

Beitrag (IBR 2007, 523)

---

## Kein fiktiver Wettbewerb im Schadensersatzprozess!

**1. Im Schadensersatzprozess entfalten die Feststellungen zum schuldhaften Vergaberechtsverstoß für das Prozessgericht Bindungswirkung.**

**2. Verlangt der Bieter im Wege des Schadensersatzes den entgangenen Gewinn, weil er ein bestimmtes hypothetisches Angebot aufgrund eines Vergabefehlers nicht abgegeben hat, so muss er den Nachweis für Abgabe und Höhe des hypothetischen Angebots führen.**

OLG Naumburg, Urteil vom 23.04.2007 - 1 U 47/06 (NZBau 2008, 79; VergabeR 2007, 758; ZfBR 2007, 720)

GWB § **124** Abs. 1; ZPO § **287**

### Problem/Sachverhalt

---

Der Bauunternehmer begehrt vom beklagten Land Schadensersatz in Form entgangenen Gewinns wegen einer Verletzung seiner Bieterrechte in einer europaweiten Ausschreibung von Bauleistungen. Im Vergabeverfahren hatte der Unternehmer ein erhebliches Einsparpotenzial bei den ausgeschriebenen Dämmmaterialien entdeckt und sich dazu mit Fragen an die Vergabestelle gewandt. Allein diesem teilte die Vergabestelle mit, dass die ausgeschriebene Art explizit so gewünscht sei. Da der Unternehmer der Abgabe eines Nebenangebots daraufhin keine Erfolgsaussichten einräumte, gab er lediglich ein Hauptangebot ab. Da der Zuschlag noch vor Zustellung des Nachprüfungsantrags erteilt war, konnte die angerufene Vergabekammer nur noch die Rechtswidrigkeit feststellen. Im Schadensersatzprozess legt der Unternehmer dar, dass er ein günstigeres Nebenangebot als der bezuschlagte Auftragnehmer vorgelegt hätte. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hat, verfolgt der Unternehmer seinen Schadensersatzanspruch im Wege der Berufung weiter.

### Entscheidung

---

Ohne Erfolg! Auch das OLG weist einen Schadensersatzanspruch auf der Grundlage des hypothetisch gegebenen günstigeren Nebenangebots zurück. Im Schadensersatzprozess entfaltet die Feststellung des schuldhaften Vergaberechtsverstoßes durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen für das Prozessgericht zwar Bindungswirkung, so dass neues Vorbringen zum Themenkomplex "Pflichtverletzung" unerheblich ist. Im Verfahren bestehen auch keinerlei Zweifel daran, dass der Unternehmer ohne die fehlerhafte Auskunft ein preislich unter seinem Hauptangebot liegendes Nebenangebot eingereicht hätte. Ob dieses **fiktive Nebenangebot** tatsächlich auch unter dem **Angebotspreis des bezuschlagten Konkurrenzangebots** gelegen hätte, konnte schon in tatsächlicher Hinsicht nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden (vgl. ZPO § **287**). Das im Rahmen des Schadensersatzprozesses eingereichte Nebenangebot enthält eine Vielzahl von Abweichungen zum sog. Amtsvorschlag. Aus dem Vorgetragenen lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob der Unternehmer auch **zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens** diese Vielzahl von Optimierungen und damit einhergehenden Preisreduzierungen vorgenommen hätte. Anders als im jetzt laufenden Rechtsstreit war dem Bauunternehmer die "Zielmarke", das heißt der zu unterbietende Preis nicht bekannt.

### Praxishinweis

---

Fazit: Ein Vergabewettbewerb lässt sich in einem Jahre später aufbereiteten Schadensersatzprozess nicht fiktiv durchführen. Auch die nachträgliche Kalkulation eines fiktiven Haupt- oder Nebenangebots vermag zur Darlegung eines Schadensersatzanspruchs nicht zu überzeugen, weil die Wettbewerbssituation selbst dann, wenn der Anspruchsteller keine Kenntnis vom Angebotsendpreis des Bestbieters hätte, nicht mehr wiederholbar ist. Der Anspruchsteller, der sein Angebot nachträglich kalkuliert, läuft nie Gefahr, dass er den Auftrag auch tatsächlich zu diesen Konditionen ausführen muss.

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

© id Verlag