

Beitrag (IBR 2007, 576)

Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei 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. Es besteht keine Rechtspflicht zum Zuschlag, wenn der Bieter vom Auftraggeber von Verhandlungen ausgeschlossen wird und dadurch wegen seiner fehlenden Beteiligung an einem berücksichtigungsfähigen Angebot gehindert wird.

BGH, Urteil vom 03.04.2007 - X ZR 19/06 (NZBau 2007, 523; VergabeR 2007, 750)

BGB § 311 Abs. 2; VOB/A § 25 Nr. 1

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb den Bau einer Fußgängerüberführung mit Stahlbetonbrücke nach VOB/A öffentlich aus. Die Entscheidung über die Zulassung von Nebenangeboten behielt er sich vor. Ein Bauunternehmen gab ein isoliertes Nebenangebot für die Stahlbetonbrücke ab. Ein Konkurrent reichte neben seinem Hauptangebot ein gegenüber dem Bauunternehmen preislich günstigeres Nebenangebot ein. Sowohl dem Nebenangebot des Bauunternehmens als auch des Konkurrenten fehlten die nach der Ausschreibung geforderten Mengenangaben und Einzelpreise. Der AG verhandelte nur mit dem Konkurrenten, was zur Reduzierung von dessen Angebotspreis führte. Der Konkurrent wurde beauftragt. Das Bauunternehmen nahm den AG auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Anspruch. Das Landgericht wies die Klage ab, das Berufungsgericht gab ihr in vollem Umfang statt. Hiergegen richtet sich die Revision des AG.

Entscheidung

Mit Erfolg! Der BGH hebt das Berufungsurteil auf. Ein Anspruch auf **Ersatz des entgangenen Gewinns** gemäß § 311 Abs. 2 BGB besteht nicht. Ersatz des entgangenen Gewinns kann ein übergangener Bieter nur dann erhalten, wenn er ohne den Verstoß und bei sonst ordnungsgemäßer Vergabe den **Zuschlag hätte erhalten müssen**. Daran fehlt es, weil keine Rechtspflicht des AG bestand, den Zuschlag an das Bauunternehmen zu erteilen. Wegen der mangelnden Beteiligung des Bauunternehmens an Verhandlungen **fehlt es bereits an einem berücksichtigungsfähigen Angebot** des Bauunternehmens, bei dem eine Rechtspflicht zum Zuschlag hätte bestehen können. Fehler bei der Ausübung des Ermessens des AG führen nicht zwangsläufig dazu, dass die Entscheidung in jedem Fall zu Gunsten des durch den Fehler betroffenen Bieters ausfallen muss. Die Nebenangebote des Bauunternehmens und des Konkurrenten waren gleichwertig. Wegen der Preisunterschiede ist jedoch nicht festzustellen, dass der Zuschlag an das Bauunternehmen erteilt worden wäre oder aus Rechtsgründen hätte erteilt werden müssen.

Praxishinweis

Eine weitere höchstrichterliche Entscheidung zum Sekundärrechtsschutz, die an bereits ergangene anknüpft (vgl. BGH, IBR 2004, 635; IBR 2006, 693) und verdeutlicht, dass es zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen maßgeblich auf den begehrenden Bieter und dessen Angebot ankommt. Allein ein Vergaberechtsverstoß bzw. Ermessensfehler des Auftraggebers begründet keinen Schadensersatzanspruch. Der Zuschlag muss auch tatsächlich erteilt worden sein und hätte bei ordnungsgemäßer Vergabe auf das Angebot des Schadensersatz begehrenden Bieters erteilt werden müssen. Daran fehlt es zumindest, wenn dessen Angebot zwingend auszuschließen ist (BGH, IBR 2005, 507; OLG Brandenburg, IBR 2007, 212). Im Einzelfall muss dargetan sein, dass an der Zuschlagserteilung auf das Angebot des Schadensersatz begehrenden Bieters kein Weg vorbeiführen konnte.

RAin Dr. Susanne Mertens, LL.M., Berlin

© id Verlag