VOB/A lagen nicht vor (vgl. dazu u.a. OLG Koblenz, Beschl. v. 23.12.2003, ZfBR 2004, 488 = VergabeR 2004, 244 oder OLG Nürnberg, Ur. v. 28.05.2003, IBR 2006, 1493). Der Auftrag hätte dem ursprünglich einzigen Bieter erteilt werden müssen. Formale Ausschlussgründe waren seinerzeit nicht gegeben (das Angebot war vollständig). Der angebotene Preis war angemessen. Der Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns geltend machen.

Einwand der Vergabestelle eines rechtmäßigen Alternativverhaltens

Bei einer Schadensersatzklage kann eine Vergabestelle als **rechtmäßiges Alternativverhalten** ggf. vor Gericht **einwenden**, dass sie bei Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit die Ausschreibung aufgehoben hätte. Der Einwand führt aber nur dann zum Erfolg, wenn die Voraussetzungen für die Aufhebung einer Ausschreibung nach § 26 VOB/A / VOL/A gegeben waren (OLG Düsseldorf, Ur. v. 28.03.1995, BauR 1996, 99). Dazu folgendes einfaches

Beispiel:

Eine Ausschreibung ergibt diese Bierrangfolge:

1. Bieter A 100.000 EUR
2. Bieter B 120.000 EUR

Der Auftraggeber vergibt den Auftrag an Bieter A, übersieht aber, dass das Angebot des Bieters A wegen Unvollständigkeit nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A zwingend hätte ausge-

geschlossen werden müssen. Der Bieter B, der den formalen Ausschlussgrund kennt, klagt auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Er geht davon aus, dass ihm hätte der Auftrag erteilt werden müssen.

Im vorliegenden Falle kann die Vergabestelle evtl. mit Erfolg nachträglich den Einwand erheben, dass die Ausschreibung nach § 25 Nr. 1c VOB/A seinerzeit auch hätte aufgehoben werden können, weil das Angebot des Bieters B überteuert war (20 v.H. über dem erstplatzierten Bieter). Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1c VOB/A seinerzeit rechtmäßig gewesen wäre, hat der Bieter B keine Schadensersatzansprüche.

Eine auf entgangenen Gewinn gerichtete Klage schließt den Ersatz nutzloser Aufwendungen mit ein. Es ist nicht möglich, eine Klage einzureichen, die sowohl auf das negative als auch auf das positive Interesse gerichtet ist.

Auf die weitere Rechtsprechung in der **Anlage** wird verwiesen.

3 Sonstige Hinweise

Die vorstehenden Ausführungen gelten für Unterschwellenwertvergaben und EG-Ausschreibungen gleichermaßen. Auf die nur für EG-Ausschreibungen geltenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen des **§ 126 GWB** wird nachstehend nicht eingegangen (vgl. dazu u.a. z.B. BGH, Urt. v. 01.08.2006, VergabeR 2007, 194¹). Im Wesentlichen gelten die vorstehend aufgezeigten Grundsätze bezüglich Ersatz der nutzlosen Aufwendungen auch bei Ansprüchen nach § 126 GWB.

Ansprüche aus c.i.c. **verjähren** nach den §§ 194 ff. BGB.

Abt. 5/50

¹ § 126 GWB stellt bezüglich Ersatz der nutzlosen Aufwendungen eine eigenständige Anspruchsgrundlage gegenüber dem Zivilrecht dar (§§ 280, 311 BGB); zuständig sind auch hier die Zivilgerichte (LG Bonn, VergabeR 2004, 665).

Anlage

Auszüge aus der Rechtsprechung

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden Fensterbauarbeiten. Neun Bewerber hatten Vergabeunterlagen abgeholt. **Nur zwei Angebote** wurden eingereicht. Die zwei Angebote wiesen **erhebliche Preisdifferenzen** aus. Im Angebot des Klägers fehlten bei zwei Positionen außerdem noch Preise (Ausschlussgrund). Die Ausschreibung wurde aufgehoben.

Entscheidung:

Schwerwiegende Gründe i.S. § 26 Nr. 1c VOB/A können auch dann vorliegen, wenn mehrere Gründe zusammenkommen und erst eine **Gesamtschau** dieser Gründe ergibt, dass diese als schwerwiegend angesehen werden können. Die Gesamtschau der Gründe (Vorliegen von nur zwei Angeboten, Unvollständigkeit des Angebots des Klägers, erhebliche Preisdifferenzen in beiden vorliegenden Angeboten) rechtfertigen eine Aufhebung. Der Kläger hat **keine Schadensersatzansprüche**.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.1981, BauR 1982, 53

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden Kanalbauarbeiten. **Nebenangebote** waren **nicht zugelassen**. Dennoch hatte ein Bieter ein Nebenangebot über rd. 815.000 DM abgegeben, das nach § 25 Nr. 1 VOB/A nicht gewertet werden konnte. Die Angebotssumme des erstplatzierten Bieters betrug aber rd. 895.000 DM, weshalb der Auftraggeber die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A aufhob.

Entscheidung:

Das Gericht hatte die Aufhebung der Ausschreibung als zulässig erachtet. Nach Auffassung des Gerichts dient das Ausschreibungsverfahren nicht in erster Linie dem Schutz des einzelnen Bieters, sondern dem **Erfordernis sparsamer Haushaltsführung**. Ergibt das Ausschreibungsverfahren durch ausgeschlossene Nebenangebote die Erkenntnis, dass die ausgeschriebenen Arbeiten anders als ursprünglich vorgesehen billiger und wirtschaftlicher ausgeführt werden können, so ist es unter Umständen dem Ausschreibenden nicht mehr zuzumuten, dieses Wissen außer Betracht zu lassen. Die Klage des erstplatzierten Bieters auf **Ersatz des entgangenen Gewinns wurde abgelehnt**.

OLG Nürnberg, Urt. v. 18.09.1985, NJW 1986, 437

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden Fensterbauarbeiten im Wert von rd. 1 Mio. DM. Während der Angebotswertung ergaben sich **Änderungs- und Zusatzleistungen im Wert von rund 50.000 DM**, weshalb der Auftraggeber die Ausschreibung aufhob.

Entscheidung:

Wegen derartiger geringfügiger Änderungen besteht grundsätzlich kein Grund zur Aufhebung der Ausschreibung. Die Änderungen hätten ohne Wettbewerbsverzerrungen und ohne Nachteile für den Auftraggeber nachträglich nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B ordnungsgemäß abgewickelt werden können. Dem durch die Aufhebung der

Ausschreibung übergebenen erstplatzierten Bieter wurden Schadensersatzansprüche aus „culpa in contrahendo“ in Höhe des **entgangenen Gewinns zugesprochen**.
OLG Düsseldorf, Urf. v. 26.11.1985, BauR 1986, 108

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden Deckenarbeiten für den Neubau eines Verwaltungsgebäudes. Die Angebotssumme des erstplatzierten Bieters betrug 493.750 DM. Das Angebot des erstplatzierten Bieters enthielt in den Positionen 5 und 6 des LV **Irrtümer bzw. Fehler**. Die Einheitspreise enthielten nur die Kosten für das „Einbauen“, nicht auch für das Liefern. Die korrekte Angebotssumme hätte über rd. 557.750 DM lauten müssen. Diese Summe lag aber immer noch um rd. 100.000 DM niedriger als die Summe des zweitplatzierten Bieters. Die Ausschreibung wurde aufgehoben. Eine anschließende erneute Ausschreibung ergab eine andere Bieterangfolge. Der ursprünglich erstplatzierte Bieter mit dem fehlerhaften Angebot forderte Schadensersatz (entgangener Gewinn).

Entscheidung:

Die Aufhebung der Ausschreibung war nach § 26 Nr. 1c VOB/A gerechtfertigt. Das Angebot des Klägers hätte ausgeschieden werden müssen, entweder durch Anfechtung des Angebots oder wegen unangemessen niedriger Preise. Die Beauftragung des zweitplatzierten Bieters mit dem rd. 100.000 DM teureren Angebot wäre dem Auftraggeber **nicht zumutbar** gewesen. Die Klage auf **Ersatz des entgangenen Gewinns** wurde **abgewiesen**.

OLG Düsseldorf, Urf. v. 15.12.1988, BauR 1989, 195

- **Sachverhalt:**

Ein Auftraggeber im Zuständigkeitsbereich der staatlichen Wasserwirtschaft schrieb nach VOL/A die **Lieferung von Basaltsteinen** aus. Das erstplatzierte Angebot lag bei 237.000 DM. Ein Bieter bot abweichend von der Leistungsbeschreibung „**Oolith-Steine**“ **zum Preis von 118.000 DM** an. Solche Nebenangebote waren aber nicht zugelassen und durften nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A nicht gewertet werden. Der Auftraggeber hob die Ausschreibung auf und beauftragte den Bieter mit dem Nebenangebot. Der übergebene erstplatzierte Bieter forderte Schadensersatz.

Entscheidung:

Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung sind nur dann gegeben, wenn dem Auftraggeber der Umstand, dass Oolith-Steine wesentlich preisgünstiger (hier: mehr als 50 v.H.) und technisch verwendbar sind, erst nachträglich durch das Nebenangebot bekannt geworden ist. Die Sache wurde zur nochmaligen Überprüfung an das Berufungsgericht verwiesen. Das Berufungsgericht muss klären, ob der Auftraggeber den Umstand, dass Oolith-Steine wesentlich billiger sind und technisch hätten verwendet werden können, schon vor der Ausschreibung gekannt oder nicht gekannt hat. Hat der Auftraggeber den Umstand gekannt, sind die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung nicht gegeben. In diesem Falle wird der übergebene Bieter mit Erfolg **Schadensersatzansprüche** geltend machen können.

BGH, Urf. v. 25.11.1992, ZfBR 1993, 78 = NJW 1993, 520

Anmerkungen:

Das Urteil des BGH betr. die VOL/A ist auch auf die VOB/A übertragbar. Für den Fall, dass der Auftraggeber den Umstand gekannt hatte, kommen aber nur Schadensersatzansprüche in Hö-

he der nutzlosen Aufwendungen in Betracht, weil der erteilte Auftrag mit dem ursprünglichen Auftrag bzw. Ausschreibungsgegenstand nicht mehr identisch ist.

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurde ein militärisches Projekt von rd. 100 Mio. DM. Die Ausschreibung wurde aufgehoben, weil sich aufgrund des Wegfalls der „Mauer“ im Jahr 1989 **die politischen Verhältnisse in der BRD grundlegend geändert** hatten und somit für das geplante Projekt keine Notwendigkeit mehr bestand.

Entscheidung:

Die Entscheidung der Vergabestelle, die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1c VOB/A aufzuheben, war gerechtfertigt und nachvollziehbar. Gemäß § 26 VOB/A kann der Auftraggeber eine Ausschreibung aufheben, wenn die Gründe i.S. § 26 Nr. 1c VOB/A erst nach erfolgter Ausschreibung aufgetreten bzw. bekannt geworden sind. Dies war hier der Fall.

Auch die Bekanntgabe i.S. § 26 Nr. 2 VOB/A war nicht zu beanstanden. Es reicht aus, die Gründe in allgemeiner Form zu umreißen. Eine Begründung im Einzelnen braucht nicht gegeben zu werden. Ein **Schadensersatzanspruch ist nicht gegeben**.

OLG Zweibrücken, Urt. v. 01.02.1994, BauR 1995, 95

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden Rohbauarbeiten für das Altenheim und Tiefgarage (Auftragssumme rd. 2,5 Mio. DM). **Ohne Herausnahme der Positionen** Bohrpfähle, Unterfangung und Wasserhaltung war das Angebot des erstplatzierten Bieters rd. 134.000 DM preisgünstiger. Bei Herausnahme dieser Positionen im Rahmen der Wertung war das Angebot nur noch um rd. 6.000 DM preisgünstiger. Der erstplatzierte Bieter wurde nicht beauftragt, weil bei dem geringen Abstand von 6.000 DM ein anderes Angebot als wirtschaftlicher beurteilt wurde.

Entscheidung:

Bei der Angebotswertung bzw. Festlegung der Biiterrangfolge dürfen Positionen nicht herausgenommen werden. **Grundlage für die Angebotswertung ist das herausgegebene Ausschreibungs-LV**. Die Angebote hätten mit einem Preisabstand von rd. 134.000 DM gewertet werden müssen. Dem erstplatzierten Bieter hätte auch der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung lagen nicht vor. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigender Grund setzt einen dem Ausschreibenden erst nach Beginn der Ausschreibung bekannten gewordenen Umstand voraus. Daran fehlte es hier. Der übergangene Bieter hat Anspruch auf **Ersatz des entgangenen Gewinns**.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.03.1995, BauR 1996, 99

- **Sachverhalt:**

1991 plante das beklagte Land Hessen den Neubau eines Dienstgebäudes. Bei Einleitung des Ausschreibungsverfahrens waren **keine Haushaltsmittel veranschlagt**. Wenige Tage vor dem Eröffnungstermin (30.09.1992) beschloss die Landesregierung, wegen Verschlechterung der Haushaltslage Haushaltsmittel für das Bauvorhaben nicht bereitzustellen. Dies wurde dem erstplatzierten Bieter (der Klägerin) am 27.10.1992 mitgeteilt. **Die Klägerin forderte den Ersatz ihrer Aufwendungen für die Angebotsbearbeitung von rd. 155.000 DM**.

Entscheidung:

Der Klägerin stehen Schadensersatzansprüche aus culpa in contendo zu, denn sie durfte bei Teilnahme am Wettbewerb darauf vertrauen, dass der Auftraggeber nach den Bestimmungen der VOB/A verfährt und insbesondere die Ausschreibung nicht aus einem anderen als den in § 26 VOB/A genannten Gründen aufhebt. Nach § 26 Nr. 1 VOB/A kann eine Ausschreibung u.a. nur aus „schwerwiegenden Gründen“ aufgehoben werden. **Die in § 26 VOB/A genannten Gründe können aber nur dann eingreifen, wenn sie erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sind oder dem Ausschreibenden jedenfalls vorher nicht bekannt sein konnten.** Im vorliegenden Falle waren Aufhebungsgründe nach § 26 VOB/A nicht gegeben. Die mangelnde Finanzierbarkeit war kein Umstand, der erst nachträglich bekannt geworden ist. Im Gegenteil hat der Auftraggeber bei Einleitung des Ausschreibungsverfahrens seine „Aufklärungspflicht“ bezüglich der fehlenden Haushaltsmittel grob verletzt. **Der Auftraggeber ist deshalb schadensersatzpflichtig.**

BGH, Urt. v. 08.09.1998, BauR 1998, 1232 = NJW 1998, 3636 = IBR 1998, 461

Anmerkungen:

Der Bieter hatte in dem Verfahren auch Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns gefordert (ca. 620.000 DM). Diese Ansprüche wurden abgelehnt, weil das Vorhaben nicht verwirklicht wurde. Ansprüche auf entgangenen Gewinn setzen u.a. voraus, dass der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt worden ist. Ein öffentlicher Auftraggeber hat aber **keine Verpflichtung**, nach Einleitung eines Vergabeverfahrens ein nicht mehr finanzierbares Vorhaben zu realisieren. Die Ansprüche des erstplatzierten Bieters waren deshalb auf Aufwendungsersatz beschränkt.

• **Sachverhalt:**

Eine Gemeinde schrieb im Jahr 1991 für das Bauvorhaben „Ortsgestaltung ...“ Arbeiten in den Bereichen Straßenbau, Kanalbau und Wasserversorgung aus. Laut **Kostenschätzung** des Ingenieurbüros betrug der Aufwand für das geplante Bauvorhaben **591.000 DM** (einschl. Rohrmaterial). Die Ausschreibung ergab eine Angebotssumme von rd. 844.000 DM (ohne Rohrmaterial), weshalb die Ausschreibung aufgehoben wurde. Im Jahr 1992 wurden die Arbeiten an einen anderen Bieter mit rd. 837.000 DM vergeben. Der durch die Aufhebung der Ausschreibung übergangene erstplatzierte Bieter forderte Schadensersatz.

Entscheidung:

Der Sachverhalt bedarf noch **weiterer Aufklärung** (Zurückverweisung an das OLG Stuttgart). Änderungen in den Grundlagen der Finanzierung können einen schwerwiegenden, die Aufhebung der Ausschreibung ermöglichenden Grund i.S. § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A nur dann bilden, wenn sie **auf nicht voraussehbaren, die Finanzierung des Vorhabens berührenden Umständen beruhen**. Der Teilnehmer an einer Ausschreibung darf erwarten, dass der Auftraggeber vor der Ausschreibung mit der gebotenen und ihm möglichen **Sorgfalt** prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht. Kommt er dem nicht nach, kann das Auftreten einer **Finanzierungslücke** nicht als Grund für die Aufhebung einer Ausschreibung nach § 26 VOB/A herangezogen werden. **Zwar ist der Auftraggeber bei einer von ihm zu vertretenden Finanzierungslücke letztlich zur Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens gezwungen**, der übergangene

erstplatzierte Bieter kann aber nach einer unzulässigen Aufhebung Schadensersatzansprüche anmelden (z.B. Ersatz seiner Aufwendungen für die Angebotsbearbeitung). **Entgangenen Gewinn** kann ein Bieter nach einer unzulässigen Aufhebung nur dann geltend machen, wenn das ursprünglich ausgeschriebene Projekt nach erfolgter Aufhebung und nach einem erneuten Verfahren (fast) unverändert an einen anderen Bieter in Auftrag gegeben wird.

BGH, Urt. v. 08.09.1998, BauR 1998, 1238 = NJW 1998, 3640 = IBR 1998, 459 bis 461

Anmerkungen:

Im konkreten Falle bestanden Zweifel, ob die Auftraggeberseite bei Erstellung der Kostenschätzung ihre Sorgfaltspflicht verletzt hat. Die Sache wurde deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zwecks weiterer Aufklärung zurückgewiesen. Auch Ansprüche auf entgangenen Gewinn waren nochmals zu prüfen. Insbesondere war zu prüfen, ob der im Jahr 1992 in Auftrag gegebene **Ausbau bei wirtschaftlicher Betrachtung sich nur als Fortsetzung des 1991 aufgegebenen Verfahrens darstellt** (dann kann eine Ersatzpflicht bezüglich entgangenen Gewinns bestehen) oder ob der 1992 in Auftrag gegebene Ausbau mit dem Ausschreibungsgegenstand aus dem Jahr 1991 nicht mehr identisch ist.

- **Weitere Leitsätze:**

Bei Vorliegen eines der Aufhebungsgründe nach § 26 Nr. 1 VOB/A löst die Aufhebung einer Ausschreibung keine Ersatzansprüche aus. Bieter müssen sich darauf einrichten, dass es unter den Voraussetzungen des § 26 VOB/A zu einer Aufhebung der Ausschreibung kommen kann. Die Bieter dürfen aber erwarten, dass ihre Aufwendungen nicht von vornherein nutzlos sind, weil der Auftraggeber leichtfertig ausschreibt oder die Ausschreibung aus anderen als den in § 26 VOB/A genannten Gründen beendet.

Diese **Interessenlage schließt grundsätzlich aus**, dem Ausschreibenden **vor Verfahrenseinleitung bekannte oder erkennbare Gründe** zur Rechtfertigung einer Aufhebung heranzuziehen.

BGH, Urt. v. 08.09.1998, IBR 1998, 459

- **Sachverhalt:**

Ein Bundesland schrieb Abbruch- und Entschuttungsarbeiten aus. Der erstplatzierte Bieter (Klägerin) hatte eine Summe von rd. 711.000 DM angeboten. Die Summe des zweitplatzierten Bieters betrug rd. 722.000 DM). Das Land hob die Ausschreibung auf, weil in einer Kostenermittlung im Kostenansatz „Abbrucharbeiten“ nur rd. 626.000 DM ausgewiesen waren. Das Land verhandelte anschließend mit den Bietern freihändig und erteilte dem ursprünglich zweitplatzierten Bieter den Auftrag über rd. 563.000 DM (bei gleichzeitigen Leistungsminderungen).

Entscheidung:

Die Aufhebung war nach § 26 Nr. 1c VOB/A nicht gerechtfertigt. Die ursprünglich vorliegenden Angebote waren wirtschaftlich (wird aber nicht näher ausgeführt). Ob haushaltmäßige Deckung vorhanden war, spielt keine Rolle. Eine Ausschreibung ohne ausreichende Finanzierung verstößt gegen § 16 VOB/A. Im Übrigen bestanden Zweifel, ob es an einer haushaltmäßigen Deckung überhaupt gefehlt hat. Die Abbrucharbeiten sind Teil einer Gesamtbaumaßnahme. Vom Land wurde auch nicht behauptet, dass die Gesamtmaßnahme haushaltmäßig nicht gedeckt war. Der Übergangene erstplatzierte Bieter hat Anspruch auf **Ersatz des entgangenen Gewinns**.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.1999, BauR 1999, 741

Anmerkungen:

Die Aufhebung wäre sicher gerechtfertigt gewesen, wenn das Land einen mängelfreien Kostenanschlag über rd. 600.000 DM bis 620.000 DM hätte nachweisen bzw. darlegen können, dass die angebotenen Preise über rd. 711.000 DM tatsächlich überteuert waren. Das Gericht ist auf die Frage, ob der tatsächlich vergebene Auftrag mit dem ursprünglich ausgeschriebenen Auftrag noch identisch ist, nicht eingegangen.

- **Sachverhalt:**

Ein Auftraggeber schrieb eine Bauleistung zunächst beschränkt aus (hier: Treppenanlage). Lediglich ein Bieter reichte fristgerecht ein Angebot ein (Angebotssumme rd. 232.000 DM). Die Ausschreibung wurde aufgehoben. Das LV sollte in einigen Positionen geändert werden. Auch die veranschlagten Kosten seien überschritten. Anschließend erfolgte eine Öffentliche Ausschreibung. Wiederum beteiligte sich nur ein Bieter, nämlich derselbe Bieter wie bei der Beschränkten Ausschreibung (Angebotssumme rd. 234.000 DM). Das Verfahren wurde erneut aufgehoben wegen unangemessen hoher Preise. Die Anlage wurde zunächst nicht gebaut. Es wurde dann lediglich eine Stützmauer errichtet.

Entscheidung:

Für beide Ausschreibungen lagen die Voraussetzungen des § 26 Nr. 1b oder c VOB/A nicht vor. Der Auftraggeber hatte dazu nichts substantiiert vorgetragen. Spätestens die zweite Ausschreibung hätte mit einem Zuschlag an den Bieter enden müssen. Der Bieter hat Anspruch auf **Ersatz des entgangenen Gewinns**.

OLG Düsseldorf, Urf. v. 08.01.2002, BauR 2002, 808 = VergabeR 2002, 326

Anmerkungen:

Details sind aus der Entscheidung nicht ersichtlich. Tatsache ist, dass die geplante Änderung einiger LV-Positionen grundsätzlich nicht zur einer Aufhebung der Ausschreibung berechtigt. Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob der Gegenstand der tatsächlichen Auftragsvergabe mit dem Gegenstand der ursprünglichen Ausschreibungen überhaupt noch identisch ist. Fehlt es an der Identität, besteht nur ein Anspruch auf Ersatz der nutzlosen Aufwendungen.

- **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurde eine **Ziegelsteinverblendung**. Das preisgünstigste Angebot überschreitet die Kostenschätzung um 30 v.H. Der Auftraggeber entschied sich nach Aufhebung des Verfahrens für ein **Wärmedämmverbundsystem**. Bei Berücksichtigung dieser Änderung war der ursprünglich erstplatzierte Bieter nicht mehr an erster Stelle. Der ursprünglich erstplatzierte Bieter forderte entgangenen Gewinn.

Entscheidung:

Das Gericht ließ offen, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung gegeben waren. Jedenfalls kann der Auftraggeber nicht gezwungen werden, den Auftrag auf der Grundlage der Ausschreibung zu erteilen. Der Bieter hat keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn. Den hätte er nur gehabt, wenn - wie ausgeschrieben - auch vergeben worden wäre (**keine Leistungsidentität**).

BGH, Urf. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34

Anmerkungen:

Das Gericht ging hier offensichtlich davon aus, dass der Gegenstand der zweiten Ausschreibung mit dem der ersten Ausschreibung nicht mehr identisch ist. Der Bieter hätte ggf. aber Anspruch

auf Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen gehabt, wenn die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung nicht vorgelegen haben. Entsprechende Forderungen wurden aber nicht gestellt.

- **Sachverhalt:**

Eine Vergabestelle hob eine Ausschreibung auf, weil ihrer Meinung nach kein annehmbares Angebot eingegangen sei, u.a. weil die geforderten **Tariffreueerklärungen** nicht vollständig vorgelegen hätten. Dagegen wandte sich ein Bieter und stellte einen Nachprüfungsantrag.

Entscheidung:

Das OLG gab dem Bieter Recht. Das Angebot war vollständig und wurde zu Unrecht ausgeschlossen. Dem Angebot lag das Formblatt Erg Ang-VOB bei, worin die ausdrückliche Erklärung des Bieters enthalten war, dass die Entlohnung ihrer Arbeiter nicht unter den in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen erfolgen wird. Fehlende Eintragungen in einem weiteren Formblatt L LEG waren unschädlich. Dem Bieter steht **Ersatz des entgangenen Gewinns** zu.

OLG Nürnberg, Urt. v. 28.05.2003, IBR 2006, 1493

Anmerkungen:

Zu beachten ist der Grundsatz, dass eine Ausschreibung nicht deswegen aufgehoben werden kann, weil nur **ein** vollständiges und zuschlagsfähiges **Angebot** vorliegt.

- **Leitsätze:**

Die Verletzung der Ausschreibungsregeln kann zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber führen, wenn der Bieter in seinem Vertrauen enttäuscht wird, das Vergabeverfahren werde nach den maßgeblichen Bestimmungen der VOB/A abgewickelt. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Auftraggeber eine Ausschreibung aufhebt, ohne dass die Voraussetzungen des § 26 VOB/A erfüllt sind. Selbst dann, wenn ein Aufhebungsgrund i.S. § 26 VOB/A zwar vorliegt, dieser aber **vom Auftraggeber zu vertreten** ist, kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens in Betracht, wenn ein Auftraggeber beispielsweise den **Kostenrahmen** vor Beginn der Ausschreibung **unvertretbar niedrig einschätzt**.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.06.2003, IBR 2003, 566

- **Leitsätze:**

Wird eine Ausschreibung aufgehoben, ohne dass einer der in § 26 VOB/ genannten Gründe vorliegt, so setzt der auf **Ersatz des entgangenen Gewinns** gerichtete Schadensersatzanspruch nicht nur voraus, dass dem Bieter bei Fortsetzung des Verfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen (weil er das annehmbarste Angebot abgegeben hatte), sondern ferner voraus, dass der **ausgeschriebene Auftrag** tatsächlich erteilt worden ist. Dies trifft dann zu, wenn der aufgehobene Ausschreibungsgegenstand und die im späteren Verfahren vergebenen Bauleistungen bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** noch **identisch** sind.

BGH, Urt. v. 16.12.2003, IBR 2004, 262 = NZBau 2004, 283 ; vgl. ferner BGH, Urt. v. 21.02.2006, IBR 2006, 408

Anmerkungen:

In beiden Fällen erfolgte eine Zurückverweisung an die Berufungsgerichte zwecks der Prüfung,

ob der letztlich erteilte Auftrag bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits Gegenstand der ersten Ausschreibung war.

- **Leitsätze:**

Ein Bieter kann das positive Interesse, insbesondere den entgangenen Gewinn einklagen, wenn der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt worden ist, d.h. der erteilte Auftrag noch mit dem ausgeschriebenen Auftrag **identisch** ist. Ein erteilter Auftrag gilt noch als identisch, auch wenn er nicht mehr vollkommen deckungsgleich ist, z.B. gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung Nachträge bzw. veränderte Leistungskonditionen enthält.

OLG Dresden, Urt. v. 09.03.2004, IBR 2004, 264

- **Sachverhalt:**

Eine Vergabestelle erteilte nach einem Offenen Verfahren nach VOB/A den Zuschlag für den ausgeschriebenen Bauauftrag an Bieter A. Auf Antrag des Bieters B stellte die zuständige Vergabebefugte die Rechtswidrigkeit des durchgeführten Vergabeverfahrens fest. Bieter B begehrte Schadensersatz in Form des entgangenen Gewinns. Das zuständige Landgericht hatte bereits der Klage stattgegeben (ca. 500.000 EUR).

Entscheidung:

Bieter B hat einen Anspruch auf **Ersatz des ihm entgangenen Gewinns**, weil der Auftrag tatsächlich erteilt wurde, der Zuschlag aber bei ordnungsgemäßem Verfahren dem Übergangenen Bieter B hätte erteilt werden müssen. Das Angebot des Bieters A war wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 VOB/A auszuschließen.

OLG Naumburg, Urt. v. 26.10.2004, IBR 2005, 1103

- **Leitsätze:**

Ein Bieter kann **Ansprüche auf Ersatz** des entgangenen Gewinns (positives Interesse) oder auf Ersatz des Vertrauensschaden (negatives Interesses; Ersatz der Angebotsbearbeitungskosten) **nicht geltend machen**, wenn sein Angebot wegen fehlender Erklärungen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A zwingend auszuschließen ist.

OLG Brandenburg, Urt. v. 10.01.2007, IBR 2007, 212

- **Sachverhalt:**

Der Bund schrieb Straßenbauarbeiten aus (Ortsumgehung). Die Trassenführung durch ein größeres Waldgebiet wurde planfestgestellt, obwohl Beeinträchtigungen durch die sog. EG-Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie) nicht ausgeschlossen waren. Eine Klage des Naturschutzverbandes hatte das BVerwG jedoch abgelehnt. Es kam zur Ausschreibung. Zwischenzeitlich wies das BVerwG darauf hin, dass es aus europarechtlicher Sicht nicht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten kann. Daraufhin wurde das Ausschreibungsverfahren bzw. die Trassenführung geändert. Der erstplatzierte Bieter im ersten Verfahren klagte auf Ersatz der Angebotskosten (30.000 EUR).

Entscheidung:

Ohne Erfolg. Die Vergabestelle durfte sich auf die erste Entscheidung des BVerwG verlassen. In einem solchen Fall gilt die dem Amtshaftungsrecht entlehnte **Kollegialgerichtsregel**, wonach sich die öffentliche Hand nicht vorwerfbar rechtswidrig verhält,

wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Gericht die Rechtmäßigkeit bejaht.
OLG Dresden, Beschl. v. 19.10.2007, IBR 2007, 709

Anmerkungen:

Die FFH-Richtlinie wurde in der BRD seinerzeit nicht rechtzeitig umgesetzt. Die Richtlinie war unmittelbar geltendes Recht und stand im Rang vor anders lautendem deutschen Recht. Deshalb die Abkehr der Rechtsprechung des BVerwG.