



**Einwurf-Einschreiben**

Staatliches Baumanagement [REDACTED]

z. Hd. [REDACTED] Leitung [REDACTED]

**Vorab per E-Mail: poststelle** [REDACTED]

Aktenzeichen: [REDACTED]

Sachbearbeiter/in: Knut Schreiber  
E-Mail: schreiber@lhr-law.de  
Ihr Zeichen:

Köln, 2. September 2022

Sehr geehrte [REDACTED]

in vorbezeichneter Angelegenheit teilen wir mit, dass wir die [REDACTED] GmbH Fenster und Türenwerk, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED], [REDACTED] anwaltlich vertreten. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

Unsere Mandantin hat uns gebeten, uns in folgender Angelegenheit an Sie zu wenden.

**I. Sachverhalt**

1.

Unsere Mandantin ist Herstellerin von Fenstern und Türen aus Holz, Holz-Aluminium und Kunststoff.

Sie hat sich am 10. Juni 2020 um 11:48:21 Uhr (Eingang auf dem Server) unter der Abgabe-ID [REDACTED] und somit vor dem Ablauf der Abgabefrist (11. Juni 2020, 10:00 Uhr) ordnungsgemäß auf ein von Ihnen öffentlich ausgeschriebenes Projekt beworben bzw. für dieses Projekt geboten.

Es handelt sich um folgendes von Ihnen ausgeschriebene Projekt:

**Arno Lampmann**  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

**Dr. Niklas Haberkamm**  
LL.M.oec.

**Birgit Rosenbaum II**  
Fachanwältin für gewerblichen Rechtsschutz

**Thomas Herro LL.M.**  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

**Anastasia Baumann**

**Andreas Biesterfeld-Kuhn**  
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

**Karolin Fausak LL.M.**

**Janine Gerleve**

**Nina Piazzolo**

**Evgeny Pustovalov**  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

**Knut Schreiber LL.M.**  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

**Dominik Wolsing LL.M.**

LHR Rechtsanwälte –  
Lampmann Haberkamm  
Rosenbaum & Partner mbB

Stadtwaldgürtel 81-83  
50935 Köln

TEL 0221-27 16 733-0  
FAX 0221-27 16 733-33

INFO@LHR-LAW.DE

Partnerschaftsregister  
AG Essen Nr. 5004  
USt-IdNr.: DE346633505

Bankverbindung:  
Sparkasse KölnBonn  
BIC COLSDE33XXX  
IBAN DE86 3705 0198 1936 0333 13

Liegenschaft: [REDACTED]  
Maßnahme: [REDACTED] Ern./Instandsetzungsarb.  
Maßnahmen-Nr.: [REDACTED]  
Vergabe-Nr.: [REDACTED]  
Leistung: Tischlerarbeiten Gebäude [REDACTED]

Unsere Mandantin hat dabei die Formblätter 213, 221 sowie 248 ordnungsgemäß ausgefüllt und mit der Bewerbung für das Projekt an Sie übermittelt.

## 2.

In der Folge erhielt jedoch nicht unsere Mandantin den Zuschlag für die Durchführung des Projekts, sondern die Tischlerei [REDACTED] GmbH. Unsere Mandantin war laut Submissionsergebnis knapp an zweiter Stelle gelandet und wäre somit ausgewählt worden, wenn man das Angebot der Tischlerei [REDACTED] GmbH unberücksichtigt lässt.

Das Angebot der Tischlerei [REDACTED] GmbH war im Übrigen zwar preislich knapp günstiger als das Angebot unserer Mandantin, allerdings ist festzustellen, dass die Tischlerei [REDACTED] GmbH – im Gegensatz zu unserer Mandantin – selbst nicht eigenständig das für diesen Auftrag benötigte FSC- oder PEFC-zertifizierte Holz bereitstellen kann, sondern sie beabsichtigte lediglich, dieses Holz von einem anderen Unternehmen, der [REDACTED] GmbH & Co. KG, zu erwerben.

Das Unternehmen Tischlerei [REDACTED] GmbH gab auf dem Formblatt 248 zur Bewerbung für das Projekt an der hier streitgegenständlichen Baumaßnahme explizit an, keine eigenen Holzprodukte zu verwenden, welche nach FSC und/oder PEFC zertifiziert sind. Vielmehr gab der Bewerber/Bieter an, er werde alle für die Leistung benötigten Holzprodukte/Holzbauteile von einem FSC- oder PEFC-zertifizierten Unternehmen direkt für diesen Auftrag erwerben und als Nachweis der Bauüberwachung den Lieferschein mit mindestens folgenden Angaben vorlegen: Baumaßnahme, FSC- und/oder PEFC-Aussage zu den Holzprodukten/Holzbauteilen, Zertifizierungsnummer des Verkäufers, Lieferdatum, Art und Menge der Holzprodukte/Holzbauteile.

Grundsätzlich ist es nach dem sogenannten Gemeinsamen Leitfaden zum Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22. Dezember 2010 (“Beschaffungserlass für Holzprodukte“) der am Erlass beteiligten Bundesministerien zwar möglich, vor Zuschlagerteilung lediglich im Formblatt 248 anzugeben, dass man den Nachhaltigkeitsnachweis per sogenanntem „Einzelnachweis“ führen möchte, wenn das Unternehmen nicht selbst zertifiziert ist. Dieser Nachweis ist sodann erst bis zum Einbau der Holzprodukte zu führen.

Wenn die Prüfung des Einzelnachweises jedoch durch die Bauüberwachung erfolgen soll, ist dieses Vorgehen nur bei sogenannten „einfachen Fällen“ möglich.

Bei „einfachen Fällen“ handelt es sich ausschließlich um fertigkonfektionierte Holzfertigprodukte, die nur noch montiert und aufgestellt werden. Dies können auch Bau-Fertigprodukte wie vorgefertigte Fenster sein, welche ein Bieter von einem zertifizierten Betrieb

erhält und diese lediglich einbaut, sowie Möbel, Parkbänke, Palisaden für Uferbefestigung, Parkettboden ohne Unterkonstruktion, Vertäfelungen.

Bei selbst hergestellten, verarbeiteten und bearbeiteten Fenstern handelt es sich im Umkehrschluss jedoch zweifellos nicht mehr um einen „einfachen Fall“. Die Tischlerei [REDACTED] GmbH hat die Fenster selbst hergestellt. Die Prüfung des Einzelnachweises hätte somit nach dem Beschaffungserlass für Holzprodukte zwingend durch die folgenden Einrichtungen vorgenommen werden müssen:

- Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige der Handwerkskammer (Sachgebiete Tischler und Zimmerer) sowie der Industrie- und Handelskammer (Sachgebiete Holz und Holzbau);
- Akkreditierte Zertifizierungsorganisationen, die hinsichtlich Zertifizierung der nachhaltigen Waldbewirtschaftung und Produktkette akkreditiert sind

Sie haben die Tischlerei [REDACTED] GmbH jedoch weder auf die Tatsache hingewiesen, dass die Prüfung des Einzelnachweises gar nicht durch die Bauaufsicht erfolgen durfte, noch haben Sie überhaupt nach dem Zuschlag an die Tischlerei [REDACTED] GmbH diese zur Vorlage des (geprüften) Einzelnachweises aufgefordert bzw. Fristen gesetzt. Sie haben die Tischlerei [REDACTED] GmbH vielmehr einfach gewähren lassen.

Dies stellte auf unsere Anfrage hin auch die zuständige Fachaufsicht, das [REDACTED] mit Schreiben vom 14.06.2022 fest:

*„Die Tischlerei [REDACTED] GmbH erwarb das entsprechende Holz bei der [REDACTED] GmbH & Co. KG. Es wurde jedoch im Lieferschein entgegen der Angabe auf dem Formblatt 248 versäumt, die Baumaßnahmenbezeichnung mitaufzunehmen bzw. dieses Versäumnis seitens der Vergabestelle aufzuklären. Des Weiteren fehlte die FSC oder PEFC zu den Holzprodukten. Nach internen Recherchen ist festgestellt worden, dass die Bestellung des Holzes fernmündlich erfolgte mit dem Hinweis auf zertifiziertes Holz. Da es sich hierbei um Fichte handelt und der [REDACTED] GmbH diese Holzart nur als zertifiziertes Holz führt (lt. Aussage des Lieferanten), ist dieser Sachverhalt nicht zusätzlich schriftlich vermerkt worden.“*

Es stellt einen schuldhaften Verstoß gegen Vergaberechtsbestimmungen dar, dass Sie von der Tischlerei [REDACTED] GmbH den geprüften Einzelnachweis nicht angefordert haben und die Tischlerei [REDACTED] GmbH angesichts der Nicht-Vorlage des Einzelnachweises nicht von der Vergabe ausschlossen.

Denn trotz des Vorgesagten erhielt und behält (!) die Tischlerei [REDACTED] GmbH den Zuschlag für das Projekt und unsere Mandantin, als „zweitgünstigste Bieterin“, ging leer aus, obwohl sie als einziges der fünf bietenden Unternehmen über ein anerkanntes forstliches Chain-of-Custody (CoC) Zertifikat verfügt.

## **II. Rechtliche Würdigung**

Unserer Mandantin steht aufgrund des beschriebenen Sachverhalts ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 14.853,65 EUR aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB gegen Sie zu.

Dieser weitergehende Anspruch auf Schadensersatz bleibt gem. § 181 Abs. 2 GWB unberührt.

Die Teilnahme unserer Mandantin an Ihrer öffentlichen Ausschreibung für den Auftrag unter der Vergabenummer [REDACTED] begründet ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB zwischen den Parteien, aus welchem sich die Pflicht des Auftraggebers ergibt, die Grundsätze des Vergaberechts einzuhalten (vgl. BGHZ 190, 89, 94 f. Rn. 14 ff. = NZBau 2011, 498 = ZIP 2011, 2026 – Rettungsdienstleistungen II; BGH NJW 2015, 1513 Rn. 8 – Fahrbahnerneuerung II; BGHZ 228, 15 Rn. 8 ff. = NZBau 2021, 279).

Im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses waren Sie gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen unserer Mandantin verpflichtet.

Zu dieser Rücksichtnahmepflicht gehört unter anderem Ihre Pflicht, die geltenden Vergaberechtsbestimmungen einzuhalten.

Dies ist wie aufgezeigt nicht geschehen. Sie haben zu keinem Zeitpunkt nach der Zuschlagserteilung die Tischlerei [REDACTED] GmbH aufgefordert, den Einzelnachweis, auf den das Angebot der Tischlerei [REDACTED] GmbH Bezug nahm, vorzulegen. In der Folge haben Sie sodann unterlassen, der Tischlerei [REDACTED] GmbH den Einbau der Fenster mangels Vorlage des Einzelnachweises zu untersagen und unserer Mandantin den Zuschlag zu erteilen.

Das positive Interesse auf den entgangenen Gewinn des übergangenen Bieters kann regelmäßig dann verlangt werden, wenn der übergangene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich an einen Dritten erteilt worden ist (vgl. BGH, Ur. v. 23. November 2021 – XIII ZR 20/19; sowie Ur. v. 20. März 2014 – X ZB 18/13).

Vorliegend war die Vergabe des Auftrags an die Tischlerei [REDACTED] GmbH unrechtmäßig. Spätestens infolge der Nicht-Vorlage des Einzelnachweises hätte die Tischlerei [REDACTED] GmbH aus der Auftragsvergabe ausscheiden müssen. Unsere Mandantin war sodann die (mit Abstand) höchste weitere Bieterin, die auch noch als einziges der bietenden Unternehmen über ein anerkanntes forstliches Chain-of-Custody (CoC) Zertifikat verfügte, und hätte dementsprechend (nachträglich) den Zuschlag erhalten müssen. Somit ist der ihr entstandene Schaden auch in Bezug auf den ihr entgangenen Gewinn von Ihnen zu ersetzen.

Unserer Mandantin steht aufgrund des Vorgesagten ein Schadensersatzanspruch in Höhe von

**14.853,65 EUR**  
**(9.685,50 Stoffkosten und 5.168,15 € Lohnkosten)**

aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB zu (vgl. Formblatt 221 der Bewerbung unserer Mandantin für das Projekt).

Darüber hinaus stellen auch die Kosten unserer Beauftragung für unsere Mandantin einen ersetzbaren Schaden dar. Die Kosten berechnen sich gemäß RVG wie folgt:

<b>Gegenstandswert: 14.853,65 €</b>	
1,3 Geschäftsgebühr §§ 13, 14 RVG, Nr. 2300 VV RVG	933,40 €
Pauschale für Post und Telekommunikation Nr. 7002 VV RVG	<u>20,00 €</u>
Zwischensumme netto	953,40 €
0 % Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG	<u>0,00 €</u>
<b>zu zahlender Betrag</b>	<b>953,40 €</b>

Dem Eingang der genannten Beträge auf unser oben angegebenes Kanzleikonto, sehen wir bis

**Montag, den 26.09.2022 (Zahlungseingang),**

unter Angabe unseres Aktenzeichens entgegen.

Sollte die Frist fruchtlos ablaufen, sieht sich unsere Mandantin gezwungen, gerichtliche Schritte einzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen



Knut Schreiber, LL.M.  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz