


Gericht: OLG Stuttgart 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 16.05.2024
Aktenzeichen: 2 U 146/22
ECLI: ECLI:DE:OLGSTUT:2024:0516.2U146.22.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Normen: § 119 BGB, § 15 Abs 3 VOBA 2019, § 16 Abs 2 S 2 VOBA 2019
Zitiervorschlag: OLG Stuttgart, Urteil vom 16. Mai 2024 – 2 U 146/22 –, juris

Leitsatz

Ein nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigender Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn der Irrtum bei der Kalkulation der Einheitspreise für ein Gebot in einem Vergabeverfahren entstanden ist.

Verfahrensgang

vorgehend LG Tübingen, 7. Juni 2022, 5 O 129/21, Urteil
Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Abgrenzung Vergabekammer Baden Württemberg, 22. April 2021, 1 VK 8/21
Anschluss BGH 13. Zivilsenat, 8. Dezember 2020, XIII ZR 19/19
Vergleiche OLG Karlsruhe, 11. Januar 2011, 15 Verg 11/11
Anschluss BGH 8. Zivilsenat, 26. Januar 2005, VIII ZR 79/04
Anschluss BGH 10. Zivilsenat, 7. Juli 1998, X ZR 17/97

Tenor

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Landgerichts Tübingen vom 07.06.2022 wird zurückgewiesen.

II.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III.

Dieses Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert des Berufungsverfahrens:

26.620,34 Euro

Gründe

A

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz nach ihrem Ausschluss aus einem Vergabeverfahren.
- 2 Wegen des Sachverhalts wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen. Zusammengefasst: Die beklagte Gemeinde schrieb im Oktober 2020 verschiedene Gewerke für den Bau eines Regenüberlaufbeckens auf der Grundlage der VOB/A und VOB/B aus (Anlagen K 1 und K 2). Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Am 10.11.2020 unterbreitete die Klägerin ein Angebot über 913.965,05 Euro (netto), mit dem sie rund 2 % unter dem Angebot des Zweitplatzierten und rund 8 % unter dem Angebot des Drittplatzierten lag (Anlage K 4). Nach Ablauf der Angebotsfrist und noch vor der Zuschlagserteilung teilte das von der Beklagten beauftragte Ingenieurbüro mit, es sei aufgefallen, dass einige der Einheitspreise der Klägerin im Vergleich zu den Mitbewerbern sehr günstig seien, insbesondere für Betonstabstahl mit 1,36 Euro, für Betonstahlmatten mit 1,19 Euro und für Unterstützungskörbe mit 3,68 Euro. Das Ingenieurbüro teilte mit, dass die Leistung nach Tonnen ausgeschrieben sei, es die Einheitspreise für nicht auskömmlich halte und um Aufklärung bitte (Anlage K 5). Die Klägerin antwortete hierauf am 19.11.2020, in den fraglichen Positionen sei ihr ein kalkulatorischer Fehler unterlaufen. Infolge der Kalkulation mit vorgefertigten Kalkulationsbausteinen hätte sie versehentlich einen Kilopreis anstatt eines Tonnenpreises angeboten. Da das Angebot in seiner Gesamtheit auskömmlich sei, stehe sie zu den abgegebenen Preisen (Anlage K 6). Diese Auskunft gab sie auf Anforderung auch unmittelbar an die Beklagte (Anlage K 8).
- 3 Am 07.12.2020 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass diese vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Noch am selben Tag rügte die Beklagte den Ausschluss als vergaberechtswidrig (Anlage K 9). Die Beklagte erteilte den Zuschlag an einen anderen Bieter.
- 4 Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Schadensersatz wegen ihres entgangenen Gewinns in Höhe von 26.620,34 Euro (3 % der Angebotssumme), hilfsweise Ersatz des negativen Interesses in Höhe von 11.111,80 Euro.
- 5 Mit dem angefochtenen Grundurteil hat das Landgericht der Klägerin dem Grunde nach einen bestehenden Schadensersatzanspruch aus § 280 Absatz 1, § 241 Absatz 2, § 311 Absatz 2 BGB zugesprochen. Der Zuschlag hätte vorliegend der Klägerin als günstigster Bieterin erteilt werden müssen. § 16a Absatz 2 Satz 2 VOB/A rechtfertige den Ausschluss der Klägerin nicht. Das Angebot der Klägerin habe die geforderten Preise (§ 13 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A) enthalten. Zwar habe dem Angebot eine falsche Preisberechnung zugrunde gelegen. Dabei habe es sich jedoch um einen unbeachtlichen Kalkulationsirrtum gehandelt. Der Fehler sei nicht erst im Moment der Angebotsabgabe, sondern vorgelagert bei der Kalkulation der Einheitspreise zu den Positionen entstanden. Es sei auch nicht von einer unzulässigen Mischkalkulation auszugehen. Der Ausschluss sei ferner nicht wegen fehlender Auskömmlichkeit gerechtfertigt. Entscheidend hierfür sei der Gesamtpreis des Angebots. Dieser habe nur geringfügig unter dem nächsthöheren Angebot gelegen.
- 6 Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen das Grundurteil. Es habe nicht lediglich ein Kalkulationsirrtum vorgelegen. Die Klägerin hätte ihr Angebot anfechten können. Die nachträgliche Erklärung, sich gleichwohl an den Preis halten zu wollen, falle unter

das Nachverhandlungsverbot und sei daher unbeachtlich. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, den Bieter an fehlkalkulierten Angebotspreisen festzuhalten.

7 Die Beklagte beantragt,

8 1. Das Urteil des Landgerichts Tübingen vom 7. Juni 2022, Az. 5 O 129/21 wird aufgehoben.

9 2. Die Klage wird abgewiesen.

10 Die Klägerin beantragt,

11 die Berufung zurückzuweisen.

12 Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts. Es habe kein zur Anfechtung berechtigender Erklärungsirrtum vorgelegen. Die Klägerin habe vorgetragen, dass der Fehler nicht erst im Moment der Angebotsabgabe, sondern vorgelagert bei der Kalkulation der Einheitspreise zu den streitigen Positionen entstanden sei. Zudem habe die Klägerin erklärt, dass sie zu den angebotenen Preisen stehe.

B

13 Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Klägerin dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen schuldhafter Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zusteht.

I.

14 Durch die Teilnahme der Klägerin an der Ausschreibung der Beklagten wurde zwischen den Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 – XIII ZR 19/19, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 09. Juni 2011 – X ZR 143/10, juris Rn. 15). Aus einem solchen kann sich ein Schadensersatzanspruch ergeben, wenn der öffentliche Auftraggeber im weiteren Verlauf des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts zum Nachteil eines Bieters nicht einhält (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998 – X ZR 48/97, juris Rn. 20). Die Bieter können die Beachtung aller für das Verfahren und die Zuschlagserteilung maßgeblichen Vorschriften erwarten (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 – XIII ZR 19/19, juris Rn. 21). Wird der Auftrag an einen anderen Bieter unter Verletzung der Rücksichtnahmepflichten erteilt, steht dem übergangenen Bieter ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch unter Kausalitätsgesichtspunkten zu, wenn ihm bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens der Auftrag hätte erteilt werden müssen (BGH, Urteil vom 5. Juni 2012 – X ZR 161/11, juris Rn. 13). Der Anspruch setzt mithin voraus, dass das Vergabeverfahren an einem Vergabefehler leidet, der Zuschlag einem Dritten tatsächlich erteilt worden ist und der Schadensersatz begehrende Bieter den Zuschlag hätte erhalten müssen (BGH, Urteil vom 18. September 2007 – X ZR 89/04, juris Rn. 8).

II.

15 Überzeugend hat das Landgericht festgestellt, dass diese Voraussetzungen vorliegen.

1.

- 16 Die Klägerin hätte nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden dürfen. Der von der Beklagten angegebene Grund – Anfechtbarkeit des Bieterangebots wegen eines Erklärungsirrtums – rechtfertigt nicht den Ausschluss der Klägerin unter dem Gesichtspunkt, dass die geforderten Preise nicht angegeben seien (§ 16a Absatz 2 Satz 2 VOB/A i.V.m. § 13 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A).
- a)
- 17 Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass das Gebot der Klägerin schon nicht wegen eines Irrtums gem. § 119 BGB anfechtbar war. Eine Anfechtung ist hiernach möglich, wenn der Erklärende die Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Nicht anfechtbar ist hingegen ein sog. Kalkulationsirrtum, der vorliegt, wenn der Irrtum im Stadium der Willensbildung unterlaufen ist. Er berechtigt grundsätzlich nicht zur Anfechtung, weil derjenige, der aufgrund einer für richtig gehaltenen, in Wirklichkeit aber unzutreffenden Berechnungsgrundlage einen bestimmten Preis oder eine Vergütungsforderung ermittelt und seinem Angebot zugrunde legt, auch das Risiko dafür trägt, dass seine Kalkulation zutrifft. Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, wenn die falsche Berechnung auf Fehlern einer vom Erklärenden verwendeten Software beruht (BGH, Urteil vom 7. Juli 1998 – X ZR 17/97, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 79/04, juris Rn. 17).
- 18 Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte keine zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin ihr Gebot wegen eines Erklärungsirrtums hätte anfechten können. In der auf Nachfrage erteilten Auskunft vom 19.11.2020 gab die Klägerin an, dass sie die Kalkulation mit vorgefertigten Kalkulationsbausteinen durchgeführt habe und dabei versehentlich einen Kilopreis anstatt einem Tonnenpreis angeboten habe. Diese Angabe wies die Beklagte darauf hin, dass sich der Fehler bereits in der vorgelagerten Kalkulation eingeschlichen hat. Der Mitteilung lässt sich hingegen nicht – schon gar nicht mit der für einen Ausschluss gebotenen Sicherheit – entnehmen, dass erst die Übertragung der Preise in das Angebot aufgrund eines Irrtums erfolgt ist. Dies entspricht auch den vom Landgericht auf der Grundlage des Klägervortrags getroffenen Feststellungen, dass das für die fraglichen Einheitspreise verwendete Kalkulationsmodul mit einer fehlerhaften Einstellung für die Materialkosten verwendet worden ist und daneben noch andere Faktoren (allgemeine Geschäftskosten, Gemeinkosten, Wagnis, Gewinn) in die Preisbildung für die jeweiligen Einheitspreise eingeflossen sind. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen bestehen nicht. Die Berufungsbegründung greift die Feststellungen auch nicht an.
- 19 Auf dieser Grundlage ist festzustellen, dass der Irrtum bereits im Vorfeld des Gebots entstanden ist, nämlich bei der Kalkulation der Einheitspreise, nicht erst bei der Übertragung der Kalkulation in das Formular. Als Irrtum im Beweggrund (Motiv) ist er unbeachtlich, denn die Klägerin trägt das Risiko für die Richtigkeit der Kalkulation des Einzelpreises. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von der seitens der Beklagten herangezogenen Entscheidung des OLG Karlsruhe, in der das Gericht davon ausgegangen ist, dass der Irrtum bei der Abgabe der Erklärung selbst geschehen sei (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 15 Verg 11/11, BeckRS 2014, 14634).
- b)

- 20 Selbst bei unterstellter Anfechtbarkeit des Angebots liegen die Voraussetzungen für einen Ausschluss wegen fehlender Angabe der geforderten Preise nicht vor. Als fehlende Preisangabe im Sinne von § 13 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A ist eine Auslassung oder eine Angabe mit unbestimmtem Bedeutungsgehalt zu bewerten oder wenn die Preisangaben offensichtlich unzutreffend sind (vgl. Herrmann im Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 57 VgV Rn. 40). Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall, denn die Klägerin hat die von ihr angegebenen Einzelpreise tatsächlich verlangt. Alleine der Umstand, dass das Gebot anfechtbar sein soll, führt nicht zu einer fehlenden Bestimmtheit der Einzelpreise. Der Bieter kann sein Gebot nur im Gesamten anfechten. Eine Unklarheit bestünde allenfalls hinsichtlich der Frage, ob der Bieter von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, nicht hingegen bezüglich der Höhe der – bei Verzicht auf dieses Anfechtungsrecht – geforderten Einzelpreise (vgl. Herrmann, ebda. in Fn. 105 mit diesen Gründen den von der Beklagten herangezogenen Beschluss des OLG Karlsruhe, a.a.O., ablehnend; ebenfalls zweifelnd Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 16c VOB/A-EU Rn. 18; a.A. von Wietersheim in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 22. Aufl. 2023, § 16c VOB/A Rn. 8, dem Beschluss des OLG Karlsruhe ohne weitergehende Begründung zustimmend).
- 21 Die Preise waren entgegen der Auffassung der Beklagten auch bis zur Klarstellung durch die Klägerin nicht deswegen unklar oder unbestimmt, weil sie auslegungsbedürftig gewesen wären. Soweit eine Auslegung überhaupt für zulässig erachtet wird (ablehnend OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 1 Verg 2/09, juris Rn. 80), wäre eine solche allenfalls dann möglich, wenn sich eindeutig und zweifelsfrei aus den Angebotsunterlagen ergibt, dass ein ganz bestimmter Einheitspreis gewollt war, woran es schon dann fehlt, wenn Nachforschungen über das wirklich Gewollte beim Bieter erforderlich sind (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2016 – VII-Verg 48/15, juris Rn. 20). Die Voraussetzungen für eine entsprechende Auslegung waren offensichtlich nicht gegeben, denn es ergab sich nicht eindeutig und zweifelsfrei aus den Unterlagen, welcher Einheitspreis als der angebotene gewollt gewesen sein sollte. Insbesondere konnte der Einheitspreis nicht schlicht mit 1.000 multipliziert werden.
- c)
- 22 Ein Ausschluss war auch nicht unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, dass die Klägerin durch den konkludent erklärten Verzicht auf ihr Anfechtungsrecht im Sinne von § 15 Absatz 3 VOB/A unzulässigerweise über eine Änderung der Angebote oder Preise verhandelt hätte (so aber OLG Karlsruhe, ebda.). Die Klägerin hat ihr Angebot nicht verändert. Sie hat lediglich erklärt, zu den Preisen zu stehen. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem beklagtenseits angeführten Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg (vom 22.04.2021 – 1 VK 8/21, IBRRS 2022, 1702), in dem anlässlich einer Nachfrage eine missverständliche Preisangabe klargestellt werden sollte. In der hier vorliegenden bloßen Bestätigung einer nicht auslegungsbedürftigen Preisangabe kann schon deshalb keine unzulässige Nachverhandlung erkannt werden, weil ansonsten bereits die Nachfrage durch den Auftraggeber den Ausschluss eines Bieters heraufbeschwören würde. Eine verfahrenskonforme Reaktion wäre dem Bieter kaum noch möglich, denn auch eine fehlende Mitwirkung (§ 15 Absatz 2 VOB/A) oder gar eine Änderung der Preise (§ 15 Absatz 3 VOB/A) würde zum Ausschluss führen. Vorliegend kam die Klägerin vielmehr lediglich dem Verlangen nach Aufklärung über das Angebot (§ 15 Absatz 1 Nr. 1 VOB/A) nach, indem sie die bereits angebotenen Preise bestätigte.

d)

- 23 Das Angebot war entgegen der Auffassung der Berufung auch nicht auszuschließen, weil die Preisangaben nicht der Urkalkulation entsprochen hätten (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04, juris Rn. 23 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2016 - VII-Verg 48/15, juris Rn. 17). Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass bereits die ursprüngliche Kalkulation der Klägerin irrtumsbehaftet war, weshalb vorliegend die Preisangaben nicht wegen versteckter Verteilung auf andere Positionen intransparent sind.

e)

- 24 Schließlich entstanden der Beklagten auch keine Nachteile im Falle von Massenmehrungen, die entsprechend § 2 Absatz 3 Nr. 2 VOB/B ab einer Überschreitung um 10 % des Mengenansatzes nach Vereinbarung eines neuen Preises abzurechnen sind. Auch dies hat das Landgericht mit überzeugenden Ausführungen richtig entschieden.

2.

- 25 Die weiteren Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch hat das Landgericht ebenfalls überzeugend festgestellt: Unstreitig ist der Zuschlag an einen anderen Bieter erteilt worden und hat die Beklagte die Pflichtverletzung zu vertreten. Auch ist davon auszugehen, dass bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens der Zuschlag an die Klägerin zu erteilen gewesen wäre. Unstreitig hat die Klägerin den günstigsten Preis geboten und liegen andere als die von der Beklagten erfolglos geltend gemachten Ausschlussgründe nicht vor.

III.

- 26 Die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils hat das Landgericht mit überzeugenden Ausführungen als gegeben erachtet. Auch hierzu sind keine ergänzenden Ausführungen veranlasst.

C

- 27 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Absatz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 28 Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Absatz 2 ZPO nicht vorliegen. Insbesondere bietet hierfür die Entscheidung des OLG Karlsruhe keinen Anlass. Die Zulassung der Revision aufgrund einer Divergenz (§ 543 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) erfordert, dass die angefochtene Entscheidung von der Entscheidung eines höherrangigen Gerichts, von einer gleichrangigen Entscheidung eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts oder von der Entscheidung eines anderen gleichgeordneten Gerichts abweicht. Eine solche Abweichung liegt nur vor, wenn die angefochtene Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, also einen Rechtssatz aufstellt, der von einem die Entscheidung tragenden Rechtssatz der Vergleichsentscheidung abweicht (BGH, Beschluss vom 29. Mai 2002 - V ZB 11/02, juris Rn. 8). Die entgegengesetzte Entscheidung ähnlich gelagerter Fälle begründet jedoch noch keine Divergenz (BGH, Beschluss vom 16. September 2003 - XI ZR 238/02, juris Rn. 2). Vielmehr muss die Vergleichsentscheidung einen Rechtssatz aufstellen, der

von der angefochtenen Entscheidung abweicht (BGH, Beschluss vom 23. März 2011 - IX ZR 212/08, juris Rn. 3). Dies ist nicht der Fall. Das OLG Karlsruhe ist davon ausgegangen, dass der Irrtum bei der Abgabe der Erklärung selbst geschehen ist. Die übrigen Ausführungen des OLG Karlsruhe zu einer unzulässigen Nachverhandlung sind nicht fallentscheidend, weil es vorliegend bereits an einer Anfechtbarkeit des Gebots gem. § 119 BGB fehlt, die das OLG Karlsruhe in dem dortigen Fall aufgrund der Umstände des Falles jedoch angenommen hat.