
Datum: 18.06.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 98/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0618.19U98.09.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 36/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25.06.2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 12 O 36/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen Nichterteilung des Zuschlags in dem Ausschreibungsverfahren der Beklagten vom 08.10.2007 betreffend den "Ausbau der D.

1

2

3

in H." (Kanal- und Straßenbauarbeiten) in Anspruch; im Berufungsverfahren begehrt sie außerdem hilfsweise Ersatz der ihr durch die Teilnahme an diesem Vergabeverfahren entstandenen Kosten.

Wegen der Einzelheiten des unstreitigen Sachverhalts und des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils sowie den Tatbestandsberichtigungsbeschluss vom 24.07.2009 verwiesen, ergänzt um folgende Angaben:

Die der ursprünglichen Ausschreibung zugrunde liegende Planung sah vor, dass das zuvor in den Mischwasserkanal aufgenommene Oberflächenwasser zum Vorfluter S. in einem gesonderten (Regenwasser-)Kanal abgeleitet werden sollte, der außerdem das Wasser des sog. G. aufnehmen sollte. Die Beklagte beruft sich für die Zulässigkeit dieser Planung auf eine Besprechung mit Vertretern des Kreises I. am 23.03.2007. Bei dieser Besprechung seien seitens des Kreises I. gegen den Anschluss der Straßenflächen und der noch unbebauten Grundstücke an den neu zu erstellenden (Regenwasser-)Kanal keine Bedenken geäußert worden. Sie bezieht sich insoweit auf einen Aktenvermerk des Ingenieurbüros C. vom 23.03.2007 (Anlage B 6, Bl. 71 ff. GA). Am 29.08.2007 stellte die Beklagte einen Antrag auf Erlaubnis der Einleitung der Niederschlagswässer aus dem herzustellenden Bach- und Regenwasserkanal in den S.. Mit Schreiben vom 14.01.2008 (Anlage B 5, Bl. 69 f. GA) teilte der Kreis I. der Beklagten mit, dass die Erteilung der beantragten wasserrechtlichen Erlaubnis aufgrund der vorgelegten Antragsunterlagen nicht in Betracht komme, da nach dem sog. Trennerlass des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 28.05.2004 die in dem Bereich D. anfallenden Niederschlagswässer ohne vorherige Behandlung nicht in den S. eingeleitet werden dürften. Zulässig sei jedoch die Niederschlagswasserbeseitigung über den vorhandenen Mischwasserkanal. Die Beklagte teilte daraufhin der Klägerin mit Schreiben vom 16.01.2008 (Anlage K 6, Bl. 14 GA) mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werde, da eine benötigte wasserrechtliche Erlaubnis unerwartet nicht erteilt worden sei. Ferner nahm sie mit Schreiben vom 22.01.2008 den Erlaubnisantrag vom 29.08.2007 zurück und teilte der Kreisverwaltung I. mit, dass beabsichtigt sei, die Niederschlagswasserbeseitigung über den Mischwasserkanal vorzunehmen (Anlage B 7, Bl. 74 GA). Auf der Grundlage einer neuen Kanalplanung des Ingenieurbüros C. vom 21.02.2008 (Anlage B 10, Bl. 83 ff. GA) wurde sodann eine neue Ausschreibung durchgeführt, bei der die Fa. E. das günstigste Angebot vorlegte und den Zuschlag erhielt. Die Änderungen zwischen der ursprünglichen und der zweiten Ausschreibung ergeben sich im Einzelnen aus der Aufstellung der Beklagten Bl. 52 ff. GA.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz eines entgangenen Gewinns wegen verfahrensfehlerhafter Nichterteilung des Auftrags für den Ausbau der D. im ersten Ausschreibungsverfahren habe, da nicht feststehe, dass der Klägerin bei Nichtaufhebung und verfahrensfehlerfreier Fortführung des ersten Ausschreibungsverfahrens zwingend der Auftrag hätte erteilt werden müssen. Den Zuschlag hätte die Klägerin nur dann zwingend erhalten, wenn allein die Hauptangebote zu berücksichtigen gewesen wären. Vorliegend seien aber Nebenangebote von der Beklagten als Auftraggeberin nicht ausgeschlossen gewesen und die Nebenangebote der Klägerin und der Fa. E. GmbH & Co. KG über jeweils 2.700.000,00 EUR hätten auch den verlangten Mindestanforderungen entsprochen. Für einen Ausschluss günstiger Nebenangebote nur deshalb, weil es zwei identische gebe, so dass eine Auswahl nach objektiven Kriterien nicht möglich sei, biete die VOB/A keine Grundlage. Falls ausnahmsweise keine objektiven Unterscheidungsmerkmale vorhanden seien, bestehe die

Möglichkeit der Durchführung eines Losverfahrens. Lediglich seien die Anforderungen an die Zulässigkeit eines Losverfahrens sehr hoch anzusetzen. Alle objektiven und auftragsbezogenen Kriterien müssten zunächst zur Auswahl des günstigsten Angebots herangezogen werden. Seien die Angebote aber im Einzelfall identisch und die Bieter gleich zuverlässig, könne ein Losverfahren ausnahmsweise zulässig und sogar unumgänglich sein. Zwar sei es möglich, dass im Einzelfall ein Pauschalangebot nur scheinbar günstiger als ein zugleich abgegebenes Angebot nach Einheitspreisen sei, weil die zugrunde gelegten Mengenansätze überhöht seien. Die Klägerin habe aber weder konkret vorgetragen noch mit Beweisangeboten belegt, dass im vorliegenden Fall tatsächlich überhöhte Mengen- und Massenangaben angesetzt worden seien. Wer bei dem Losverfahren den Zuschlag erhalten hätte, sei gänzlich offen. Damit stehe auch nicht fest, dass dadurch, dass das erste Ausschreibungsverfahren nicht zu Ende geführt worden sei, der Klägerin ein Schaden entstanden sei.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese wie folgt begründet: 7

Das erstinstanzliche Gericht habe die Frage, ob die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtmäßig war, in verfahrensfehlerhafter Weise offen gelassen. Das Gericht habe verkannt, dass die Frage, ob schon in der Verfahrensaufhebung ein Vergaberechtsverstoß gelegen habe, jedenfalls für einen etwaigen Anspruch der Klägerin auf das negative Interesse relevant sei, da sie bei Durchführung eines Losverfahrens eine "echte Chance" auf den Zuschlag gehabt habe. 8

Die von der Beklagten mit Verfügung vom 16.01.2008 (Anlage K 6) mitgeteilte Aufhebung des Verfahrens sei rechtswidrig gewesen, da ein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr.1 b) VOB/A nicht vorgelegen habe. Die von der Beklagten angeführte Versagung der abwasserrechtlichen Genehmigung zur Einleitung von Niederschlagswasser in den S. sei als Aufhebungsgrund von vornherein untauglich, da die in § 26 Nr. 1 VOB/A normierte "grundlegende Änderung" der Verdingungsunterlagen nur auf Tatsachen gestützt werden könne, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden seien, ohne dass seine vorherige Unkenntnis auf einer mangelhaften Vorbereitung der Ausschreibung beruhe. Die Beklagte habe die Ausschreibung voreilig betrieben, da sie zumindest damit habe rechnen müssen, dass es zu abwasserrechtlich bedingten Umplanungen kommen könne. Dies ergebe sich daraus, dass ein verbindlicher abwasserrechtlicher Bescheid unstreitig weder zum Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung noch zum Submissionstermin am 06.11.2008 vorgelegen habe. Ohne diese Genehmigung seien die Verdingungsunterlagen noch nicht "fertig gestellt" im Sinne des § 16 Nr. 1 VOB/A gewesen. Die rechtswidrige Voreiligkeit der Ausschreibung ergebe sich im Übrigen auch daraus, dass ohne das Vorliegen der abwasserrechtlichen Genehmigung der bezuschlagte Bieter außer Stande gewesen wäre, mit der Ausführung der beauftragten Leistungen alsbald, spätestens 12 Werktage nach Ablauf der Zuschlagfrist gemäß § 5 Nr. 2 VOB/A, zu beginnen und so den vorgegebenen Fertigstellungstermin zum 31.12.2008 einzuhalten. Die Beklagte hätte ferner damit rechnen müssen, dass selbst bei Erteilung der abwasserrechtlichen Genehmigung es – etwa durch die landwirtschaftlich geprägten Anlieger der auszubauenden Straße – zu Rechtsmitteln gegen diese Entscheidung gekommen wäre. 9

Selbst wenn es auf die Folgen einer (etwaigen) Genehmigungsversagung ankäme, so bestreite die Klägerin weiterhin, dass es dadurch zu – von der Beklagten zu beweisenden - Änderungen in den Verdingungsunterlagen gekommen sei, die als grundlegend im Sinne des 10

§ 26 Nr. 1 VOB/A anzusehen seien. Zunächst habe die Klägerin nicht dargetan, dass sie die Versagung der Genehmigung nicht noch hätte verhindern können. Abgesehen davon bleibe bestritten, dass die in der Neuausschreibung enthaltenen Leistungsänderungen von der Genehmigungsbehörde verfügt worden seien bzw. ohne diese eine Genehmigung versagt worden wäre. Selbst wenn dies aber so wäre, seien die Änderungen keinesfalls derart signifikant, dass insoweit von einer grundlegenden Änderung der Verdingungsunterlagen gesprochen werden könne. Eine Änderung des technischen Konzepts, die nicht zu einer Änderung der Ausschreibung führe, sondern die technische Planung im Wesentlichen unverändert lasse, rechtfertige allein noch keine Verfahrensaufhebung. Bei der Beurteilung, ob eine Verfremdung vorliege, sei vornehmlich auf das mit der ausgeschriebenen Leistung bezweckte Leistungsziel sowie auf die finanziellen Auswirkungen der eingetretenen Änderung abzustellen. Sofern trotz der Änderungen das Wesen der Baumaßnahme noch erhalten bleibe, könne von einer grundlegenden Änderung im vorgenannten Sinn nicht gesprochen werden. Vorliegend sei der mit der ausgeschriebenen Maßnahme bezweckte Leistungserfolg, nämlich der Bau eines Kreisverkehrs und die Erneuerung der dortigen Straßenanschlussbereiche nebst Entwässerung vollkommen unverändert geblieben. Einziger technischer Unterschied sei, dass die Entwässerung nicht, wie ursprünglich angedacht, unmittelbar durch Einleitung in den S., sondern in den benachbarten Mischwasserkanal erfolgen solle. Faktisch hätten sich lediglich einige Massenvordersätze im Teilgewerk der Entwässerung verschoben bzw. erhöht. Darüber hinaus hätten sich in den neuen Leistungspositionen lediglich Änderungen in der Dimensionierung der zu verlegenden Betonrohrleitungselemente ergeben. Ferner sei auch nicht deshalb von einer grundlegenden Änderung zu sprechen, weil es den Parteien unzumutbar gewesen sei, die eingetretenen Änderungen vertragsrechtlich in die Vertragsdurchführungsphase zu verlagern. Die von der Beklagten vorgetragenen Umplanungen hätten ohne weiteres im Wege einer Nachtragsvergütung nach § 2 Nr. 5 bzw. 6 VOB/B Berücksichtigung finden können. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die technischen Anforderungen an die Leistungserbringung absolut identisch geblieben seien. Es seien weder neue Materialien noch andere Ausführungstechniken oder –bedingungen zum Tragen gekommen. Spätestens hier sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Ausschreibung damit habe rechnen müssen, dass sich vertragsrechtliche Änderungen für den Fall von genehmigungsrechtlichen Auflagen oder gar Umplanungen ergeben würden. Schließlich gebiete auch eine Betrachtung der monetären Auswirkungen der eingetretenen Leistungsänderung, die für eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1 VOB/A erforderliche grundlegende Änderung abzulehnen. Die Leistungsänderungen hätten sich – wie bereits erstinstanzlich vorgetragen – jedenfalls für die Klägerin mit einer um nur rund 3 % verminderten Auftragssumme ausgewirkt.

Aus der offensichtlich rechtswidrigen Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens sei der Klägerin adäquat-kausal ein Schaden in Form des positiven Interesses entstanden. Entgegen der Vorgaben des Landgerichts, das einen kausalen Schadenseintritt nur habe annehmen wollen, wenn nachgewiesen sei, dass der Klägerin in dem aufgehobenen Verfahren zwingend der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, müsse der Klägerin gemäß § 252 S. 2 BGB ein kausaler Schaden schon dann zugestanden werden, wenn ihr nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen bei Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens wahrscheinlich der Zuschlag erteilt worden wäre. Dies aber sei ohne Zweifel der Fall gewesen. Der Kausalitätsnachweis müsse dabei nicht zwingend das geltende Vergaberecht sein. Die Wahrscheinlichkeit einer Bezuschlagung könne sich vielmehr auch aus sonstigen Umständen des Lebenssachverhalts, insbesondere Erklärungen der Verfahrensbeteiligten ergeben. In diesem Lichte sei auch die von dem erstinstanzlichen Gericht zitierte Rechtsprechung zur Schadenskausalität in ähnlich

gelagerten Fällen zu sehen. Unter dieser Betrachtungsweise habe die Klägerin sehr wohl nachgewiesen, dass die Beklagte ihr bei Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erteilt hätte, und zwar auf das Hauptangebot. Darüber hinaus sei der Klägerin in vergaberechtlicher Hinsicht auch "zwingend" der Zuschlag zu erteilen gewesen. Dies ergebe sich aus folgendem:

Die Annahme des Landgerichts, die Beklagte hätte ihre Vergabeentscheidung bei Fortführung des ursprünglichen Verfahrens per Losentscheid getroffen, sei mit dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt nicht in Einklang zu bringen. Das Landgericht habe außer acht gelassen, dass die Beklagte vor Verfahrensaufhebung selbst von der Durchführung eines Losverfahrens Abstand genommen habe. Sie habe den für den 20.12.2007 angesetzten Lostermineinstreitig abgesetzt und bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist am 15.01.2008 keinerlei Anstalten gemacht, den Losentscheid doch noch in die Wege zu leiten. Damit sei aus Sicht der Klägerin faktisch sogar ausgeschlossen, dass eine Vergabeentscheidung durch Losentscheid getroffen worden wäre, da die Beklagte bis zum 15.01.2008 den Bietern weder eine Bindefristverlängerung abverlangt noch zum Lostermineingeladen habe. 12

Wie sich die Beklagte ohne Losentscheid verhalten hätte, lasse sich mit der gebotenen Wahrscheinlichkeit anhand der besonderen Umstände schon ohne Berücksichtigung der vergaberechtlichen Rechtslage prognostizieren. Angesichts der Stellungnahme der Bezirksregierung Köln vom 18.12.2007 sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beklagte sich – nicht zuletzt, um nicht die öffentlichen Fördergelder aufs Spiel zu setzen - gebeugt und der Klägerin den Zuschlag auf ihr Hauptangebot erteilt hätte. Mit diesem entscheidungserheblichen Gesichtspunkt habe das Landgericht sich erkennbar nicht auseinander gesetzt. 13

Ferner habe auch die vom erstinstanzlichen Gericht angenommene vergaberechtliche Pattsituation zwischen den Nebenangeboten der Klägerin und der Fa. X. E. GmbH & Co. KG nicht bestanden. Der Grund hierfür liege in dem Umstand, dass jedenfalls das Nebenangebot der X. E. GmbH & Co. KG einen Nachlass enthalten habe. Die von dieser Bieterin im Wege des Pauschalierungsangebots getätigte Reduzierung der Hauptangebotssumme lasse sich allein mit einer reinen pauschalierungsbedingten Ersparnis nicht rechtfertigen. Das auf 2.700.000,00 EUR lautende pauschalierte Nebenangebot dieser Bieterin bedeute gegenüber der Hauptangebotssumme von 2.874.254,58 EUR eine Ersparnis zugunsten der Beklagten von 6 %. Die beratenden Ingenieure der Beklagten hätten in ihrer als Anlage B 5 vorgelegten Stellungnahme vom 07.01.2008 ausgeführt, dass ein Pauschalierungsabschlag üblicherweise eine echte Ersparnis des Unternehmers in Höhe von 2 % durch eingesparte Abrechnungskosten beinhalte. Darüber hinaus komme ein gewisser Preispuuffer aus dem Umstand zum Tragen, dass nach Annahme des Unternehmers nicht sämtliche zunächst auf Einheitspreisbasis angebotenen Leistungen zur Ausführung gelangten, jedenfalls nicht zu den ausgeschriebenen Massenvordersätzen. Diese Preisreserve betrage üblicherweise zwischen 1 – 1,5 %. Eine über 1 % hinaus gehende Preisreserve sei vorliegend nach Einschätzung der Ingenieure nicht statthaft, da das Leistungsverzeichnis äußerst exakt aufgestellt worden sei. Bereits auf der Grundlage dieser Ausführungen ergebe sich, dass das Pauschalierungsangebot einen (zumindest teilweisen) Nachlass darstelle, da sich nach Einschätzung der beratenden Ingenieure der Beklagten allenfalls ein Pauschalierungsabschlag von rund 3 % rechtfertigen lasse. Tatsächlich sei die Einschätzung des Ingenieurbüros aber sogar noch überhöht. Die Kosten für die Abrechnung von Einheitspreisleistungen seien in der Regel nicht preislich ausweisbar, weshalb es auch nicht zu einer echten Ersparnis komme, wenn es pauschalierungsbedingt zu einer erleichterten Abrechnung komme. Fraglich sei auch, ob die Pauschalierung von Vergütungsanteilen 14

überhaupt zu einer Erleichterung der Abrechnung führe, da sich der Unternehmer eine Leistungsdokumentation jedenfalls dann nicht ersparen könne, wenn er vom Auftraggeber Abschläge verlangen wolle. Ebenso wenig sei die Auffassung plausibel, dass sich aus einer Leistungsreserve eine durchschnittliche Ersparnis von 1 % ergebe. Dies würde voraussetzen, dass die auf Einheitspreisbasis gebildeten Massenvordersätze stets zu gering angesetzt seien. Tatsächlich belege die Praxis aber das Gegenteil. Einheitspreisverträge würden ganz überwiegend zu einer höheren Summe abgerechnet als nach dem Auftrag vorgesehen. Der (versteckte) Nachlasscharakter des Pauschalierungsnebenangebots der Fa. X. E. GmbH & Co. KG ergebe sich schließlich auch angesichts der absoluten Beträge. Bei einem pauschalierungsbedingten Glattstellen bestimmter Angebotssummen sei es üblich, den Einheitspreisbetrag allein in der nächst höheren Zahlenordnung abzurunden. Im Falle der Fa. E. sei deshalb ein Abrunden auf 2.800.000,00 EUR nahe liegend gewesen, was allein schon eine Ersparnis der Beklagten von rund 2,5 % bedeutet hätte. Soweit die X. E. GmbH & Co. KG hingegen eine Reduzierung des Angebotspreises von 6 % angeboten habe, sei dies selbst unter Berücksichtigung etwaiger kalkulativer Freiheiten sachlich nicht mehr allein durch etwaige Ersparnisse gerechtfertigt. Insofern sei in dem Pauschalierungsangebot ein echter Nachlass enthalten gewesen; das Nebenangebot der Fa. E. hätte deshalb gemäß § 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 4 VOB/A nicht gewertet werden dürfen.

Soweit das Landgericht im Übrigen von einer wirtschaftlichen Identität der Nebenangebote ausgegangen sei, sei auch dies rechtsfehlerhaft. Das Gericht habe seiner diesbezüglichen Wertung lediglich die preisliche Identität der Nebenangebote zugrunde gelegt und dabei übersehen, dass es bei einer Vergabeentscheidung nicht entscheidend auf den Preis eines Angebots ankomme, sondern auf seine Wirtschaftlichkeit. Das Nebenangebot der Klägerin sei wirtschaftlicher gewesen als das der X. E. GmbH & Co. KG. Grund hierfür sei, dass im Falle einer Vertragsabwicklung trotz der Bildung einer Gesamtpauschale noch Preiselemente aus dem auf Einheitspreisbasis verpreisten Leistungsverzeichnis zur Anwendung gekommen wären, da die Beklagte von den Bietern an diversen Stellen die Angabe von leistungsunabhängigen Verrechnungssätzen für Materialien und Personal abgefordert habe, die im Bedarfsfall als Preisgrundlage für zusätzliche bzw. "angehängte" Leistungen hätten zugrunde gelegt werden sollen. An der Heranziehung dieser Verrechnungssätze hätte sich durch die Bildung einer Gesamtpauschale nichts geändert. Gleichermaßen wären die im Leistungsverzeichnis des Hauptangebots angegebenen Einheitspreise auch für echte Nachtragsleistungen im Sinne der §§ 2 Nr. 5 und 6 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 7 VOB/B aufgrund geänderter bzw. zusätzlicher Leistungen relevant geworden. Die Beklagte habe deshalb erwarten können, dass etwaige Nachtragsleistungen von der Klägerin zu einem günstigeren Preis ausgeführt worden wären, als dies bei der Beauftragung der Fa. E. der Fall gewesen wäre. Soweit die Beklagte erstinstanzlich behauptet habe, Nachtragsleistungen seien trotz des höheren Hauptangebots der Fa. E. nicht teurer geworden, weil bei der Preisbildung etwaiger Nachtragsleistungen der Pauschalierungsabschlag mit zur Anwendung komme, verfange dies nicht, da die Nachtragsleistungen nach der tatsächlich ausgeführten Menge abgerechnet worden wären und sich deshalb gar keine Pauschalierungseinsparnis ergeben hätte.

15

Selbst bei der Annahme, dass zwischen den beiden in Rede stehenden Nebenangeboten eine wirtschaftliche Identität bestanden habe, sei ein Losentscheid vergaberechtswidrig gewesen. Die im landgerichtlichen Urteil zitierte Entscheidung der Vergabekammer des Bundes betreffe einen anderen, nicht vergleichbaren Fall, da es dort um eine Vorauswahl zwischen verschiedenen, gleich qualifizierten Bewerbern im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs gegangen sei.

16

Der Klägerin sei aus den streitgegenständlichen Kausalverläufen ein Schaden zumindest in Höhe des von ihr kalkulierten entgangenen Gewinns entstanden, der – was erstinstanzlich unbestritten geblieben sei – 9 % der ursprünglichen Hauptauftragssumme, mithin 204.201,00 EUR betrage. Soweit zur Darlegung der Schadenshöhe erstinstanzlich eine weitergehende Substantiierung vorerst zurück gestellt worden sei, so rechtfertige dies keinesfalls eine Klageabweisung. Die Klägerin habe insoweit zunächst eine Entscheidung dem Grunde nach abgewartet und um richterlichen Hinweis gebeten, sofern weiterer Sachvortrag zur Schadenshöhe für erforderlich gehalten werde. Dieses Hinweisersuchen werde vorsorglich für die Berufungsinstanz wiederholt und außerdem auf die Möglichkeit der Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO verwiesen. Über den kalkulatativ ermittelten entgangenen Gewinn hinaus könne die Klägerin als weiteren Bestandteil ihres positiven Interesses die nutzlos aufgewendeten Kosten für die Beteiligung an der zweiten Vergabe in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme, mithin 6.806,00 EUR, geltend machen. Diese Aufteilung der Klageforderung habe das vorbefasste Gericht bei seiner Entscheidungsfindung offensichtlich unberücksichtigt gelassen. Die weitergehende Darstellung der Kalkulationskosten der Höhe nach stelle die Klägerin ebenfalls vorerst zurück. Auch insoweit gelte das Hinweisersuchen gemäß § 139 ZPO.

Rein vorsorglich und hilfsweise mache die Klägerin die vorgenannten Kalkulationskosten in selbiger Höhe auch im Wege des negativen Interesses geltend. Die Klägerin sei selbst bei Zugrundelegung der restriktiven Rechtsanwendung des Landgerichts so zu stellen, als habe sie an dem rechtswidrig aufgehobenen Vergabeverfahren nicht teilgenommen. Der Anspruch resultiere außerdem aus einer analogen Anwendung des § 126 GWB. 18

Soweit das Landgericht verfahrensfehlerhaft verkannt habe, dass die Klägerin zusätzlich zum entgangenen Gewinn die nutzlosen Kalkulationsaufwendungen geltend gemacht habe, rechtfertige dies allein zumindest die im Berufungsantrag zu 2. enthaltene teilweise Aufhebung der Entscheidung. Das vorbefasste Gericht sei hier nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass ihr zumindest das negative Interesse zuzusprechen gewesen wäre. Denn es sei erstinstanzlich erkennbar gewesen, dass die Klägerin diese alternative Hilfsposition schlicht außer acht gelassen habe. Zur Schadenshöhe für die nutzlose Bearbeitung des ersten Angebots seien dieselben Kalkulationskosten entstanden wie bei der zweiten Angebotsverarbeitung. 19

Die Klägerin beantragt, 20

die Beklagte unter Abänderung des am 25.06.2009 verkündeten Urteils des Landgerichts Aachen – Az.: 12 O 36/09 – kostenpflichtig zu verurteilen, an die Klägerin EUR 211.007,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.05.2008 zu zahlen; 21

hilfsweise, die Beklagte unter teilweiser Abänderung des am 25.06.2009 verkündeten Urteil~~2~~2 des Landgerichts Aachen – Az.: 12 O 36/09 – kostenpflichtig zu verurteilen, an die Klägerin EUR 6.806,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.05.2008 zu zahlen. 22

Die Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. 25

26

Es treffe nicht zu, dass die Beklagte die Ausschreibung im Hinblick auf die wasserrechtliche Genehmigung mangelhaft vorbereitet habe. Es sei der Beklagten aufgrund der ausführlichen Vorbesprechung mit dem Kreis I. am 23.03.2007, bei der insbesondere besprochen worden sei, dass gegen den Anschluss der Straßenfläche und der heute noch auf die Straße entwässernden Dachfallrohre an den Regenwasserkanal keine Bedenken bestünden, gerade nicht bekannt gewesen, dass es zu abwasserrechtlich bedingten Umplanungen kommen könne. Hiermit habe sie auch nicht gerechnet. Aus Sicht der Beklagten sei die Erteilung der abwasserrechtlichen Genehmigung reine Formsache gewesen, auf die sie habe vertrauen dürfen. Das Schreiben des Kreises I. vom 14.01.2008 sei für die Beklagte völlig überraschend gekommen. Die Beklagte habe zum Zeitpunkt der Ausschreibung davon ausgehen dürfen, dass die beantragte abwasserrechtliche Genehmigung spätestens bis Ende Januar 2008 vorliegen werde und die von ihr in den Ausschreibungsunterlagen bis zum 31.12.2008 verfügte Terminvorgabe durch einen alsbaldigen Baubeginn hätte realisiert werden können. Inwiefern bei Erteilung der abwasserrechtlichen Genehmigung die Anlieger Rechtsmittel gegen die Entscheidung, die für sie nicht nachteilig gewesen wäre, hätten einlegen können, sei nicht nachvollziehbar.

Es sei auch nicht ersichtlich, wie die Beklagte die mit Schreiben vom 14.01.2008 angekündigte Versagung der Genehmigung noch ohne grundlegende Änderungen hätte verhindern können. Ohne grundlegenden Eingriff und grundlegende Änderung des Leistungsverzeichnisses im Bereich der Kanalplanung sei die abwasserrechtliche Genehmigung nicht zu erhalten gewesen. Ohne die im Schriftsatz vom 12.01.2009 auf S. 9 ff. aufgeführten Leistungsänderungen in der Neuausschreibung wäre die Genehmigung versagt worden. Die Änderungen seien auch derart signifikant, dass von einer grundlegenden Änderung der Verdingungsunterlagen im Sinne des § 26 Nr. 1 VOB/A gesprochen werden könne. Es könne keine Rede davon sein, dass die technische Planung im Wesentlichen unverändert geblieben sei, da eine grundlegende Planungsänderung dahin gehend vorgenommen worden sei, dass das Oberflächenwasser nicht wie geplant dem S. zugeführt werden konnte, sondern zusätzlich in den Mischwasserkanal eingeleitet werden musste. Aufgrund dessen habe der vorgesehene Mischwasserkanal größer dimensioniert werden müssen. Der ursprünglich für die Entwässerung des Oberflächenwassers und des Wassers des G. vorgesehene Regenwasserkanal/Bachkanal habe geringer dimensioniert werden können. Insoweit hätten im Leistungsverzeichnis keine reinen Massenverschiebungen stattgefunden, sondern das Bausoll habe sich gegenüber der ursprünglichen Planung geändert. Es handele sich mithin um eine Leistungsänderung. Es habe sich eine Vielzahl von Positionen geändert, die nicht ohne weiteres im Wege einer Nachtragsvergütung nach § 2 Nr. 5 bzw. 6 VVOB/B hätten Berücksichtigung finden können. Ob die Erteilung von Nachtragsaufträgen – wie die Klägerin meine – "zweifellos wirtschaftlicher" gewesen wäre, könne nicht beantwortet werden, da nicht fest stehe, welche Nachtragspreise die jeweils beauftragte Bieterin verlangt hätte. Allein aufgrund der anderen Dimensionierung habe es zu erheblichen Nachtragspreisen kommen können, wenn beispielsweise die Bieterin diese Leistungen nur zu einem erhöhten Preis hätte einkaufen können. Darüber hinaus seien durch die Planungsänderung auch Leistungen entfallen. Dieses Entfallen von Leistungen hätte Teilkündigungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 1 VOB/B dargestellt, die zu entsprechenden Vergütungsansprüchen der beauftragten Bieterin geführt hätten.

27

Bei ihren Ausführungen zu § 252 S. 2 BGB verkenne die Klägerin, dass es in der Rechtsprechung zum Vergaberecht für den Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses nicht auf die Wahrscheinlichkeit der Auftragserteilung ankomme, sondern darauf, ob die Bieterin ohne den Vergabeverstoß den Zuschlag hätte erhalten müssen. Bei einem Losverfahren könne der Nachweis, dass dem übergangenen Bieter der Auftrag zwingend zu

28

erteilen gewesen wäre, nicht geführt werden, da bei zwei Bietern nur eine Chance von 50 zu 50 bestehe. § 252 BGB sei eine Regelung zur haftungsausfüllenden Kausalität und setze einen Schadensersatzanspruch voraus. Die Klägerin wolle die widerlegliche Vermutung der Vorschrift zu Unrecht schon auf den haftungsbegründenden Tatbestand anwenden.

Die Beklagte behauptet, dass der Zuschlag auf jeden Fall im Losverfahren erteilt worden wäre. Die Beklagte habe das Losverfahren lediglich ausgesetzt, um gegenüber der Bezirksregierung noch einmal abschließend Stellung zu nehmen. Die Beklagte hätte das Losverfahren letztlich auch ohne Zustimmung der Bezirksregierung durchgeführt. Aufgrund der detaillierten Stellungnahme der Beklagten vom 07.01.2008 sei jedoch die "wahrscheinlichste" aller Varianten gewesen, dass die Bezirksregierung ihre Zustimmung zum Losverfahren erteilt hätte. Die Stellungnahme der Bezirksregierung vom 18.12.2007 habe die unzutreffende Annahme enthalten, im Leistungsverzeichnis sei eine Vielzahl von Bedarfspositionen enthalten. Angesichts der fundierten Stellungnahme der Beklagten vom 07.01.2008 hätte die Bezirksregierung ihre fehlerhafte Auffassung jedoch revidieren müssen. Eine Durchführung des Losverfahrens sei vor Ablauf der – entgegen dem Vortrag der Klägerin – bis zum 29.02.2008 verlängerten Bindefrist auch ohne weiteres noch möglich gewesen. 29

Die Beklagte bestreitet, dass die Fa. X. E. GmbH & Co. KG in ihrem Nebenangebot vom 05.11.2007 zusätzlich zu den Ersparnissen, die sich aus der Pauschalierung der Leistung ergeben hätten, einen "echten" Nachlass gewährt habe. Das Ingenieurbüro C. spreche in seiner Stellungnahme vom 07.01.2008 auch nur davon, dass die Abrechnungskosten "üblicherweise" etwa 2 % betrügen. Es sei keineswegs so, dass die Abrechnungskosten immer 2 % betrügen. Auch behaupte der Zeuge C. nicht, dass die Preisreserve üblicherweise 1 bis 1,5 % betrage. Vielmehr führe der Zeuge C. in seinem Schreiben aus, dass die Klägerin selbst offensichtlich nur eine Reserve von 1,2 % anerkenne. Ob und wann die Fa. E. Abschlagsrechnungen verlangt hätte und welcher Aufwand hierfür erforderlich gewesen wäre, wisse keiner der Beteiligten. 30

Die beiden Pauschalpreisnebenangebote der Klägerin und der Fa. E. seien rechtlich und wirtschaftlich gleichwertig gewesen. Selbst wenn die Klägerin in einigen Einheitspreispositionen, z.B. bei den Verrechnungssätzen, billiger gewesen sein sollte, wäre dies durch wesentlich höhere Einheitspreise in anderen Positionen ausgeglichen worden. Auch im Hinblick auf das Heranziehen der im Hauptangebot angegebenen Einheitspreise für echte Nachtragsleistungen sei das Angebot der Fa. E. dem Angebot der Klägerin wirtschaftlich gleichwertig gewesen. 31

Das Landgericht habe darüber hinaus zu Recht die Auffassung vertreten, dass ein Losverfahren möglich sei, wenn ausnahmsweise keine objektiven Unterscheidungsmerkmale vorhanden seien, wenn zwei Unternehmen der ausgeschriebenen Leistungsstufe exakt denselben Preis anböten und die Pauschalpreisangebote auch im Übrigen wirtschaftlich gleichwertig seien. Eine solche Entscheidung sei nicht nur zur Bewerberauswahl im Rahmen einer Vorauswahl, sondern auch auf der 4. Wertungsstufe möglich. Die Beklagte verweist insoweit auf eine Entscheidung der Vergabekammer Münster vom 26.08.2009 – VK 11/09 – sowie auf einen Beschluss der Vergabekammer Arnberg vom 26.07.2004 – VK 212/04 -. 32

Die Beklagte trägt vor, dass entgegen der Darstellung der Klägerin die Straßenbauarbeiten gemessen an den Preisgrundlagen des Hauptangebots der Klägerin einen Anteil am Gesamtauftrag von (ohne den Titel 0 "Allgemeines und Baufeldfreilegung") 45 % und die Entwässerung 55 % ausgemacht habe. 33

Zur Schadenshöhe weist die Beklagte darauf hin, dass in erster Instanz nicht unbestritten geblieben sei, dass sich der Gewinnzuschlag der Klägerin auf 9 % der Angebotssumme belaufe. Auf S. 18 der Klageerwiderung vom 12.01.2009 habe die Beklagte bestritten, dass die Klägerin gemäß Urkalkulation Wagnis mit 2 % und Gewinn mit 9 % vom Nettoauftragswert kalkuliert habe. In diesem Zusammenhang habe die Beklagte vorgetragen, dass üblicherweise in der Baubranche wesentlich geringere Gewinne erzielt würden.

Ein Anspruch auf Ersatz der zusätzlichen Kalkulationskosten für die Beteiligung an der nach Aufhebung des ersten Verfahrens durchgeführten Neuausschreibung in Höhe von 6.806,00 EUR stehe der Klägerin ebenfalls nicht zu. Die Kalkulationskosten der neuen Ausschreibung könnten im Rahmen des Schadensersatzes auf das positive Interesse nicht zusätzlich geltend gemacht werde. Soweit die Klägerin diese Kosten hilfsweise als Ersatz des negativen Interesses geltend mache, könne sie allenfalls die Kosten für die nach ihrer Auffassung vergaberechtswidrig durchgeführte Erstausschreibung verlangen, nicht hingegen die Kalkulationskosten für die Beteiligung an der Neuausschreibung. Der geltend gemachte Kalkulationsanteil von 0,3 % bleibe bestritten. Es werde bestritten, dass dieser ortsüblich, angemessen und baubetrieblich zulässig sei. Soweit die Klägerin den Schadensersatzanspruch in Form des negativen Interesses hilfsweise auf die vergeblichen Kalkulationskosten hinsichtlich der Beteiligung an der ursprünglichen Ausschreibung stütze, sei dieser Vortrag als verspätet zurückzuweisen. Die Klägerin habe ihren Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses in der ersten Instanz ausdrücklich auf die Kalkulationskosten für die Neuausschreibung gestützt. Es werde bestritten, dass die Kalkulationskosten für das erste Angebot 0,3 % der Auftragssumme betragen hätten.

Auf die Berufungserwiderung der Beklagten hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 20.05.2010 ergänzend wie folgt vorgetragen:

Zu der von der Beklagten geltend gemachten Verbindlichkeit der von den Vertretern des Kreises am 23.03.2007 angeblich getätigten Äußerungen weist die Klägerin darauf hin, dass sich bei Richtigkeit dieses Vortrags der Kreis widersprüchlich und wortbrüchig verhalten hätte, was insbesondere deshalb bemerkenswert sei, weil an dem Gespräch vom 23.03.2007 u.a. eine Frau T. teilgenommen habe, die sodann auch für das Schreiben vom 14.01.2008 verantwortlich gezeichnet habe. Die Sachbearbeiterin T. möge als Zeugin dazu befragt werden, ob sie sich mit dem Schreiben vom 14.01.2007 ohne weitere Veranlassung und damit für die Beklagte überraschend über eine am 23.03.2007 in Aussicht gestellte Genehmigungsfreiheit hinweg gesetzt habe oder ob – so der Vortrag der Klägerin – das Gegenteil der Fall sei. Vielmehr ergebe sich schon aus dem Inhalt des Monierungsschreibens vom 14.01.2008, dass dem abwasserrechtlichen Antrag der Beklagten vom 29.08.2007 eine unzureichende oder von der vorangegangenen Besprechung abweichende Planung zugrunde gelegen habe, was sich die Beklagte zurechnen lassen müsse. Im Übrigen habe die Beklagte keinerlei Initiative ergriffen, die nach ihrer Behauptung absprachewidrige Versagung der Genehmigung zu verhindern und so etwaig erforderlich gewordene Umplanungen selbst verschuldet.

Die von der Beklagten nun vorgetragene Sorge um überhöhte Nachtragsforderungen des Bieters aufgrund von abwasserrechtlich bedingten Leistungsänderungen sei unbegründet gewesen. Auch bei vor Zuschlagserteilung erkennbar werdenden Leistungsänderungen erfolge eine Anpassung der Vergütung strikt anhand der bezugschlagten Vertragspreise und dem sich hieraus ergebenden Vertragspreisniveau.

Zu § 252 BGB weist die Klägerin darauf hin, dass sie diese Norm nicht zum Beleg der haftungsbegründenden Kausalität heranziehe. Der Haftungsgrund liege in der

vergaberechtswidrigen Verfahrensaufhebung und Nichtbezuschlagung des klägerischen Angebots. Für die haftungsausfüllende Kausalität sei allein entscheidend, dass der Klägerin mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des § 252 BGB bei rechtmäßigem Verhalten der Beklagten der Zuschlag auf das ursprüngliche Angebot erteilt worden wäre. Ein Rückgriff auf die allgemeine vergaberechtliche Rechtsprechung zu Sekundäransprüchen bei Angebotsübergehung sei zur Bewertung dieser haftungsausfüllenden Kausalität weder zwingend noch im vorliegenden Fall passend. Die nach Auffassung der Klägerin ohnehin deutlich zu restriktiv ausfallende Rechtsprechung, nach der Schadensersatz nur bei einer "zwingenden" Beauftragung in Betracht komme, betreffe die Regelfälle, in denen eine Vergabeentscheidung kaum verlässlich prognostizierbar sei. Genau hierin unterscheide sich der vorliegende Fall aber von der allgemeinen Rechtsprechung: Aufgrund der erheblichen Zwangssituation, in der sich die Beklagte befunden habe, hätte diese sich letztendlich dem Druck der Bezirksregierung Köln gebeugt und die Klägerin bezuschlagt, wenn sich für sie nicht die ersichtlich rechtswidrige Flucht in die Verfahrensaufhebung angeboten hätte.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 28.05.2010 hat der Senat dargelegt, dass die Höhe des mit dem Hauptantrag geltend gemachten Schadensersatzes nicht hinreichend substantiiert sein dürfte und dass es insoweit eines Hinweises durch den Senat gemäß § 139 ZPO nicht bedurft habe. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat hierzu erklärt, dass von der Vorlage der Urkalkulation bewusst abgesehen worden sei. Insofern seien Geschäftsgeheimnisse der Klägerin berührt. Die Klägerin habe kein Interesse gehabt, ungefragt die Kalkulation vorzulegen. 40

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 08.06.2010 hat die Klägerin die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt und dem Senat als Anlage G 1 die Urkalkulation nebst "Herstellkosten- und Angebotsübersicht" zu ihrem ursprünglichen Hauptangebot vorgelegt. Hieraus ergebe sich, dass die Klägerin neben den übrigen Zuschlägen im Rahmen der Urkalkulation den für die gegenständliche Maßnahme zu erwartenden Gewinnanteil mit 9 % baubetrieblich zutreffend und schlüssig angesetzt habe. Eine Ablichtung der Anlage G 1 für die Gegenseite hat die Klägerin nicht eingereicht und zudem ausdrücklich darum gebeten, wegen der von der Klägerin in Anspruch genommenen Geheimhaltungsinteressen von einer Übermittlung der Daten an die Beklagte abzusehen. Aus dem gleichen Grund hat sie die in der Urkalkulation ausgewiesene Berechnung der Einzelkosten der Teilleistung ("EKT"), bestehend aus Lohn, Material, Geräte, Transport, Fremdleistung und sonstigen Kosten nicht monetär benannt. Im Einzelnen wird wegen des Vorbringens der Klägerin zum entgangenen Gewinn in Höhe eines mit 9 % kalkulierten Gewinnzuschlag auf die Ausführungen in ihrem Schriftsatz vom 08.06.2010 Bezug genommen. 41

Ferner vertritt die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 08.06.2010 die Auffassung, sie habe bereits erstinstanzlich ihren entgangenen Gewinn hinreichend dargelegt, indem sie vorgetragen habe, dass in der Urkalkulation ein Gewinnanteil von 9 % verpreist gewesen sei, und diesen Vortrag unter Sachverständigenbeweis gestellt habe. Im Zuge einer entsprechenden Beweiserhebung hätte die Klägerin die erstinstanzlich in Bezug genommene Urkalkulation offenbart und dem Sachverständigen zugänglich gemacht. Zu weiteren Angaben hinsichtlich des Inhalts der klägerischen Urkalkulation habe sie sich aufgrund der bereits in der mündlichen Verhandlung erörterten Geheimhaltungsinteressen nicht veranlasst gesehen. 42

Aber selbst wenn eine gehörige Substantiierung des Sachvortrags zur Anspruchshöhe erstinstanzlich noch nicht erfolgt gewesen sein sollte, dürfe die Klage nicht aus diesem Grund ohne Hinweis abgewiesen werden. Der Klägerin hätte bereits in erster Instanz ein 43

richterlicher Hinweis erteilt werden müssen, sofern das Landgericht weiteren Vortrag für erforderlich gehalten hätte. Die Klägerin habe es namentlich im Sinne des § 139 Abs. 2 ZPO erkennbar für unerheblich gehalten, weitere Angaben zur Höhe des entgangenen Gewinns zu machen. Sodann habe es aber in jedem Fall dem Senat obliegen, die Klägerin zwecks Vermeidung einer Überraschungsentscheidung auf die aus seiner Sicht fehlende Substantiierung zur Anspruchshöhe hinzuweisen. Soweit sich das Gericht erster Instanz zur Anspruchshöhe gar nicht weiter geäußert habe, habe die Klägerin im vorliegenden Berufungsverfahren zu Recht annehmen können, dass das Klagebegehren jedenfalls nicht an der Substantiierung der Anspruchshöhe scheitern werde. Gerade dann, wenn eine Partei erkennbar von der Schlüssigkeit eines erstinstanzlichen Vortrags ausgehe, müsse das Berufungsgericht einen Hinweis erteilen, soweit es den betreffenden Aspekt nunmehr für entscheidungserheblich halte und insoweit anders beurteile, als dies offensichtlich bei der betroffenen Partei der Fall sei. Der überraschende Charakter einer Klageabweisung wegen mangelnder Substantiierung der Anspruchshöhe ergebe sich im Übrigen auch aus dem Umstand, dass die Parteien erkennbar ihr Hauptaugenmerk im bisherigen Verfahren auf den komplexen Sachvortrag und die rechtliche Würdigung zum Anspruchsgrund gerichtet hätten. Soweit das in der mündlichen Verhandlung erörterte Rechtsvotum als richterlicher Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO zu werten sei, sei dieser nicht rechtzeitig erfolgt, da eine sofortige Erklärung der Klägerin hierzu im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht möglich gewesen sei und auch nicht habe erwartet werden können. Dieser Umstand erfordere die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 ZPO.

II. 44

Die zulässige Berufung hat weder mit dem Hauptantrag noch mit dem im Berufungsrechtszug erhobenen Hilfsantrag Erfolg. 45

1. 46

Der erst im Berufungsrechtszug erhobene Hilfsantrag ist nicht zulässig. 47

Soweit die Klägerin mit ihrem erst in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfsantrag die Kalkulationskosten des ersten Ausschreibungsverfahrens als negatives Interesse geltend macht, liegt eine nachträgliche Klagehäufung vor, auf die § 263 ZPO entsprechende Anwendung findet. Die Beklagte verfolgt mit dem Hilfsantrag einen anderen Gegenstand hat als mit dem erstinstanzlich ausschließlich geltend gemachten Hauptantrag, der auf den Ersatz des positiven Interesses, u.a. in Gestalt der Kalkulationskosten für das zweite Ausschreibungsverfahren gerichtet ist. Die Zulässigkeit dieses Hilfsantrags richtet sich deshalb nach § 533 ZPO. Die Beklagte hat der Klageerweiterung ausdrücklich widersprochen. Ob Sachdienlichkeit im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO anzunehmen ist, kann dahin stehen, da jedenfalls die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. 48

Die Klägerin hat erstmals in der Berufungsinstanz zu den Kalkulationskosten für das erste Ausschreibungsverfahren vorgetragen, die Beklagte hat die von der Klägerin behauptete Höhe der Kalkulationskosten bestritten. Es handelt sich damit nicht um Tatsachen, die gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO ohnehin der Entscheidung über die Berufung zugrunde zu legen sind. Ein Fall des § 531 Abs. 2 ZPO ist nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin den Hilfsantrag nicht bereits in erster Instanz hätte stellen und die diesbezüglichen Tatsachen vortragen können. Soweit sie geltend macht, das erstinstanzliche Gericht habe sie auf die Möglichkeit der Geltendmachung des negativen Interesses hinweisen müssen, kann sie hiermit keinen Erfolg haben. Die Klägerin hat nicht etwa die Möglichkeit der Geltendmachung des negativen Interesses übersehen, sondern sich bewusst dafür 49

entschieden, dass positive Interesse zu fordern (vgl. S. 5 unten f. der Klageschrift, Bl. 5 f. GA). Im Übrigen darf das Gericht auf die Änderung von Anträgen nur hinwirken, wenn sie sich im Rahmen des Prozessbegehrens der Partei halten (Greger in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 139 Rz. 15), was hier hinsichtlich der Geltendmachung des negativen Interesses gerade nicht der Fall gewesen wäre.

2. 50

Der Hauptantrag, mit dem die die Klägerin Ersatz des ihr durch die Nichterteilung des Zuschlags im ursprünglichen Ausschreibungsverfahrens entgangenen Gewinns sowie Ersatz der Kosten für die Teilnahme am zweiten Ausschreibungsverfahren begehrt, ist unbegründet. 51

Der Klägerin steht kein Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz des sog. positiven Interesses zu. Zwar hat die Beklagte sich vergaberechtswidrig verhalten, da die Aufhebung des ersten Ausschreibungsverfahrens nicht rechtmäßig war. Ob die Klägerin bei ordnungsgemäßer Fortführung des ersten Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag erhalten hätte, kann indes dahin stehen, da die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich hinreichend substantiiert dargetan hat, dass ihr der geltend gemachte Schaden entstanden ist. 52

a) 53

Die Beklagte hat durch die Aufhebung des ursprünglichen Ausschreibungsverfahrens ihre vergaberechtlichen Pflichten verletzt und dadurch eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begangen. 54

Durch die Ausschreibung nach VOB/A und die Beteiligung von Bietern werden vertragliche Vorverhandlungen und damit auch ein Vertrauenstatbestand begründet, der gegenseitige Aufklärungs-, Schutz- und Erhaltungspflichten beinhaltet. Zu den vorvertraglichen Obliegenheiten des Auftraggebers zählt insbesondere die Beachtung der formellen und materiellen Vergabevorschriften, wobei hier anwendbar sind die §§ 22 – 25 VOB/A 2006. Kann dem Auftraggeber dabei eine schuldhafte Missachtung vorgeworfen werden, hat der Bieter grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz (Dähne in: Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A 2006, Rz. 114 m.w.N). 55

Eine Ausschreibung kann rechtmäßig nur aus den in § 26 VOB/A 2006 genannten Gründen aufgehoben werden. Zwar trifft den Auftraggeber auch im Übrigen kein Kontrahierungszwang, jedoch macht er sich bei der Aufhebung der Ausschreibung aus anderen Gründen als den in § 26 VOB/A angeführten schadensersatzpflichtig gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Portz in: Ingenstau/Korbion, § 26 VOB/A 2006, Rz. 4). 56

Vorliegend kam als Aufhebungsgrund nur § 26 Nr. 1 b) VOB/A 2006 in Betracht, wonach die Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen. Dieser Aufhebungsgrund kann nur auf Tatsachen gestützt werden, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung (Fahrlässigkeit) beruhte. Dies folgt vor allem aus dem in § 16 Nr. 1 VOB/A 2006 genannten Grundsatz, wonach der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn alle Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Ausschreibung und Vergabe gegeben sind. Nachträgliche Änderungen der Verdingungsunterlagen können nur dann zu einer rechtmäßigen Aufhebung führen, wenn vor der Ausschreibung alle Vergabeunterlagen fertig gestellt waren. Ferner muss es sich um eine grundlegende Änderung der 57

Verdingungsunterlagen handeln, d.h. die Durchführung des Auftrags muss wegen einer im Nachhinein aufgetretenen Schwierigkeit nicht mehr möglich oder für den Auftraggeber und/oder Unternehmer mit unzumutbaren und/oder rechtswidrigen Bedingungen verbunden sein. Im Rahmen des noch Zumutbaren liegende Änderungen einzelner Positionen oder – geringfügige – zusätzliche Leistungen reichen hierfür nicht aus. Eine grundlegende Änderung ist dann anzunehmen, wenn eine nicht voraussehbare und ganz entscheidende Abänderung der bisherigen Absicht zur Leistungserbringung notwendig würde. Entscheidend für die grundlegende Änderung der Verdingungsunterlagen ist, dass eine Korrektur und damit verbunden eine Anpassung der Angebote gerade nicht mehr in Betracht kommt, wobei zu berücksichtigen ist, dass nach der Wertung der §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 5 und 6 VOB/B es dem Auftraggeber ausdrücklich überlassen bleibt, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen (vgl. im Einzelnen Portz in: Ingenstau/Korbion, § 26 VOB/A 2006, Rz. 33 ff. m.w.N.).

aa) 58

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Versagung der wasserrechtlichen Genehmigung für sie unvorhersehbar gewesen sei. 59

Dass für die Durchführung des Bauvorhabens eine wasserrechtliche Erlaubnis auch nach der Vorstellung der Beklagten erforderlich war, ergibt sich schon daraus, dass sie nach eigenem Vorbringen am 29.08.2007 beim Kreis I. einen Antrag auf Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis gestellt hat. Bis zur Veröffentlichung der Ausschreibung am 08.10.2007 war diese Erlaubnis unstreitig nicht erteilt. Der Auftraggeber trägt für die Erteilung der notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen grundsätzlich das alleinige Risiko (Portz/Schrammer in: Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/A, Rz. 15 f.). Soweit die Beklagte sich darauf beruft, der Kreis I. habe ihr die Erteilung der erforderlichen wasserrechtlichen Erlaubnis verbindlich zugesichert, kann sie hiermit keinen Erfolg haben. Eine verbindliche Zusicherung im Sinne des § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG scheidet schon deshalb aus, weil eine solche Zusicherung schriftlich erfolgen muss. Die Beklagte hat indes kein vom Kreis I. stammendes Schriftstück vorgelegt, sondern lediglich einen Vermerk des sie beratenden Ingenieurbüros. 60

Die Beklagte kann ferner auch nicht geltend machen, sie habe sich aufgrund der Besprechung vom 23.03.2007 auf die Erteilung der Erlaubnis verlassen dürfen. Die Beklagte stützt sich für das Ergebnis der Besprechung mit den Vertretern des Kreises I. auf den Vermerk des Ingenieurbüros C. vom 23.03.2007. In diesem Vermerk ist jedoch nur von dem Anschluss der Straßenflächen und der auf die Straße entwässernden Dachfallrohre an den Regenwasser (Bach-)Kanal die Rede. Insoweit sollen nach dem Inhalt des Vermerks seitens des Kreises keine Bedenken bestanden haben und Genehmigungen nicht erforderlich gewesen sein. In dem Schreiben des Kreises I. vom 14.01.2008, das die Ablehnung des Erlaubnisantrags in Aussicht stellte, wurde als wesentliches Hindernis für die Erlaubniserteilung hingegen angeführt, dass sich in dem Bereich der D. Flächen mit landwirtschaftlichen Betrieben befänden und die Einleitung von Niederschlagswasser dieser Flächen ohne vorherige Behandlung nicht zugelassen werden könne. Aus dem Vermerk des Ingenieurbüros C. vom 23.03.2007 ergibt sich nicht, dass die Einleitung dieser Niederschlagswässer überhaupt Gegenstand der Besprechung vom 23.03.2007 gewesen ist, erst recht nicht, dass die Vertreter des Kreises I. insoweit keine Bedenken geäußert hätten. Demnach hatte die Beklagte für die hier in erster Linie in Rede stehenden Abwässer keine Grundlage für ein schutzwürdiges Vertrauen. Vielmehr könnte – da im Hinblick auf die Niederschlagswässer von den Straßenflächen in dem Vermerk ein Genehmigungsbedürftigkeit verneint wird – aus dem Umstand, dass die Beklagte tatsächlich einen wasserrechtlichen Erlaubnisantrag gestellt hat, zu schließen sein, dass die Beklagte 61

selbst davon ausging, dass es in wasserrechtlicher Hinsicht noch klärungsbedürftige Punkte gab. In diesem Falle aber konnte die Beklagte eine Aufhebung der in Kenntnis der noch ausstehenden Erteilung einer erforderlichen Erlaubnis erfolgten Ausschreibung nicht gemäß § 26 Nr. 1 b VOB/A, 2006 auf die nachträgliche Nichterteilung dieser Erlaubnis stützen. Da der Auftraggeber für das Vorliegen einer rechtmäßigen und daher nicht zum Schadensersatz führenden Aufhebung der Ausschreibung die Darlegungs- und Beweislast trägt (Portz in : Ingenstau/Korbion, § 26 VOB/A 2006 Rz. 11) und die Beklagte die Rechtmäßigkeit der Aufhebung aus den vorgenannten Gründen nicht schlüssig dargetan hat, ist davon auszugehen, dass die Aufhebung der ersten Ausschreibung nicht durch § 26 Nr. 1 b VOB/A 2006 gedeckt war. Ergänzend wird für die Unschlüssigkeit des Beklagtenvortrags auf die von der Klägerin mit Schriftsatz vom 20.05.2010 angeführten Umstände Bezug genommen.

bb) 62

Darüber hinaus hat der Senat Bedenken, ob bei den für die zweite Ausschreibung vorgenommenen Änderungen der Leistungsbeschreibung von einer grundlegenden Änderung im Sinne des § 26 Nr. 1 b VOB/A gesprochen werden kann. 63

Unstreitig ist eine Umplanung dergestalt vorgenommen worden, dass die Niederschlagswässer nicht wie ursprünglich vorgesehen in den S., sondern statt dessen in den entsprechend größer zu dimensionierenden Mischwasserkanal eingeführt werden sollten. Zwischen den Parteien ist ferner unstreitig, dass die Änderung in der Aufstellung der Beklagten auf S. 9 ff. ihrer Klageerwidern (Bl. 52 ff. GA) zutreffend dargestellt sind. Soweit sich danach lediglich zu vorhandenen Positionen Mengen vermehrt oder vermindert haben, dürfte dies ohne weiteres über Nachträge im Sinne des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B zu regeln gewesen sein. Nur soweit darüber hinaus Positionen entfallen bzw. neue Positionen hinzu gekommen sind, stellt sich die Frage, ob hierdurch eine grundlegende Änderung im Sinne des § 26 Nr. 1 b) VOB/A eingetreten ist. Auch insoweit fehlt es an konkretem Sachvortrag der Beklagten, die sich erst- wie zweitinstanzlich darauf beschränkt hat, die Unmöglichkeit der Anpassung der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung zu behaupten. Es bestand jedoch kein Anlass, der Beklagten eine Ergänzung ihres Sachvortrags aufzugeben, da es auf die Frage einer grundlegenden Änderungen nach den Ausführungen unter aa) nicht mehr entscheidend ankommt. 64

b) 65

Grundsätzlich ist bei einer Verletzung von vorvertraglichen Pflichten im Sinne der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB der Schadensersatz auf den Ersatz des Vertrauensschadens oder negativen Interesses beschränkt, d.h. der Berechtigte ist so zu stellen, als habe er am Ausschreibungsverfahren nicht teilgenommen und alle hierdurch veranlassten Aufwendungen erspart. In Ausnahmefällen kann aber das Erfüllungsinteresse Maßstab für die Schadensberechnung sein. Danach ist der Geschädigte so zu stellen, als habe er den Auftrag erhalten und erfolgreich, also mit Gewinn, zu Ende geführt. Dies beruht auf dem Gedanken, dass der öffentliche Auftraggeber mit den VOB/A und deren Veröffentlichung eine gewisse Selbstbindung geschaffen hat. Dies begründet bei den Bietern ein festes Vertrauen darauf, dass sie korrekt eingehalten wird und dass das wirtschaftlichste Angebot zwangsläufig zum Zuge kommt. Eine Zuerkennung des Erfüllungsinteresses ist jedoch nach allgemeiner Auffassung von folgenden Voraussetzungen abhängig (vgl. hierzu Dähne in: Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., Rz. 121 ff. m.w.N.): 66

- Der übergangene Bieter muss darlegen und beweisen, dass er bei ordnungsgemäßer Durchführung der Vergabe den Zuschlag erhalten hätte.
- Wegen der Schwierigkeiten, dies nachzuweisen, genügt es in der Regel darzutun, dass er den Auftrag bei genauer Beachtung der VOB/A mit großer Wahrscheinlichkeit bekommen hätte.
- Der Auftraggeber darf sich nicht auf sog. rechtmäßiges Alternativerhalten, d.h. das Vorliegen eines anderen Ausschluss- oder Aufhebungsgrundes berufen können.

Soweit die Klägerin meint, die vorgenannten Grundsätze passten auf den hier zu entscheidenden Fall nicht und dürften deshalb keine Anwendung finden, erschließt sich diese Argumentation nicht, denn entscheidungserheblich ist vorliegend gerade die Frage, ob der Klägerin durch ein fehlerhaftes vergaberechtliches Verfahren der Zuschlag entgangen bzw. vorenthalten worden ist. 68

Da – wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt – nicht dargetan ist, dass das Hauptangebot der Klägerin wirtschaftlicher war als beide Nebenangebote, hätte die Klägerin den Zuschlag nur dann erhalten müssen, wenn ihr Nebenangebot wirtschaftlicher war als dasjenige der Fa. E.. Bei der Wertung, welches Angebot sich zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung als das wirtschaftlichste darstellt, sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die in § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A 2006 genannten Aspekte. Der niedrigste Angebotspreis ist gemäß § 25 Nr. 5 Abs. 3 S. 3 VOB/A 2006 allein nicht entscheidend. 69

Die Klägerin hat sich zur Begründung ihrer Auffassung, dass ihr Nebenangebot das wirtschaftlich günstigere gewesen sei, darauf berufen, dass ihre Einheitspreise gemäß Hauptangebot günstiger gewesen seien als diejenigen der Konkurrentin und dass diese Einheitspreise – was rechtlich zutreffend ist (vgl. Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B, Rz. 294; Keldungs in: Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 7 VOB/B, Rz. 27 f.) – auch bei einer Beauftragung nach dem Nebenangebot jedenfalls im Hinblick auf Nachträge eine Rolle gespielt hätten. Damit hat die Klägerin zumindest einen Gesichtspunkt vorgetragen, der ihr Nebenangebot wirtschaftlicher erscheinen lässt als das Nebenangebot der Fa. E.. Die Beklagte hat dem Vorbringen der Klägerin nur entgegen gehalten, niedrigere Einheitspreise der Klägerin in einigen Positionen würden durch höhere Einheitspreise an anderer Stelle ausgeglichen. Dieser Vortrag ist indes nicht nur völlig unsubstantiiert, sondern vermag auch in der Gedankenführung nicht zu überzeugen. Da nämlich bei den auf Einheitspreisen basierenden Hauptangeboten das Angebot der Fa. E. höher lag als dasjenige der Klägerin, spricht aus Sicht des Senats alles dafür, dass für das hier in Rede stehende Bauvorhaben jedenfalls in der Gesamtschau die Einheitspreise der Klägerin günstiger waren und sich dies entsprechend auch bei Nachträgen ausgewirkt hätte. Zu sonstigen Gesichtspunkten, die gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A für die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eine Rolle spielen können, hat sich die Beklagte ebenfalls nicht geäußert. Zwar trägt grundsätzlich der Bieter die Beweislast dafür, dass ihm ohne die Pflichtverletzung des Auftraggebers der Zuschlag erteilt worden wäre. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Klägerin die Einzelheiten des Angebots der Fa. E. nicht kennt und deshalb nicht in der Lage ist, zum Wirtschaftlichkeitsvergleich substantiiert vorzutragen. Die Beklagte hätte daher im Sinne einer sekundären Darlegungslast vortragen müssen, woraus sich – von der allein nicht ausreichenden Preisgleichheit abgesehen – die von ihr behauptete wirtschaftliche Gleichwertigkeit der beiden Nebenangebote ergibt (für die Annahme sogar einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in einem vergleichbaren Fall siehe OLG Schleswig, Urteil vom 06.11.2001 – 6 U 50/01 –, zitiert nach Juris). Soweit die Beklagte vorträgt, sie hätte notfalls auch entgegen dem Votum der Bezirksregierung Köln das Losverfahren durchgeführt, könnte sie sich hierauf im Sinne eines rechtmäßigen Alternativerhaltens nur dann berufen, wenn die beiden 70

Nebenangebote wirtschaftlich absolut gleichwertig waren (vgl. Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster vom 28.08.2009 – VK 11/08 –, zitiert nach Juris), was sie aber gerade nicht dargetan hat.

Auch zur Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Nebenangebote brauchte aber der Beklagten keine Gelegenheit zur Ergänzung ihres Sachvortrags gegeben werden, da unabhängig von der Frage der Gleichwertigkeit der Nebenangebote ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des positiven Interesses jedenfalls deshalb ausscheidet, weil die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich substantiiert dargetan hat, dass ihr der geltend gemachte Schaden entstanden ist. 71

c) 72

Die Klägerin hat erstinstanzlich lediglich vorgetragen, sie habe mit einem Gewinn von 9 % vom Nettoauftragswert kalkuliert und sich insoweit auf ihre Urkalkulation bezogen, die sie indes nicht vorgelegt hat. Die Kalkulationskosten für die Teilnahme an der zweiten Ausschreibung seien mit 0,3 % der Angebotssumme zu bewerten. Beide Schadenspositionen hat die Beklagte erstinstanzlich bestritten und ausdrücklich – schriftsätzlich sowie in der mündlichen Verhandlung – deren Unsubstantiiertheit gerügt. Die Klägerin ist hierauf erstinstanzlich in keiner Weise eingegangen. In ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und hierzu im Übrigen unzutreffend vorgetragen, der von ihr behauptete entgangene Gewinn in Höhe von 9 % der ursprünglichen Hauptauftragssumme sei erstinstanzlich unbestritten geblieben. Auch nachdem die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung klar gestellt hatte, dass die Schadenshöhe erstinstanzlich durchaus nicht unstreitig geblieben war, und dieses Bestreiten auch für die Berufungsinstanz ausdrücklich aufrecht erhalten hatte, hat die Klägerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung – bis auf eine zur Darlegung des entgangenen Gewinns ebenfalls unzureichende Veröffentlichung ihrer Umsatzzahlen im elektronischen Bundesanzeiger – keine weitergehenden Ausführungen zur Schadenshöhe gemacht. 73

Dieser Vortrag ist nicht geeignet, die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadens schlüssig darzulegen, und stellt insbesondere auch keine Grundlage für die von der Klägerin beantragte Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bzw. für eine – von der Klägerin zweitinstanzlich angeregte – Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO dar. 74

Der Senat war entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht gehalten, der Klägerin gemäß §§ 525, 139 Abs. 1 und 2 ZPO einen Hinweis auf den nicht hinreichenden Vortrag zur Schadenshöhe zu erteilen und ihre Gelegenheit zur Ergänzung ihres Sachvortrags zu geben. Zwar hat das erstinstanzliche Gericht – von seinem Rechtsstandpunkt nachvollziehbar – nicht auf den unzureichenden Sachvortrag zur Anspruchshöhe hingewiesen. Die Klägerin hat jedoch in ihrer Berufungsbegründung selbst deutlich gemacht, dass ihr die unzureichende Substantiierung bewusst war. Sie hat nämlich ausdrücklich ausgeführt, eine weitergehende Substantiierung zur Darlegung sei erstinstanzlich zurückgestellt worden, um zunächst eine Entscheidung dem Grunde nach abzuwarten. Wenn aber die Klägerin selbst einräumt, erstinstanzlich absichtlich nicht hinreichend konkret zu ihrem entgangenen Gewinn vorgetragen zu haben, dann hätte sie dies in der Berufungsbegründung nachholen müssen, da es Sache des Klägers ist, die geltend gemachte Forderung nach Grund und Höhe schlüssig darzulegen. Hiervon hat sie jedoch bewusst abgesehen, was der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt hat. Dies geht zu Lasten der Klägerin, weil sie den Prozess nicht mit der gebotenen Sorgfalt im Sinne des § 282 ZPO geführt hat. Es ist auch nach der 75

Neufassung des § 139 ZPO nicht Aufgabe des Gerichts, der von einer Partei geltend gemachten Forderung zur Schlüssigkeit zu verhelfen, wenn für die Partei ohne weiteres zu erkennen ist, dass ihr Vortrag den Anforderungen nicht genügt. Vielmehr ist ein Hinweis des Gerichts nicht erforderlich, wenn das Verhalten einer anwaltlich vertretenen Partei – wie hier – den Schluss zulässt, dass sich diese in Kenntnis der Sach- und Rechtslage zu einem bestimmten Punkt nicht weiter erklären will (BGH, Urteil vom 05.06.2003 – I ZR 234/00 -, zitiert nach Juris). Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung um einen Hinweis des Senats gebeten hatte, da sie dies vor dem Hintergrund des als unzureichend erkannten Sachvortrags nicht ihrer Verpflichtung zu entheben vermochte, sich vollständig und so früh wie möglich über alle entscheidungserheblichen Tatsachen zu erklären. Dementsprechend hat der Senat der Klägerin im Verhandlungstermin vom 28.05.2010 auch keinen Hinweis nach § 139 ZPO erteilt, um diese zu einer Ergänzung ihres Sachvortrags zu veranlassen, sondern lediglich im Rahmen eines Rechtsgesprächs seinen Rechtsstandpunkt dargelegt.

Eine unzulässige Überraschungsentscheidung liegt entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht vor. Abgesehen davon, dass die Klägerin – wie ausgeführt – bewusst den zur Substantiierung der Anspruchshöhe erforderlichen Vortrag zurück gehalten hat, hatte sie auch im Übrigen keinen Anlass darauf zu vertrauen, dass sie die Anspruchshöhe bereits erstinstanzlich hinreichend konkret dargelegt hatte. Allein aus dem Umstand, dass das Landgericht sich zur Darlegung der Schadenshöhe gar nicht geäußert hat, durfte sie nicht schließen, dass das erstinstanzliche Gericht die Klage insoweit als schlüssig angesehen hatte. Der Senat weicht deshalb auch nicht von der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts ab, denn dieses hatte zur Schadenshöhe gar keine Rechtsauffassung geäußert und hatte hierzu auch keinen Anlass. Insoweit unterscheidet sich der hier zu entscheidende Fall grundlegend von denjenigen Fällen, die den von der Klägerin zitierten Entscheidungen zugrunde lagen. Die Mutmaßungen der Klägerin, das Landgericht hätte die Klage an den Darlegungen zur Höhe scheitern lassen, wenn es diese für nicht hinreichend substantiiert gehalten hätte, sind rein spekulativ und nicht geeignet, ein Vertrauen auf eine entsprechende Rechtsauffassung des Landgerichts zu rechtfertigen. Ferner kann auch keine Rede davon sein, dass die Parteien kein Augenmerk auf die Schadenshöhe gelegt hätten. Dies trifft jedenfalls für die Beklagte nicht zu, die mehrmals ausdrücklich die fehlende Substantiierung zur Anspruchshöhe beanstandet hat. 76

Da es eines Hinweises an die Klägerin nicht bedurfte, besteht auch keine Verpflichtung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 ZPO. Auch eine in das freie Ermessen des Gerichts gestellte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 1 ZPO kommt nicht in Betracht, da auf den ergänzenden Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 08.06.2010 eine Entscheidung bzw. Beweisaufnahme nicht gestützt werden könnte. Die Klägerin ist nach wie vor nicht bereit, der Beklagten die Urkalkulation zu offenbaren. Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung kann aber nur sein, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist (BGH, Urteil vom 12.11.1991 – KZR 18/90 -, zitiert nach Juris; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., § 286 Rz. 6 m.w.N.). Die Ausführungen im Schriftsatz vom 08.06.2010 sind für sich allein gesehen zu wenig konkret, um der Beklagten eine Verteidigung gegen das Vorbringen der Klägerin zu erlauben. Wenn der Senat auf der Grundlage der der Beklagten unbekannten Urkalkulation eine Schadensschätzung im Sinne des § 287 ZPO stützen oder diese einem Sachverständigen zwecks Begutachtung überlassen würde, wäre dies ein eklatanter Verstoß gegen den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör. Im Übrigen ist die vorgelegte Urkalkulation auch in der Sache nicht geeignet, den der Klägerin ggf. entgangenen Gewinn zu konkretisieren. Die Urkalkulation bezieht sich nämlich auf das ursprüngliche Hauptangebot 77

der Klägerin. Da – wie ausgeführt – nicht hinreichend dargetan ist, dass das Hauptangebot der Klägerin wirtschaftlicher war als die beiden streitgegenständlichen Nebenangebote, kann ein Zuschlag auf das Hauptangebot bei unterstelltem ordnungsgemäßen Fortgang des Vergabeverfahrens nicht als überwiegend wahrscheinlich angenommen werden. Ob und in welcher Weise der in der Urkalkulation für das Hauptangebot angesetzte Gewinnanteil auch für einen etwaigen Zuschlag auf das Nebenangebot der Klägerin Gültigkeit hat, ist nicht dargetan.

III.	78
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 711 ZPO.	79
IV.	80
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes ab, noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.	81
Streitwert für das Berufungsverfahren : 217.813,00 EUR	82