



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XIII ZR 9/20

Verkündet am:
13. September 2022
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Deponiekosten

VOB/A 2016 § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3, § 15 Abs. 1 Nr. 1

- a) Versteht der Bieter die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses falsch und gibt daher den deutlich höheren Preis einer Leistung an, die nach dem Leistungsverzeichnis gar nicht zu erbringen ist, enthält sein Angebot nicht den geforderten Preis, so dass es gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 auszuschließen ist.
- b) Aufklärung über die Preiskalkulation eines Nachunternehmers kann jedenfalls dann verlangt werden, wenn zu klären ist, ob das Angebot den Vorgaben im Leistungsverzeichnis entspricht.

BGH, Urteil vom 13. September 2022 - XIII ZR 9/20 - OLG Karlsruhe
LG Heidelberg

ECLI:DE:BGH:2022:130922UXIIIZR9.20.0

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. September 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Rombach

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 18. November 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht gegen die beklagte Gemeinde Schadensersatz im Zusammenhang mit der Vergabe von Bauleistungen geltend.
- 2 Die Beklagte machte 2019 eine öffentliche Ausschreibung nach Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (nachfolgend: VOB/A 2016), für Erd- und Rohbauarbeiten bekannt. Gegenstand des Leistungsverzeichnisses waren unter anderem die Aufnahme und Entsorgung von Bodenaushub in fünf Entsorgungsklassen (Positionen 2.5 bis 2.9). Vor den Positionen 2.5 ff. befand sich folgender Hinweis:

"Die Entsorgung des Aushubs erfolgt nach Beprobung der Haufwerke; der Transport zur Deponie erfolgt durch den AN, die Deponiegebühr für Aushub der Klasse Z.0 und Z.1.1 trägt der AN[,] die Deponiegebühr für Aushub der Klasse Z1.2 und Z.2 wird vom AG nach Wiegescheinen vergütet."

- 3 Die Positionen 2.7 bis 2.9 bezogen sich auf die Entsorgungsklassen Z1.2 und Z.2 und lauteten jeweils wie folgt:

"2.7 [2.8, 2.9] Boden aufnehmen und entsorgen, Z1.2 [...]"

Boden (...) vom Haufwerk aufnehmen, laden, abfahren und entsorgen auf Deponie. Gebühr trägt der AG. (...)"

- 4 Die Klägerin gab ein Gebot ab, das für die Erdarbeiten den Einsatz eines Nachunternehmers vorsah. Bei den nach dem Ausschluss eines weiteren Gebots verbleibenden drei Geboten, zu denen auch das Angebot der Klägerin gehörte, lagen die Einheitspreise für die Positionen 2.7 bis 2.9 des Leistungsverzeichnisses etwa 500 % bis 900 % über dem Baukostenindexpreis (Stand 2018) für Lösen, Laden und Abfahren von Baugrubenaushub.

- 5 Am 16. Mai 2019 fanden Bietergespräche zur Aufklärung des Angebotsinhalts statt. Der Bieter Z. gab auf die Frage nach den Einheitspreisen der Positionen 2.7 bis 2.9 an, dass darin Deponiekosten einkalkuliert seien. In der Folge übersandte die Beklagte der Klägerin folgende E-Mail:

"... Im Rahmen der Aufklärung gemäß VOB/A bitten wir um Beantwortung der folgenden Frage: Sind die Deponiekosten der Positionen 02.7 02.8 02.9 mit den angegebenen Einheitspreisen (Ihr Angebot vom ...) abgegolten? Ja oder nein. Wir bitten um eine eindeutige schriftliche Beantwortung der o.g. gestellten Frage bis 31.05.2019 (...)"

- 6 Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 24. Mai 2019:

"Nein. Der Auftraggeber hat in den betreffenden Positionstexten im auftragsgegenständlichen Leistungsverzeichnis nämlich eindeutig vorgegeben, dass der AN den Boden je-

weils aufnehmen, laden, abfahren und auf der Deponie entsorgen muss, die Gebühr hierfür jedoch der AG trägt. Wäre unser Angebot also so ausgestaltet, dass die Deponiekosten der betreffenden Positionen mit unseren Einheitspreisen abgegolten wären, würde nicht mehr der AG die Gebühren tragen, sondern der AN. Mithin würde unser Angebot von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen, was nach der Rechtsprechung der Vergabekammer (...) zu einem Angebotsausschluss führt (...). Sie werden verstehen, dass wir dieses Risiko eines Angebotsausschlusses nicht eingehen wollen."

7 Die Beklagte erteilte Z. den Zuschlag. Dessen Angebot sei das wirtschaftlichste, da in den Positionen 2.7 bis 2.9 die Deponiekosten enthalten und deshalb die Einheitspreise niedriger als die der Klägerin seien.

8 Mit der Begründung, der Zuschlag hätte auf ihr Angebot erteilt werden müssen, nimmt die Klägerin die Beklagte auf Schadensersatz von 72.227,77 € und vorgerichtliche Kosten nebst Zinsen hieraus in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Beklagte habe das der Klägerin gegenüber bestehende Gebot zur Rücksichtnahme verletzt, indem sie Z. den Zuschlag erteilt habe. Die Klägerin habe den günstigsten Preis geboten. Die Beklagte habe die Angebote so verstehen müssen, dass die Positionen 2.7 bis 2.9 des Leistungsverzeichnisses keine Deponiegebühren enthielten. Mit dieser Absicht seien die Leistungen ausgeschrieben worden. Der objektive Empfängerhorizont der Bieter bestimme, welcher Erklärungswert dem Inhalt von Vergabeunterlagen - und gespiegelt dem Angebot des Bieters - zukomme. Danach habe der Einheitspreis bei den genannten

Positionen eindeutig keine Deponiegebühren enthalten. Dem stehe nicht entgegen, dass andere Bieter und möglicherweise auch der Nachunternehmer der Klägerin Deponiegebühren einkalkuliert hätten.

10 Die Beklagte habe das Angebot der Klägerin nicht ausschließen dürfen. Die Klägerin habe auf die Anfrage keine falschen Angaben gemacht, sondern richtig erklärt, dass ihre Preise keine Deponiegebühren enthielten. Etwas Anderes ergebe sich nicht daraus, dass der von der Klägerin kalkulierte Einheitspreis etwa 500 % bis 900 % über dem Baukostenindex für Lösen, Laden und Abfahren von Baugrubenaushub gelegen habe. Alle Angebote hätten vergleichbar hohe Preise angesetzt, die möglicherweise oder offenbar Deponiekosten einbezogen hätten. Dann aber habe die Beklagte unter Verletzung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung nicht mit einem Bieter nachverhandeln und ein reduziertes Angebot annehmen dürfen.

11 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen hätte das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Gewinns, den sie mit der Ausführung des Auftrags erzielt hätte, nicht bejahen dürfen.

12 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht als mögliche Anspruchsgrundlage für einen auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch der Klägerin allerdings § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB herangezogen. Mit der Ausschreibung und Beteiligung des Bieters am Ausschreibungsverfahren kommt ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das die Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteile vom 9. Juni 2011 - X ZR 143/10, BGHZ 190, 89 Rn. 9 ff. - Rettungsdienstleistungen II; vom 8. Dezember 2020 - XIII ZR 19/19, BGHZ 228, 15 Rn. 9 ff. - Flüchtlingsunterkunft).

Allerdings begründen vergaberechtliche Vorschriften mit bieterschützendem Charakter kein Recht auf die Auftragserteilung, sondern nur das Recht eines jeden Bieters, der die Voraussetzungen hierfür erfüllt, auf Teilnahme am Wettbewerb unter fairen, transparenten und nicht-diskriminierenden Bedingungen und damit auf Wahrung der Chance auf einen Zuschlag. Die Bieter können demgemäß zwar die Beachtung aller für das Verfahren und die Zuschlagserteilung maßgeblichen Vorschriften erwarten, nicht aber die Zuschlagserteilung selbst. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt daher nur ausnahmsweise in Betracht. Voraussetzung dafür ist, dass der übergangene Bieter den Auftrag bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist (BGH, Urteil vom 23. November 2021 - XIII ZR 20/19, NZBau 2022, 235 Rn. 7 mwN - Bodenbelagsarbeiten). In diesem und grundsätzlich nur in diesem Fall verdichtet sich der bloße Teilhabeanspruch zu einem Anspruch auf Schadensersatz für den entgangenen, aber tatsächlich anderweitig erteilten Zuschlag (st. Rspr., BGH, Urteile vom 6. Oktober 2020 - XIII ZR 21/19, VergabeR 2021, 182 Rn. 12 mwN - Ortenau-Klinikum; vom 8. Dezember 2020 - XIII ZR 19/19, BGHZ 228, 15 Rn. 26 - Flüchtlingsunterkunft).

- 13 2. Im vorliegenden Fall ist der Zuschlag zwar erteilt worden. Das Berufungsgericht hätte auf der festgestellten Tatsachengrundlage aber nicht annehmen dürfen, dass der Klägerin bei fehlerfreier Fortsetzung des tatsächlich zu Ende geführten Vergabeverfahrens unter Beachtung des der Vergabestelle gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraums der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre (vgl. BGH, VergabeR 2021, 182 Rn. 12, 15 mwN - Ortenau-Klinikum). Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob im Angebot der Klägerin bei den Positionen 2.7 bis 2.9 Deponiekosten einberechnet waren. Da dazu keine Feststellungen getroffen sind, ist das im Folgenden zugunsten der Revision zu unterstellen. In diesem Fall hätte das Angebot aber von der Beklagten gemäß § 16

Abs. 2 Nr. 3, § 16b Abs. 1 VOB/A 2016 ausgeschlossen werden dürfen, weil die Klägerin - die Einberechnung der Deponiekosten unterstellt - das berechtigte Aufklärungsverlangen der Beklagten unrichtig beantwortet hätte.

14 a) Die Beklagte hat von den Bietern zu Recht Aufklärung verlangt (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016).

15 aa) Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter unter anderem Aufklärung verlangen, um sich über das Angebot selbst und über die Angemessenheit der Preise - wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) - zu unterrichten. Da das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr abgeändert werden darf, darf die Aufklärung nur der Klärung eines feststehenden Sachverhalts und der Erforschung des wirklichen Angebotswillens bei unvollständiger oder möglicherweise missverständlicher Äußerung dienen. Es darf zu keiner unstatthaften Verhandlung über die Änderung der Angebote oder Preise gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A 2016 kommen. Eine Aufklärung über die Angemessenheit der Preise ist dann angebracht, wenn Zweifel an der Wirtschaftlichkeit oder Korrektheit der angegebenen Preise bestehen (vgl. Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 1, § 15 VgV Rn. 23, 29; von Wietersheim in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 7, 12 ff.; Holz in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 7, 11; Christiani in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 1, § 15 EU VOB/A Rn. 24, 31 ff.).

16 bb) Nach diesen Maßstäben war die Beklagte gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 berechtigt, von den Bietern Aufklärung hinsichtlich der Korrektheit der von ihnen angegebenen Einheitspreise zu verlangen.

- 17 (1) Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Deponiegebühren nicht in die Einheitspreise der Positionen 2.7 bis 2.9 des Leistungsverzeichnisses einzurechnen waren. Das ergibt sich aus der Vorbemerkung vor den Positionen 2.5 ff. und dem bei den jeweiligen Positionen erneut enthaltenen Hinweis, dass der Auftraggeber die Entsorgungsgebühren trage. Dem Hinweis in der Vorbemerkung, die Deponiegebühr für Aushub der Klassen Z1.2 und Z.2 werde vom Auftraggeber nach Wiegescheinen vergütet, konnte ein potentieller Bieter nach dem insoweit maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 Rn. 31 mwN - Stadtbahnprogramm Gera) entnehmen, dass die Deponiegebühren gesondert vergütet werden sollten. Eine Auslegung des Leistungsverzeichnisses dahin, dass die Deponiegebühren in die Einheitspreise einzurechnen waren, kam aus der objektiven Sicht eines potentiellen Bieters nicht in Betracht.
- 18 (2) Bei der Wertung der Angebote musste die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen aber die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die Bieter die Deponiegebühren entgegen der Vorgabe im Leistungsverzeichnis in die Einheitspreise einberechnet hatten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen die von allen Bietern bei den Positionen 2.7 bis 2.9 angegebenen Einheitspreise etwa 500 % bis 900 % über dem Baukostenindex für Lösen, Laden und Abfahren von Baugrubenaushub. Das ließ auch nach Ansicht des Berufungsgerichts den Schluss darauf zu, dass die Deponiekosten möglicherweise einberechnet waren. Die Beklagte hatte aus diesem Grund ein berechtigtes Interesse daran, die Korrektheit der angegebenen Einheitspreise aufzuklären.
- 19 (a) Öffentliche Auftraggeber haben ein durch § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 geschütztes Interesse daran, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden (vgl. BGH, Urteile vom 19. Juni 2018 - X ZR 100/16, BGHZ 219, 108 Rn. 15 mwN - Uferstützmauer; vom 24. Mai 2005 - X ZR 243/02, NZBau 2005,

594 Rn. 13 - Innungsmeister; Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04, BGHZ 159, 186 Rn. 23 - Mischkalkulationen). Nach dieser Regelung müssen die Angebote die geforderten Preise enthalten. Versteht der Bieter die Vorgaben des - eindeutigen - Leistungsverzeichnisses falsch und gibt daher den deutlich höheren Preis einer Leistung an, die nach dem Leistungsverzeichnis gar nicht zu erbringen ist (hier: laden, abfahren und entsorgen einschließlich Deponiegebühren), enthält sein Angebot nicht den geforderten Preis. Es ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 auszuschließen.

20 (b) Die zum sparsamen und verantwortungsvollen Einsatz ihrer Haushaltsmittel verpflichtete Beklagte war daher ohne zufriedenstellende Aufklärung über die Korrektheit der angegebenen Preise nicht gehalten, den Zuschlag auf das Angebot der Klägerin zu erteilen. Sie hatte ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob die Preise den eindeutigen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprachen. War das nicht der Fall und wäre der Zuschlag auf das Angebot der Klägerin erteilt worden, hätte diese nach den eindeutigen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nämlich die (nach ihrer Kalkulation) die Deponiekosten einbeziehenden und deshalb erheblich überhöhten Einheitspreise abrechnen und sich zusätzlich die Deponiekosten nach Wiegescheinen vergüten lassen können. Ein ohne Aufklärung erteilter Zuschlag hätte - die Einberechnung der Deponiekosten im Angebot der Klägerin unterstellt - nach den in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts deshalb dazu geführt, dass die Beklagte einen Betrag von etwa 64.000 € zusätzlich zu zahlen gehabt hätte, ohne dass dem eine von der Klägerin zu erbringende Leistung gegenüberstand.

21 (3) Einem berechtigten Aufklärungsverlangen steht nicht entgegen, dass das Gebot der Klägerin hinsichtlich der Erd- und Rohbauarbeiten den Einsatz eines Nachunternehmers vorsah. Es ist zwar streitig, ob Aufklärung über die Preiskalkulation eines Nachunternehmers verlangt werden kann (bejahend von

Wietersheim in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 16; Steiff in Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 20; verneinend Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 15 VOB/A Rn. 1, § 15 VgV Rn. 29; Horn in jurisPK-VergR, 3. Aufl., § 15 VOB/A 2009 Rn. 55). Das ist aber jedenfalls dann zu bejahen, wenn zu klären ist, ob das Angebot den Vorgaben im Leistungsverzeichnis entspricht oder gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen ist. Stünde der Umstand, dass der Bieter (auch) Nachunternehmerleistungen anbietet, in diesem Fall einer Aufklärung entgegen, hätte dies zur Folge, dass zwingend auszuschließende Angebote zu werten wären. Das steht mit den Grundsätzen wettbewerblicher Vergabe offensichtlich nicht in Einklang. Dem Bieter ist es auch ohne weiteres zumutbar, das Aufklärungsverlangen an seinen Nachunternehmer weiterzuleiten und die erforderlichen Informationen bei ihm einzuholen.

- 22 b) Allein auf Grundlage der erteilten Auskunft durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, dass der Klägerin der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Die Klägerin hat der Beklagten auf ihr berechtigtes Aufklärungsverlangen mitgeteilt, die Deponiekosten seien mit den von ihr angebotenen Einheitspreisen nicht abgegolten. War diese Angabe unrichtig, weil die Deponiekosten - wie mangels gegenteiliger Feststellungen durch das Berufungsgericht revisionsrechtlich zu unterstellen ist - entgegen den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in die von der Klägerin angegebenen Einheitspreise einkalkuliert waren, hätte der Klägerin, wie die Beklagte zu Recht geltend gemacht hat, bei fehlerfreier Fortsetzung des tatsächlich zu Ende geführten Vergabeverfahrens unter Beachtung des der Beklagten zukommenden Wertungsspielraums kein Zuschlag erteilt werden müssen. Die Klägerin hätte in diesem Fall mit der unrichtigen Angabe auf das berechtigtes Aufklärungsverlangen der Beklagten gegen ihre Rücksichtnah-

mepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen und damit zudem eine schwere Verfehlung begangen, die ihre Zuverlässigkeit für den zu vergebenden Auftrag in Frage stellte (§ 16 Abs. 2 Nr. 3, § 16b Abs. 1 VOB/A 2016).

23 aa) Wie oben ausgeführt (Rn. 20), hätte ein Zuschlag auf das Angebot der Klägerin - die Einberechnung der Deponiekosten unterstellt - zu einer erheblichen Übervorteilung der Beklagten geführt. Aus Sicht eines verständigen Teilnehmers am Vergabeverfahren wäre das Ziel verfehlt worden, im Wettbewerb das günstigste Angebot für die ausgeschriebenen Leistungen hervorzubringen. Die Beklagte hätte vielmehr aufgrund eines nicht ihr, sondern der Bieterseite zuzurechnenden Fehlverständnisses einen deutlich überhöhten Preis zahlen müssen. Der zu einem verantwortungsvollen Einsatz ihrer Haushaltsmittel verpflichteten Beklagten hätte nicht zugemutet werden können, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Juni 2018 - X ZR 100/16, BGHZ 219, 108 LS, Rn. 19 - Uferstützmauer). Das Angebot wäre daher schon aus diesem Grund nicht zuschlagsfähig gewesen.

24 bb) Die Klägerin hätte zudem eine schwere Verfehlung begangen, die ihre Zuverlässigkeit als Bieterin in Frage stellte. Der Klägerin mussten die nachteiligen Folgen für die Beklagte bekannt sein, wenn diese den Zuschlag auf ihr Angebot erteilte, obwohl darin entgegen den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses die Deponiekosten einberechnet waren. Die Klägerin wusste ferner - wie sich aus ihrem Schreiben vom 24. Mai 2019 klar ergibt - dass die Beklagte ihr Angebot gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 ausschließen musste, wenn die Klägerin ein etwaiges Fehlverständnis wahrheitsgemäß einräumte. Sofern sie also in Kenntnis des berechtigten Aufklärungsinteresses der Beklagten unrichtige Angaben gemacht hat, lag darin der Versuch, die Beklagte treuwidrig zu übervorteilen. Der Klägerin fiel folglich ein erheblicher Verstoß gegen die ihr aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis obliegenden Rücksichtnahme- und Treuepflichten zur Last. Abgesehen davon, dass das Angebot - wie

ausgeführt - im Grundsatz schon nicht zuschlagsfähig gewesen wäre, wäre die Beklagte unter Beachtung des ihr insoweit zukommenden Wertungsspielraums daher auch berechtigt gewesen, das Angebot der Klägerin gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 3, § 16b Abs. 1 VOB/A 2016 auszuschließen.

25 c) Da auf der revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Tatsachengrundlage der Klägerin mithin kein Zuschlag hätte erteilt werden müssen, kann dahin stehen, was zu gelten hätte, wenn die Klägerin ein etwaiges Fehlverständnis bei der Aufklärung wahrheitsgemäß mit der möglichen Folge eingeräumt hätte, dass alle drei Angebote die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt hätten und die Beklagte daher gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 zur Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigt gewesen wäre.

26 III. Das Berufungsurteil kann nach dem Ausgeführten keinen Bestand haben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen dazu treffen kann, ob in das Angebot der Klägerin Deponiekosten einberechnet waren (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO).

27 IV. Sollte der insoweit nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin zur Überzeugung des Berufungsgerichts der Nachweis gelingen, dass in ihrem Angebot keine Deponiekosten einkalkuliert waren, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob ihr auf der Grundlage der im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu treffenden Feststellungen bei fehlerfreier Fortsetzung des tatsächlich zu Ende geführten Vergabeverfahrens unter Beachtung des der Vergabestelle gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraums der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Dabei wird es davon auszugehen

haben, dass das Angebot des Z. gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 hätte ausgeschlossen werden müssen.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vorinstanzen:

LG Heidelberg, Entscheidung vom 18.11.2019 - 4 O 281/19 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 18.11.2020 - 15 U 22/20 -