


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 6. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	17.01.2025
Aktenzeichen:	6 U 1/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2025:0117.6U1.24.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 180 Abs 1 GWB, § 241 Abs 2 BGB, § 280 Abs 1 BGB, § 280 Abs 3 BGB, § 282 BGB ... mehr
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17. Januar 2025 – 6 U 1/24 –, juris

Geheimwettbewerb

Leitsatz

1. Zum Schadensersatzanspruch des öffentlichen Auftraggebers gegen einen Bieter nach § 180 Abs. 1 GWB.
2. Für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen einen Teilnehmer des Vergabeverfahrens kann sich der öffentliche Auftraggeber neben § 180 GWB auch auf die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere auf §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, stützen.
3. In einem durch die Teilnahme an einem Vergabeverfahren begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer obliegen den Parteien wechselseitig die Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, welche durch die im Verfahren geltenden Vergabevorschriften konkretisiert werden. Ein Bieter, der gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs verstößt, indem er sein Angebot in Kenntnis der Kalkulationsgrundlagen des Angebots eines Mitbewerbers erstellt und dabei dessen Preisansätze jeweils systematisch unterschreitet, verstößt auch gegen die Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB.

Verfahrensgang

vorgehend LG Stendal, 17. Januar 2024, 23 O 217/19
anhängig BGH, kein Datum verfügbar, XIII ZR 2/25
Diese Entscheidung wird zitiert

Praxisreporte

Tatyana V. Peshteryanu, jurisPR-VergR 7/2025 Anm. 4 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Tatyana V. Peshteryanu, jurisPR-VergR 7/2025 Anm. 4 (Anmerkung)

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 17. Januar 2024 verkündete Grund- und Teilurteil des Einzelrichters der Zivilkammer 3 des Landgerichts Stendal wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Ziffer 1 des Urteilsausspruchs wie folgt abgeändert wird:

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit im Feststellungsantrag zu Ziffer 2 in der Hauptsache erledigt ist.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner kann die Zwangsvollstreckung durch den Vollstreckungsgläubiger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

- 1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten sowie insbesondere wegen der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes.
- 2 Die Klägerin, ein kommunales Unternehmen, dessen Geschäftsanteile der Landkreis ... hält und welches mit der Abfallentsorgung im Landkreis betraut ist, schrieb mittels Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xx.xx.2017 (2017/a ...) EU-weit im Wege des Offenen Verfahrens die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen zur Abfallentsorgung auf der Grundlage der Vergabeverordnung aus. Der mit einer Ausnahme jeweils auf die Sammlung und den Transport verschiedener Abfallfraktionen gerichtete Auftrag war in sechs Fachlose unterteilt, wobei Los 1 den Restabfall, Los 2 den Sperrmüll und die Elektrogeräte, Los 3 den Bioabfall, Los 4 die Fraktion PPK (Papier, Pappe, Kartonagen) und Los 5 gefährliche Abfälle beinhaltete. Das Los 6 umfasste die Übernahme, den Transport und die Verwertung von PPK. Die Laufzeit der Verträge in den Losen 1 bis 5 sollte jeweils drei Jahre betragen (vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2020); die Klägerin behielt sich optional jeweils eine zweimalige Vertragsverlängerung jeweils um ein Jahr vor. Im Los 6 war ein Leistungszeitraum vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2022 ohne Verlängerungsoption vorgesehen. Einziges Zuschlagskriterium in sämtlichen Losen war jeweils der niedrigste Angebotspreis.
- 3 Nach dem Inhalt der Vergabeunterlagen waren zu jedem Los verschiedene Preisangaben in das Angebotsschreiben einzutragen, in den Losen 1 bis 4 und 6 wurden Preisangaben in jeweils fünf Mengengrößenstaffeln gefordert. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat auf die Darstellung im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils (LGU S. 3 f.) Bezug. Das Anbieten von Rabatten wurde zugelassen.
- 4 Die ursprünglich am 15.06.2017 enden sollende Angebotsfrist wurde aufgrund einer Rüge auf den 16.08.2017 verlegt. Die Bindefrist für die Angebote wurde auf eine Rüge der hiesigen Beklagten unter Verweis auf notwendige Rüstzeiten vom 16.10.2017 auf den 06.10.2017 verkürzt.
- 5 Die Beklagte beteiligte sich jeweils mit einem Hauptangebot an den Ausschreibungen zu den Losen 1 bis 4 und zum Los 6. In den Losen 1, 2 und 4 war sie eine von jeweils vier Bieterinnen, im Los 3 eine von fünf Bieterinnen. In sämtlichen vorgenannten Losen gab

auch die R. GmbH (*künftig: die Mitbewerberin*) jeweils ein Hauptangebot ab. Die Beklagte und die Mitbewerberin waren die einzigen Bieterinnen, welche auch jeweils 10 Rabattangebote unterbreiteten. In den Losen 1, 2, 4 und 6 waren die Hauptangebote der hiesigen Beklagten die preisgünstigsten Angebote.

- 6 Die Beklagte bediente sich zur Angebotserstellung der Dienste der P. GmbH in A., dort des Beraters T. W. (*künftig: der Berater*), der die Beklagte später auch bei der Erarbeitung von vergaberechtlichen Rügen unterstützte.
- 7 Im Rahmen der Angebotsaufklärung wies die Klägerin die Beklagte auf Anhaltspunkte für eine Angebotserstellung in Kenntnis von der Angebotskalkulation ihrer Mitbewerberin hin. Hierauf antwortete die Beklagte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 08.09.2017, dass sich die Ähnlichkeiten aus den Vorgaben der Ausschreibung ergäben und letztlich die Verhältnisse der jeweiligen Mitbewerber im Entsorgungsgebiet hinlänglich bekannt seien. Sie selbst prüfe derzeit, ob eine Strafanzeige wegen des Ausspähens und Abfangens ihrer Daten oder wegen der Verwertung ihrer Betriebsgeheimnisse durch Dritte erstatet werde. Auf die Ähnlichkeiten im Einzelnen ging sie dabei weder in dieser Stellungnahme noch in einer weiteren, durch nochmalige Vorhalte veranlassten Stellungnahme mit Schriftsatz vom 15.09.2017 ein.
- 8 Die Klägerin schloss die Angebote der Beklagten mit Schreiben vom 22.09.2017 nach § 124 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 9b GWB aus und stützte die Entscheidung im Wesentlichen auf erhebliche Ähnlichkeiten in Aufbau und Struktur der Angebote der hiesigen Beklagten zu den Angebotsinhalten der Mitbewerberin.
- 9 Die Beklagte rügte am 29.09.2017 ihren Angebotsausschluss in allen fünf Losen, zu denen sie ein Angebot abgegeben hatte, als vergaberechtswidrig. Die Klägerin half den Rügen mit Schreiben vom 04.10.2017 nicht ab und vertiefte darin ihre Ausführungen dazu, dass die Angebote der Beklagten in jedem der fünf Lose jeweils in Kenntnis der Kalkulation des entsprechenden Angebots der Mitbewerberin kalkuliert und gelegt worden seien. Bereits die Kalkulation eines eigenen Angebots in Kenntnis der Kalkulation eines anderen Bieters rechtfertige den Ausschluss des Angebots, unabhängig von einem bewussten Informationsaustausch. Im Übrigen stehe aus ihrer Sicht fest, dass entweder ein (kollusiver) Informationsaustausch mit der Mitbewerberin stattgefunden habe oder aber die hiesige Beklagte die Daten der Mitbewerberin sich selbst beschafft oder sie erhalten und für die eigene Angebotskalkulation verwendet habe.
- 10 Am 16.10.2017 reichte die Beklagte einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt, betreffend die Vergabeverfahren zu den Losen 1 bis 4 und 6, ein, der zur Einleitung von fünf Nachprüfungsverfahren bei der 1. Vergabekammer unter dem – mit Beschluss vom 02.02.2018 verbundenen – Aktenzeichen 1 VK 33-37/17 führte (*künftig: das Nachprüfungsverfahren*). Die Vergabekammer übermittelte den Nachprüfungsantrag am 17.10.2017 an die hiesige Klägerin. Auf Hinweis der Vergabekammer vom 23.01.2018, wonach der Nachprüfungsantrag bezüglich des Vergabeverfahrens zu Los 6 mangels Antragsbefugnis bereits unzulässig sei, nahm die hiesige Beklagte den Nachprüfungsantrag hinsichtlich des Loses 6 am 30.01.2018 zurück.
- 11 Im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens berief sich die hiesige Beklagte darauf, dass weder sie noch ihr Berater bei Angebotserstellung Kenntnis von der Kalkulation der Angebote der Mitbewerberin gehabt hätten, und weiter darauf, dass der Klägerin die Fest-

stellungslast für die tatsächlichen Grundlagen der Ausschlussentscheidung obliege. Mit Schriftsatz vom 30.01.2018 erläuterte sie, weswegen sie von einer zielgerichteten Kampagne der hiesigen Klägerin zu einer Verdrängung der Beklagten und zur Sicherung der von ihr angestrebten Zusammenarbeit mit ihrer bisherigen Nachauftragnehmerin, der Mitbewerberin, ausgehe. Nachdem die Vergabekammer der hiesigen Beklagten Akteneinsicht gewährt und sie erneut zur Stellungnahme zu den einzelnen Ähnlichkeiten der Angebotskalkulationen aufgefordert hatte, trug diese erstmalig mit Schriftsatz vom 14.03.2018 vor, dass ihr Berater im Rahmen seines Auftrags u.a. auch Verhandlungen mit der Mitbewerberin über mögliche Nachauftragnehmerleistungen sowie über Behälteranmietungen geführt habe, und dass ihm ein Umschlag mit einem USB-Stick in den Briefkasten geworfen worden sei, auf welchem Daten einer Kostenkalkulation enthalten gewesen seien, die der Berater der Beklagten zugeordnet habe. Zwar sei ihm aufgefallen, dass Personal-, Grundstücks- und Fahrzeugkosten nicht den ihm bekannten betrieblichen Daten der Beklagten entsprochen hätten; insoweit sei er aber davon ausgegangen, dass Mitarbeiter der Beklagten diese für sie unwichtigen Daten ungenau und lediglich als sog. Fülldaten eingesetzt hätten. Er habe deswegen teilweise deren Korrektur vorgenommen. Im Übrigen habe er die Daten stillschweigend übernommen.

- 12 Die 1. Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag der hiesigen Beklagten mit ihrem Beschluss vom 27.04.2018 zurück und stützte ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass jedenfalls ein Ausschluss der Angebote der dortigen Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB wegen fahrlässiger Übermittlung irreführender Angaben gerechtfertigt sei. Die Vergabekammer stellte u.a. fest, dass es in der konkreten Ausgestaltung der Angebote samt Urkalkulation eine Vielzahl von Parallelen in den Angeboten jeweils der hiesigen Beklagten einerseits und der Mitbewerberin andererseits gebe, darunter eine weitgehend identische formale und inhaltliche Struktur, identische Schreibfehler und Zeilenumbrüche, inhaltliche Zuordnungsfehler und zahlreiche übereinstimmende quantitative Annahmen, z.B. bei den Behälterentleerungszahlen. Die Häufung und der Grad der Übereinstimmungen belegten, dass die Angebotskalkulation der dortigen Antragstellerin derjenigen der Mitbewerberin jeweils folge und lediglich so modifiziert worden sei, dass die Angebotspreise der Mitbewerberin knapp unterboten würden. Die Herkunft der vom Berater der Antragstellerin verwendeten Daten auf dem USB-Stick aus der Sphäre der Mitbewerberin habe sich aufgedrängt. Insoweit habe die dortige Antragstellerin zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie auf dieser Grundlage ihre Angebote kalkuliert habe. Für die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses ihrer Angebote genüge es, dass die Erwägungen der dortigen Antragsgegnerin (der hiesigen Klägerin) einen Ausschluss rechtfertigten und dieser auch weiterhin durch die Antragsgegnerin angestrebt werde.
- 13 Während des Nachprüfungsverfahrens erteilte die Klägerin jeweils am 27.10.2017 in den Losen 1 (Restabfall), 2 (Sperrmüll und Elektrogeräte), 3 (Bioabfall) und 4 (PPK) Interimsaufträge mit einer Laufzeit jeweils bis zum 28.02.2018. Im Los 6 erteilte die Klägerin am 14.12.2017 einen Interimsauftrag mit einer Laufzeit bis zum 31.03.2018 (vgl. Anlagenkonvolut K 31). Jeweils mit Schreiben vom 10.01.2018 verlängerte die Klägerin die Interimsbeauftragungen in den Losen 1 bis 4 bis zum 30.04.2018 (*künftig: Übergangslösung 1*). Im Los 6 erteilte sie den Zuschlag auf das Angebot des Bestbieters im Hauptverfahren mit einer Leistungszeit ab dem 01.04.2018.
- 14 Die hiesige Beklagte legte am 14.05.2018 sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 27.04.2018 ein, welche beim Vergabesenat des Oberlandesgerichts Naumburg unter dem Geschäftszeichen 7 Verg 1/18 geführt wurde. Dabei erhob

sie in der Beschwerdeschrift keine Einwendungen gegen den Sachbericht der angefochtenen Entscheidung. Mit Schriftsatz vom 14.08.2018 wiederholte und vertiefte sie in Replik auf die Beschwerdeerwiderung ihre Darstellung zu einer bewussten Diskriminierung durch die hiesige Klägerin. Auf Hinweise des Vergabesenats auf die fehlende Erfolgsaussicht im Beschwerdeverfahren nahm die hiesige Beklagte ihr Rechtsmittel im Termin der mündlichen Verhandlung vom 17.08.2018 zurück.

- 15 Die Klägerin führte zur Sicherstellung der Abfallentsorgung bezüglich der Lose 1 bis 4 der ursprünglichen Ausschreibung (Hauptverfahren) ein EU-weites Offenes Verfahren mit verkürzten Fristen (2017/b ...) durch (*künftig: Übergangslösung 2*). Als Laufzeit der Verträge war eine Zeit mindestens bis zum 31.08.2018, maximal bis zum 28.02.2019 – in Abhängigkeit von der Dauer des Fortbestehens eines prozessualen Zuschlagsverbots –, vorgesehen. Die ausgeschriebenen Verträge enthielten jeweils ein Kündigungsrecht der hiesigen Klägerin mit einer Frist von zwei Monaten zum Monatsende für den Fall des Auslaufens des o.a. Zuschlagsverbots. Die Klägerin beschaffte die entsprechenden Dienstleistungen aus den aufgrund dieser Ausschreibung geschlossenen Interimsverträgen jeweils bis zum 31.10.2018, wobei sie nach Rücknahme der sofortigen Beschwerde der hiesigen Beklagten am 17.08.2018 unverzüglich von dem o.a. Kündigungsrecht Gebrauch machte. In den Losen 1, 3 und 4 erteilte sie nachfolgend den Zuschlag auf das Angebot des jeweiligen Bestbieters im Hauptverfahren. Im Los 2 hatte der Bestbieter auf Anfragen der Klägerin vom 28.09.2017 und vom 06.11.2017 sein Einverständnis mit der Verlängerung der Bindefrist insgesamt bis zum 06.06.2018 erklärt. Auf die erneute Anfrage der Klägerin vom 28.05.2018 verweigerte der Bestbieter eine weitere Verlängerung der Bindefrist. Die Klägerin erteilte den Zuschlag in Los 2 am 10.09.2018 auf das Angebot der Zweitplatzierten.
- 16 Mit ihrer – sukzessive erweiterten – Klage hat die Klägerin gegen die Beklagte Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Einreichung von Angeboten unter Nutzung der Kenntnisse über die Angebotskalkulation der Mitbewerberin, wegen wahrheitswidriger Angaben im Verlaufe des Vergabeverfahrens sowie wegen rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes geltend gemacht. Als Schadenspositionen hat sie in dem nachträglich am 03.05.2021 durch teilweise Klagerücknahme geringfügig reduzierten Leistungsantrag zu Ziffer 1 zunächst aufgeführt jeweils die tatsächlichen Kosten der ingenieurtechnischen und rechtlichen Beratung im Rahmen der Aufklärung der Auffälligkeiten in den Angeboten der Beklagten im Vergabeverfahren (*künftig: Mehraufwand Hauptverfahren*), im Rahmen der übergangsweisen Sicherstellung der Abfallentsorgung im Zeitraum ab dem 01.01. bis 28.02.2018 (*künftig: Aufwand Übergangslösung 1*) sowie im Rahmen der übergangsweisen Sicherstellung der Abfallentsorgung im Zeitraum vom 01.05.2018 bis maximal zum 28.02.2019 (*künftig: Aufwand Übergangslösung 2*), die Mindererlöse bei der PPK-Verwertung (Los 6) im Zeitraum 01.01. bis 31.03.2018, die Mehrkosten bei der Bioabfallentsorgung (Los 3) im Zeitraum 01.01. bis 31.10.2018 und die Mehrkosten bei der Sperrmüllsammlung (Los 2) im Zeitraum 01.01. bis 30.04.2018.
- 17 Mit Klageerweiterung vom 10.08.2021 (GA Bd. II Bl. 141) hat sie den Leistungsantrag zu Ziffer 1 erweitert im Hinblick auf Mehrkosten bei der Entsorgung des Sperrmülls (Los 2) in der Zeit vom 01.05.2018 bis 31.05.2021 und einen Feststellungsantrag zu Ziffer 2 gestellt im Hinblick auf künftige Mehrkosten bei der Entsorgung des Sperrmülls (Los 2).
- 18 Mit Klageerweiterung vom 15.11.2021 (GA Bd. III Bl. 1) hat sie den Leistungsantrag zu Ziffer 3 gestellt, welcher sich auf Mehrkosten bei der Sperrmüllsammlung (Los 2) in der

Zeit vom 01.06. bis 31.10.2021 bezieht, und den Feststellungsantrag zu Ziffer 2 entsprechend angepasst.

- 19 Mit Klageerweiterung vom 17.05.2022 (GA Bd. III Bl. 37) hat die Klägerin den Leistungsantrag zu Ziffer 4 gestellt, welcher sich auf Mehrkosten bei der Sperrmüllentsorgung (Los 2) in der Zeit vom 01.11.2021 bis 30.04.2022 bezieht.
- 20 Mit Klageerweiterung vom 23.03.2023 (GA Bd. III Bl. 95) hat die Klägerin den Leistungsantrag zu Ziffer 5 gestellt, welcher sich auf Mehrkosten bei der Sperrmüllentsorgung (Los 2) in der Zeit vom 01.05. bis 31.12.2022 bezieht.
- 21 Das Landgericht hat Beweis erhoben u.a. durch die Vernehmung der Zeugen N. M. (verantwortlicher Ingenieur der Beklagten) am 17.05.2022 und T. W. (Berater) – im Wege der Rechtshilfe – am 26.05.2023 über die Umstände der Angebotserstellung durch die Beklagte.
- 22 Mit seinem am 17.01.2024 verkündeten Grund- und Teilurteil hat das Landgericht die Klage hinsichtlich der Leistungsanträge zu Ziffern 1, 3, 4 und 5 für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt und auf den Antrag zu Ziffer 2 festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin sämtliche weitere Schäden zu ersetzen, welche ihr dadurch entstanden sind oder entstehen werden, dass die Beklagte gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 17.04.2018 sofortige Beschwerde eingelegt hat. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass ein Anspruch auf Ersatz der Schäden in Gestalt der mit der Verzögerung der Auftragsvergabe verbundenen Mehrkosten und des erhöhten Aufwands im Nachprüfungsverfahren nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB begründet sei. Die Beklagte habe ihre vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten dadurch verletzt, dass sie mit Angeboten an der Ausschreibung teilgenommen habe, die bei Kenntnis aller Umstände ihres Zustandekommens auf Seiten der Klägerin nicht zuschlagsfähig gewesen seien. Denn der für sie tätige Zeuge M. habe die Angebote der Beklagten in Kenntnis der Angebote der Mitbewerberin erstellt und jeweils knapp unterboten. Für die Beweiswürdigung hat sich das Landgericht auf vielfältige Parallelen der Angebote der Beklagten und der Mitbewerberin sowie auf das Verhalten der Beklagten im Rahmen der Preisaufklärung durch die Klägerin berufen. Den aus den Unterlagen gewonnenen Erkenntnissen stünden die Aussagen der beiden Zeugen nicht entgegen, insbesondere deswegen nicht, weil sie keine Erklärung für den weitgehenden Gleichlauf der Preis- und Rabattangaben in den Angeboten der Beklagten in Relation zu den Angeboten der Mitbewerberin böten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.
- 23 Die Beklagte hat gegen das ihr am 25.01.2024 zugestellte Urteil mit einem am 31.01.2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese Berufung innerhalb der ihr bis zum 25.04.2024 verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am selben Tage eingegangenen Schriftsatz begründet. Mit ihrem Rechtsmittel verfolgt sie das Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.
- 24 Die Beklagte meint, dass es für den Feststellungsantrag kein Feststellungsinteresse mehr gebe, da die Leistungsanträge zu Ziffern 3 bis 5 den Zeitraum möglicher Mehrkosten bis zum 31.12.2022 abdeckten, so dass angesichts der Maximal-Laufzeit der Verträge die Schadensentwicklung abgeschlossen sei.

- 25 Die Beklagte meint weiter, dass die vom Landgericht herangezogene Anspruchsgrundlage nicht einschlägig sei. Die zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung beziehe sich auf potenzielle Schadensersatzansprüche des übergangenen Bieters. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Haftung sei das wechselseitige Vertrauen der Verhandlungspartner in das jeweils redliche Verhalten des anderen. Dieser Vertrauenstatbestand habe hier nicht vorgelegen. Das Landgericht habe auch zu Unrecht unterstellt, dass die Angebote der Beklagten ausgeschlossen werden mussten, weil es sich bei § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB lediglich um einen fakultativen Ausschlussgrund handele. Im Übrigen schließe § 180 GWB als lex specialis andere Anspruchsgrundlagen aus, ein Missbrauch des Antrags- bzw. Beschwerderechts sei zu keinem Zeitpunkt gegeben gewesen.
- 26 Im Hinblick auf die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts rügt die Beklagte die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil der in der Klageerwidderung enthaltene Vortrag übergegangen worden sei, wonach die Parallelen in den Angeboten der Beklagten und der Mitbewerberin aus den Vorgaben der Ausschreibung und den Beschränkungen des Marktes für die einzusetzende Technik sowie aus dem vergleichbaren Lohnniveau für die Mitarbeiter resultierten (Beweisangebot: Sachverständigengutachten). Es sei nicht erkennbar, auf welche, ggf. eigene Sachkunde sich das Gericht bei seiner Einschätzung einer auffälligen Parallelität berufe. Es sei nicht logisch, dass sich aus dem – inzwischen unstreitigen – Umstand, dass die Angebotskalkulation der Beklagten auf der Grundlage der teilausgefüllten Kalkulationstabelle der Mitbewerberin erstellt worden sei, zugleich ergebe, dass der Beklagten die Angebote der Mitbewerberin bekannt gewesen seien.
- 27 Das vom Landgericht angeführte Indiz des Verhaltens der Beklagten im Rahmen der Preisaufklärung sei dadurch zu erklären, dass sich die Beklagte erstmals nach der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren im Februar 2018 in einem Kenntnisstand befunden habe, der ihr eine Nachforschung ermöglicht habe. Die Bewertung der Aussagen der beiden Zeugen sei spekulativ und fernab des Parteivorbringens erfolgt.
- 28 Schließlich meint die Beklagte, dass ihr Vorbringen im Nachprüfungsverfahren nach der ihr gewährten Akteneinsicht den Vorwurf einer fahrlässig irreführenden Information der Klägerin im Vergabeverfahren habe entfallen lassen, so dass die nach dem 14.03.2018 entstandenen Vermögensschäden nicht mehr auf den ursprünglichen Verstoß zurückzuführen seien. Schadenskausal sei ausschließlich die Entscheidung der Klägerin gewesen, die Angebotsbindefrist ohne Not verstreichen zu lassen.
- 29 Die Beklagte regt die Aussetzung des Verfahrens bis zur Erledigung des Strafverfahrens gegen N. M. u.a. mit dem Geschäftszeichen ... (Amtsgericht ...) an.
- 30 Die Beklagte beantragt,
- 31 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen,
- 32 hilfsweise, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Rechtssache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
- 33 Die Klägerin beantragt,
- 34 die Berufung zurückzuweisen.

- 35 Sie verteidigt im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil und fasst die vielfachen Auffälligkeiten in der Angebotskalkulation der hiesigen Beklagten nochmals zusammen.
- 36 Der Senat hat die Akten des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens (BeiA I 1 VK LSA 33-37/17 der 1. Vergabekammer Sachsen-Anhalt und BeiA II 7 Verg 1/18 OLG Naumburg) beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Der Senat hat am 13.12.2024 mündlich zur Sache verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

B.

- 37 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.
- 38 Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klage bezüglich der Leistungsanträge zu Ziffern 1, 3, 4 und 5 dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Soweit das Landgericht dem zu Ziffer 2 gestellten Feststellungsantrag der Klägerin stattgegeben hat, hat die Klägerin im Berufungsrechtszug Erledigung erklärt. Da sich die Beklagte dieser Teilerledigungserklärung nicht angeschlossen hat, ist der Eintritt der Erledigung in der vorgenommenen Weise festzustellen.
- 39 I. Das Berufungsverfahren ist zur Entscheidung reif.
- 40 1. Der Senat folgt nicht der Anregung der Beklagten, das Berufungsverfahren im Hinblick auf das o.a. Strafverfahren gegen N. M. u.a. beim Amtsgericht ... (Az.: ...) nach § 149 Abs. 1 ZPO auszusetzen.
- 41 a) Nach dieser Vorschrift kann das Gericht die Aussetzung des Rechtsstreits anordnen, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, deren Ermittlungen auf die Entscheidung von Einfluss sind. Eine entsprechende Anregung einer Prozesspartei – ein formelles Antragsrecht und einen subjektiven Rechtsanspruch gibt es insoweit nicht – hat das Gericht entweder durch separaten Beschluss oder – wie hier – in seiner die Instanz abschließenden Entscheidung zu bescheiden.
- 42 b) Der Senat sieht bereits den Tatbestand der Norm als nicht erfüllt an, denn die Vorschrift dient dazu, den Ausgang des Strafverfahrens abwarten zu können, wenn und soweit das Strafverfahren bessere Erkenntnismöglichkeiten bietet und diese nutzbar gemacht werden sollen. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Denn der im o.a. Strafverfahren angeklagte verantwortliche Ingenieur der Beklagten ist im vorliegenden Zivilprozess nach ordnungsgemäßer Belehrung bereits ausführlich als Zeuge vernommen worden und hat hier Angaben zur Sache gemacht; im Strafverfahren steht ihm ein umfassendes Verweigerungsrecht jeglicher Angaben zur Sache zu. Die ebenfalls der Strafverfolgung unterliegende Prokuristin der Mitbewerberin hat bisher keine weiterführenden Angaben zur Sache gemacht. Gegenüber den im Zivilprozess bereits berücksichtigten Beweismitteln sind keine neuen, insbesondere auch keine überlegenen Beweismittel für den Tatvorwurf bezeichnet oder ersichtlich. Auch die Beklagte hat – auf entsprechenden Vorhalt im Termin – keine Anhaltspunkte für bessere Erkenntnismöglichkeiten im Strafverfahren benennen können, insbesondere auch bezüglich solcher, der Beklagten im hiesigen Rechtsstreit günstigen tatsächlichen Umstände.

- 43 c) Selbst wenn der Senat unterstellte, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen vorlägen, hat er eine Ermessensentscheidung zu treffen, bei der alle für und gegen die Aussetzung und damit die Verzögerung der Entscheidung im Rechtsstreit sprechenden Umstände abgewogen werden müssen. Diese Abwägung spräche hier, wäre sie vorzunehmen, gegen eine Aussetzung des Berufungsverfahrens. Auch bei einer unterstellten abstrakten Möglichkeit eines zusätzlichen Erkenntnisgewinns wäre der zu erwartende Erkenntnisgewinn sehr ungewiss. Die Dauer des Strafverfahrens ist nicht prognostizierbar; es ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass zeitnah mit einem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens zu rechnen wäre. Dem gegenüber ist die Verzögerung der Entscheidung im Schadensersatzprozess bereits jetzt beträchtlich, denn der behauptete Schaden der Klägerin ist in Teilen bereits Anfang des Jahres 2018 – also vor sieben Jahren – entstanden und hat sich bis zum 31.12.2022 über fünf Jahre fortentwickelt. Hieraus ergibt sich neben dem Interesse der Allgemeinheit an einem zügigen Verfahrensf Fortgang insbesondere ein schwerwiegendes Interesse der Klägerin an einem Verfahrensfortschritt. Daneben ist aber auch aus der – objektivierten – Sicht der Beklagten ein Interesse an einer Zwischenentscheidung – hier in Gestalt eines Grundurteils – vorhanden, denn die Beklagte ist während des gesamten Zeitraums mit dem Risiko erheblicher Schadensersatzzahlungen belastet.
- 44 2. Soweit die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung geltend macht, dass das Landgericht in verfahrensrechtlich zu beanstandender Weise die Beweisaufnahme nicht vollständig durchgeführt habe, ist – vorgezogen zu einer inhaltlichen Bewertung – festzustellen, dass die von der Beklagten vermisste Einholung eines Gutachtens über die Richtigkeit von deren pauschaler Gegenbehauptung nicht geboten gewesen ist, wonach sich die vom Gericht festgestellten und von der Beklagten nicht mehr in Zweifel gezogenen mannigfachen Parallelen in der Struktur, dem Inhalt und sogar in den taktischen Prämissen der Angebotskalkulationen in den Angeboten der Beklagten und in den Angeboten der Mitbewerberin quasi zwangsläufig aus der Struktur des Marktes ergäben. Die u.a. in der angefochtenen Entscheidung im Abschnitt 6. lit. a) der Entscheidungsgründe aufgeführten Parallelen dienten zwar im Stadium der Angebotsaufklärung im Vergabeverfahren im Herbst 2017 noch als Anhaltspunkte für den Verdacht einer Angebotserstellung durch die Beklagte in Kenntnis zumindest wesentlicher Teile der Angebotskalkulation der Mitbewerberin und lösten damals weitere Aufklärungsmaßnahmen aus.
- 45 Inzwischen kommt es darauf nicht mehr entscheidend an. Denn die Beklagte hat inzwischen eingeräumt, dass ihre Angebotskalkulation nicht eigenständig erfolgte und nicht nur zufällig diese Parallelen aufwies, sondern dass sie auf der Grundlage der Daten auf dem USB-Stick erstellt wurde, welchen der Berater in seinem Briefkasten aufgefunden haben will. Es steht inzwischen auch fest, dass die Kalkulationsdaten auf dem USB-Stick aus der Urkalkulation der Angebote der Mitbewerberin im selben Vergabeverfahren stammten (vgl. die unstreitigen – zusammenfassenden – Angaben der Klägerin in ihrer Klageschrift vom 28.06.2019, S. 19). Daraus folgt, dass unabhängig von der Richtigkeit der Gegenbehauptung jedenfalls im streitgegenständlichen Vergabeverfahren die Übereinstimmungen zwischen den Angeboten der Beklagten und der Mitbewerberin nicht zufälliger Natur waren, sondern auf der Verwendung übereinstimmender, von der Mitbewerberin stammender Kalkulationsdaten beruhten. Darüber hinaus ist die Unrichtigkeit der pauschalen Gegenbehauptung der Beklagten offenkundig, ohne dass es einer besonderen Sachkunde des Gerichts oder gar der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf. Bereits die Ergebnisse der streitgegenständlichen Ausschreibung zeigen einen

(teilweise) funktionierenden Wettbewerb im Hinblick auf die Angebotspreise der anderen Bieter. Maßgeblich für diese Bewertung sind aber auch die Umstände, welche eine Identifizierung der Herkunft der Daten auf dem USB-Stick ermöglichten. Diesen Daten war nicht nur zu entnehmen, dass sie mit einem spezifischen, bei der Mitbewerberin eingesetzten Tool und auf der Grundlage von mit einem hausinternen Programm der Mitbewerberin („...“) erfassten und ausgewerteten Leistungsansätzen erstellt worden waren, sondern auch, dass kalkulationsrelevante betriebliche Daten teilweise sehr spezifisch waren und in Relation zu den betrieblichen Besonderheiten beider Unternehmen auch erheblich variierten, beispielsweise bezüglich der Anschaffungskosten der Fahrzeuge, bezüglich der auf der Grundlage von individuellen Betriebsvereinbarungen gezahlten Stundenlöhne oder bezüglich der von den jeweiligen Betriebsstandorten abhängigen unterschiedlichen Umschlagskosten.

- 46 II. Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die mit den Leistungsanträgen zu Ziffern 1, 3, 4 und 5 geltend gemachten Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB dem Grunde nach gerechtfertigt sind.
- 47 1. Die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zum Anspruch auf Schadensersatz aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen sind entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten auf den vorliegenden Fall anwendbar.
- 48 a) Allerdings ist auf den vorliegenden Sachverhalt die Vorschrift des § 180 GWB aus dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, denn für das Vergabeverfahren bestand eine EU-weite Ausschreibungspflicht nach den §§ 98 ff. GWB – die Klägerin ist öffentliche Auftraggeberin nach § 99 Nr. 2 GWB, der Auftrag betrifft entgeltliche Dienstleistungen i.S.v. § 103 Abs. 1 und Abs. 4 GWB, der Netto-Auftragswert des Gesamtauftrags überschreitet den sog. Schwellenwert i.S.v. § 106 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU und Art. 1 VO (EU) 2015/2170, es liegt keiner der Ausschlussgründe der §§ 107 bis 109 GWB vor. Das steht der Anwendung des allgemeinen Zivilrechts aber nicht entgegen, insbesondere nicht i.S. einer Gesetzeskonkurrenz wegen Spezialität.
- 49 b) Der Wortlaut der Vorschrift enthält keine Anhaltspunkte für die Klärung der Streitfrage. Anders, als beispielsweise die Vorschrift des § 181 GWB, enthält sie insbesondere nicht die Regelung, dass weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz unberührt bleiben. Der Senat stützt seine Auslegung der Norm insbesondere auf die Gesetzesgenese und den mit der Vorschrift verfolgten Zweck. Die Rechtsnorm wurde zugleich mit der im Jahre 1998 geschaffenen, ab dem 01.01.1999 in Kraft getretenen Möglichkeit der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz in Vergabeverfahren mit EU-weiter Ausschreibungspflicht erlassen. Mit ihr wurde eine eigene vergaberechtliche Anspruchsnorm für Fälle des Missbrauchs dieses Primärrechtsschutzes geschaffen (vgl. RegE v. 29.01.1998, BT-Drs. 13/9340, S. 22 – *damals zu § 134 GWB-E*), weil der Gesetzgeber eine spezifische Missbrauchsgefahr und ein übermäßiges Blockieren von Beschaffungsmaßnahmen besorgte (vgl. nur Hattig in: Praxiskomm. VergabeR, 2010, § 125 Rn. 2). Der Gesetzgeber hat selbst bereits verdeutlicht, dass es sich um eine „spezielle Ausprägung“ der Rechtsgedanken des § 826 BGB – im Sinne einer Urteilserschleichung – und des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB – im Sinne eines sog. „Prozessbetrugs“ – handeln soll, also um einen spezifischen deliktsrechtlichen Anspruch mit besonders hohen tatbestandlichen Voraussetzungen, der im Zivilrechtsweg geltend zu machen ist (ebenso OLG Naumburg, Beschluss v. 14.03.2014 – 2 Verg 1/14 „Projektsteuerung“ – VergabeR 2014, 787, in juris

Rz. 26). Schon nach der Systematik des Zivilrechts stehen deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen mit unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen parallel nebeneinander (vgl. Franßen in: Byok/Jaeger, GWB, 4. Aufl. 2020, § 180 Rn. 10) und verdrängen regelmäßig (vor-) vertragliche Anspruchsgrundlagen nicht. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – die Anspruchsgrundlagen unterschiedliche Schadenspositionen erfassen. Während § 180 GWB nur spezifische Verhaltensweisen im Nachprüfungsverfahren sanktioniert und für die hieraus resultierenden Schäden eine Ausgleichsmöglichkeit begründet, beziehen sich Ansprüche aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis auch auf Verhaltensweisen im Vergabeverfahren selbst – unabhängig von einer Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes – und können auch auf den Ausgleich von Schäden gerichtet sein, deren Eintritt nicht im Zusammenhang mit einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren steht. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass die Vorschrift des § 180 Abs. 3 GWB der Norm des § 945 ZPO nachgebildet ist. Für diese zwar in der Prozessordnung normierte, aber ihrer Natur nach ebenfalls deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage ist allgemein anerkannt, dass Ansprüche auch nach anderen materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen begründet sein können (vgl. nur Vollkommer in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 945 Rn. 5 m.w.N.). Deswegen mag § 180 GWB die Anwendung der § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB als speziellere Norm verdrängen; nach allgemeiner Auffassung kommt aber neben § 180 GWB z.B. auch eine Sanktionierung nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 241 Abs. 2 BGB, in Betracht (vgl. Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 2. Aufl. 2023, § 180 Rn. 62; Scharen in: Willenbruch/Wieddekind, KK-VergabeR, 4. Aufl. 2017, § 180 GWB Rn. 16).

- 50 c) Während es zur Vorschrift des § 180 GWB keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, ist zu der ebenfalls spezifischen vergaberechtlichen Anspruchsnorm des § 126 GWB a.F./ § 181 GWB n.F. – Ersatz des Vertrauensschadens des teilnehmenden Unternehmens gegen den öffentlichen Auftraggeber bei Vergaberechtsverstoß – bereits entschieden worden, dass sie die Anwendung anderer Anspruchsgrundlagen nicht ausschließt (vgl. BGH, Urteil v. 01.08.2006 – X ZR 146/03 – VergabeR 2007, 194; BGH, Urteil v. 27.11.2007 – X ZR 18/07 „Hochwasserschutzanlage“ – VergabeR 2008, 219). Die in diesen Entscheidungen niedergelegten Erwägungen sind ohne Weiteres auf § 180 GWB übertragbar.
- 51 2. Die Beklagte hat nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts mehrfach gegen vorvertragliche Pflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB verstoßen.
- 52 a) Die Prozessparteien streiten nicht darüber, dass mit der Teilnahme der Beklagten am Offenen Verfahren der Klägerin ein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 BGB entstanden ist, in denen den Beteiligten wechselseitig die Nebenpflichten des § 241 Abs. 2 BGB oblagen, also auch der Beklagten als Bieterin die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Klägerin als Vergabestelle und Auftraggeberin. Unterwerfen sich die Parteien eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses besonderen Regelungen, wie hier den Vorschriften der Vergabeverordnung, so werden die wechselseitigen Rücksichtnahme- und Schutzpflichten durch dieses Vergaberegime konkretisiert. Ein vergaberechtswidriges Verhalten entweder des Auftraggebers oder des Bieters ist regelmäßig zugleich ein pflichtwidriges Verhalten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB. Die Klägerin hat zu Recht darauf hingewiesen, dass eine schadensersatzträchtige Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB nicht voraussetzt, dass der Geschädigte, hier die Klägerin, auf ein pflichtgemäßes Verhalten des Schädigers, hier der Beklagten, vertraut hat

(vgl. nur BGH, Urteil v. 09.06.2011 – X ZR 143/10 „Rettungsdienstleistungen II“ – BGHZ 190, 89 für Pflichtverletzungen im Vergabeverfahren).

- 53 b) Nach diesen Maßstäben stellte es bereits eine Pflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB dar, dass sich die Beklagte am Vergabeverfahren mit Angeboten beteiligte, welche unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB), aus denen das Gebot des Geheimwettbewerbs hergeleitet wird, erstellt wurden.
- 54 aa) In § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB ist der zentrale Grundsatz des öffentlichen Auftragswesens dahin formuliert, dass der öffentliche Auftraggeber seine Leistungen im Wettbewerb zu beschaffen hat. Die Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes erfordert insoweit u.a. von den Bietern, dass die Abgabe eines Angebots in Unkenntnis der Konkurrenzangebote erfolgen muss, weil anderenfalls die Ziele des Wettbewerbs nicht erreicht werden können, insbesondere das Ziel, durch die Organisation eines fairen Wettbewerbs einen wirtschaftlichen Anreiz für Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen, die vom öffentlichen Auftraggeber benötigten Leistungen in einem von ihm definierten Sinne wirtschaftlich (§ 127 Abs. 1 GWB) anzubieten. Wenn der einzelne Bieter nicht weiß, welche Konditionen der Konkurrent seiner Offerte zugrunde legt, wird er, um seine Aussicht auf den Erhalt des Zuschlags zu steigern, bis an die Rentabilitätsgrenze seiner individuell berechneten Gewinnzone kalkulieren. Kennt ein Bieter hingegen wesentliche Kalkulationsdaten eines Konkurrenzangebotes, muss er nicht mehr potenziell günstigere Angebote unterbreiten, sondern er braucht sein Angebot nur noch an die ihm bekannten Bedingungen der Konkurrenz auszurichten. Durch die Abgabe eines nicht eigenständigen, sondern an den Kalkulationsgrundlagen eines Konkurrenzangebotes orientierten und dessen Ansätze jeweils knapp unterschreitenden Angebotes hat ein solcher Bieter gegenüber den anderen Bietern ungerechtfertigte Vorteile. Wesentliches und unverzichtbares Kennzeichen einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist daher die sowohl durch den öffentlichen Auftraggeber als auch durch die Bieter jeweils bewirkte Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung beteiligten Bietern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.09.2003 – Verg 52/03 – VergabeR 2003, 690, in juris Rz. 9; Thüringer OLG, Beschluss v. 06.07.2004 – 6 Verg 3/04 – in juris Rz. 18; OLG Naumburg, Beschluss v. 02.08.2012 – 2 Verg 3/12 „Müllheizkraftwerk I“ – VergabeR 2013, 123, in juris Rz. 43; OLG München, Beschluss v. 14.03.2013 – Verg 32/12 „Vergärungsanlage I“ – VergabeR 2013, 917, in juris Rz. 47; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.02.2013 – VII-Verg 31/12 – VergabeR 2014, 188, in juris Rz. 46). Diese Rechtsauffassung zur Auslegung letztlich des Unionsrechts hat der Gerichtshof der Europäischen Union auch unter Geltung der aktuellen Richtlinien bestätigt (vgl. EuGH, Urteil v. 15.09.2022 – C 416/21 „Landkreis Aichach-Friedberg“ – VergabeR 2023, 30, Rz. 58, 64; nachfolgend BayObLG, Beschluss v. 11.01.2023 – Verg 2/21 „Regionalbuslinienverkehr“ – VergabeR 2023, 411, in juris Rz. 84). Mit der Abgabe eines nicht eigenständig, sondern unter Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs erstellten Angebots verletzt der Bieter objektiv seine in § 241 Abs. 2 BGB definierte Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber.
- 55 bb) Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Beklagte bei der Erstellung ihrer Angebote objektiv gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs verstoßen hat, indem sie ihre Angebotskalkulation an dem Kalkulationsschema und den Daten der Urkalkulation der Mitbewerberin orientierte und die hieraus resultierenden Preise jeweils bewusst unterbot.

- 56 (1) Zunächst ist darauf zu verweisen, dass das Berufungsgericht im Zivilprozess einer sog. Tatsachenbindung unterliegt. Hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen der zu treffenden Entscheidung im Rechtsstreit ist der Prüfungsumfang des Berufungsgerichts eingeschränkt. Auch wenn das Berufungsgericht noch Tatsachengericht ist, hat es grundsätzlich gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO als den Kernbestimmungen des Berufungsrechtes von den Tatsachen auszugehen, die das Gericht des ersten Rechtszuges festgestellt hat. Das gilt nur dann und insoweit nicht, soweit konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Eine erneute Beweisaufnahme und damit ein Abweichen von den Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts kommen daher nur dann in Betracht, wenn eine gewisse, nicht notwendig überwiegende, aber auch nicht nur theoretische Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen unrichtiger oder unvollständiger Feststellungen besteht (vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 529 Rn. 8 m.w.N.). Dies ist etwa dann der Fall, wenn die beweiswürdigen Erwägungen einer festen Tatsachengrundlage entbehren, also nur Vermutungen wiedergeben, lückenhaft sind oder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder schließlich bei einer Verkennung der Beweislastverteilung, und wenn dies zu einer unzutreffenden rechtlichen Würdigung geführt hat. An solchen Anhaltspunkten fehlt es hier; vielmehr folgt der Senat uneingeschränkt den erstinstanzlichen Feststellungen.
- 57 (2) Das Landgericht hat zutreffend eine Vielzahl von Indizien aufgeführt, welche in ihrer Gesamtheit nur den Schluss zulassen, dass die Beklagte wesentliche Kalkulationsgrundlagen der Angebote der Mitbewerberin kannte, ihrer eigenen Angebotskalkulation zugrunde legte und sie bewusst jeweils knapp unterbot, um ihre Zuschlagschancen zu verbessern. In den Losen 1, 2, 4 und 6 unterbot die Beklagte die Preise in €/Mg jeweils um genau 1,00 €, zahlreiche weitere anzugebende Einzelpreise in Abhängigkeit von der behandelten Abfallmenge wiesen jeweils annähernd den gleichen Abstand zueinander auf; insoweit nimmt der Senat auf die tabellarische Aufstellung auf Seite 7 ff. der Klageschrift Bezug, welcher die Beklagte inhaltlich nicht entgegengetreten ist. In der von der Klägerin vorgelegten schematischen Darstellung der Kostenverläufe in den Losen 1, 3, 4 und 6 hinsichtlich der jeweils fünf Mengenkorridore ergibt sich ein exakt paralleler Kurvenverlauf. Bei den leerungsabhängigen Preisen unterbot die Beklagte das Angebot der Mitbewerberin für drei Behältergrößen um 0,2 Cent und für zwei Behältergrößen um 0,3 Cent und lediglich für eine Behältergröße um 0,6 Cent. Die Beklagte führte in ihren Angeboten für exakt dieselben Loskombinationen, wie die Mitbewerberin, Rabattangebote auf, welche mit einer einzigen Ausnahme jeweils 0,1 bzw. 0,2 % höher lagen als diejenigen der Mitbewerberin. Dabei fehlte bei der Beklagten ausgerechnet diejenige (mögliche) Rabattkombination, welche auch von der Mitbewerberin nicht angeboten wurde. Wegen der Einzelheiten wird auf die tabellarische Darstellung auf S. 11 der Klageschrift Bezug genommen. Im Übrigen macht sich der Senat die erstinstanzlichen Feststellungen bezüglich der jeweils losweisen Betrachtungen (LGU S. 15 f.) zu Eigen.
- 58 (3) Angesichts der Vielzahl der Parallelen in den jeweiligen Angeboten der Beklagten und der Mitbewerberin in allen fünf Losen sowie weiterer Umstände – die weitgehend identische formale und inhaltliche Struktur, die weitgehende Identität des Aufbaus der aus einer Standard-Software-Lösung der Mitbewerberin stammenden Kalkulationstabellen einschließlich der Spaltenüberschriften, der Zeilenumbrüche und einzelner Textfelder, identischer Rechtschreib- und inhaltliche Zuordnungsfehler – hat die Beklagte inzwischen eingeräumt, dass sie ihre Angebotskalkulation nach den Kalkulationsdaten auf einem

USB-Stick ausgerichtet und diese Daten bewusst unterschritten hat. Es ist inzwischen unstrittig, dass die Daten auf dem USB-Stick die Daten der Kalkulation der Angebote der Mitbewerberin im selben Vergabeverfahren waren.

- 59 c) Ein weiterer objektiver Verstoß der Beklagten gegen die nach § 241 Abs. 2 BGB bestehende Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen der Klägerin liegt darin, dass die Beklagte im Rahmen der Aufklärung ihrer Angebotskalkulation nach der Öffnung der sog. Urkalkulationen der hiesigen Beklagten und der Mitbewerberin ihre Orientierung an den Kalkulationsdaten der Mitbewerberin in Abrede stellte und dadurch weitere Ermittlungen der Klägerin veranlasste, statt das tatsächliche Zustandekommen ihrer Angebotskalkulation umfassend wahrheitsgemäß offenzulegen. Gleiches gilt für die hier missbräuchliche Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (dazu unter Abschnitt B. III. der Gründe).
- 60 3. Die vorgenannten Pflichtverletzungen sind ursächlich im Sinne einer haftungsbegründenden Kausalität für die mit den Leistungsanträgen zu Ziffern 1, 3, 4 und 5 geltend gemachten Schäden.
- 61 a) Für Schadenspositionen, welche den erhöhten Prüfungsaufwand der hiesigen Klägerin bereits vor der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes durch die hiesige Beklagte betreffen und die teilweise Gegenstand des Leistungsantrags zu Ziffer 1 sind, besteht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den objektiv unwahren Angaben der Beklagten zur angeblichen Eigenständigkeit ihrer Angebotskalkulation und den zusätzlichen Aufwendungen der Klägerin für eine ingenieurtechnische und rechtliche Beratung im Umgang mit den Angeboten der Beklagten. Die Ursächlichkeit ist evident.
- 62 b) Für die Schadenspositionen, die auf die beiden Übergangslösungen sowie – hinsichtlich der Dienstleistungen des Loses 2 – auf den Ausfall des Angebots des nach dem Ausschluss der Beklagten verbliebenen Bestbieters zurückgeführt werden, genügt es, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den unwahren Angaben der hiesigen Beklagten im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren und dem Inkraftsetzen des prozessualen Zuschlagsverbots durch Übermittlung der Antragsschrift nach §§ 163 Abs. 2, 169 Abs. 1 GWB besteht. Die unwahren Angaben zur Angebotsgenese und insbesondere zur Eigenständigkeit der Angebotskalkulation sowie die gegen die Klägerin erhobenen Vorwürfe einer bewussten Diskriminierung und Verdrängung zugunsten der Mitbewerberin können nicht hinweggedacht werden, weil sie den Kern der von der hiesigen Beklagten im Nachprüfungsverfahren erhobenen Rüge des vergaberechtswidrigen Angebotsausschlusses bildeten. Da die ausgeschriebenen Dienstleistungen zur Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge unverzichtbar waren, mussten sie für die Zeit des prozessualen Zuschlagsverbots im Hauptvergabeverfahren anderweitig – interimswise – beschafft werden. Damit im Zusammenhang stehende Mehrkosten gegenüber den fiktiven Kosten bei rechtzeitiger Zuschlagserteilung im Hauptverfahren stehen in einem Kausalverhältnis zur vorgenannten Pflichtverletzung der Beklagten.
- 63 4. Die Beklagte hat die vorgenannten Pflichtverletzungen nach § 241 Abs. 2 BGB auch schuldhaft begangen. Hierfür genügte ein fahrlässiges Verhalten. Der Senat ist nach den o.a. Maßstäben des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auch insoweit an die vom Landgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden, wonach die Beklagte in Person ihres verantwortlichen Ingenieurs positive Kenntnis davon hatte, dass die Daten auf dem USB-

Stick die Kalkulation der Mitbewerberin im Vergabeverfahren enthielten, welche die Beklagte bewusst und systematisch unterbot.

- 64 a) Das Landgericht ist in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Beklagte bereits bei Angebotserstellung positive Kenntnis davon hatte, dass die ihrer Angebotskalkulation zugrunde gelegten Daten auf dem USB-Stick von einem anderen Bietter im selben Vergabeverfahren stammten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte in rechtlicher Hinsicht das Wissen ihres verantwortlichen Ingenieurs und ihres externen Beraters nach §§ 166 Abs. 1, 278 BGB zurechnen lassen muss.
- 65 aa) Zwar ist ungeklärt geblieben, auf welchem Wege der betreffende USB-Stick in den Briefkasten des Beraters der Beklagten gelangte und wann ein konkretes Gespräch zwischen dem Berater und dem verantwortlichen Ingenieur der Beklagten über die eigene Angebotskalkulation stattfand. Ob und inwieweit dem Berater der Beklagten zur Zeit der Angebotserstellung positiv bekannt war, dass die Daten von der Mitbewerberin stammten, konnte nicht festgestellt werden. In seiner Person kommt in Betracht, dass er lediglich grob fahrlässig handelte, weil er trotz der massiven Anhaltspunkte für das Vorliegen der Leistungsansätze eines anderen Unternehmens diese seiner Mitwirkung an der Angebotskalkulation der Beklagten zugrunde legte. Für eine mit dem Unternehmen der Beklagten und dessen betrieblichen Strukturen vertraute sowie mit Angebotskalkulationen für die Beklagte befasste fachkundige Person, wie hier für den Berater der Beklagten, war klar erkennbar, dass die Leistungsansätze der Kalkulationsdaten auf dem USB-Stick nicht dem Unternehmen der Beklagten zuzuordnen waren. Demgemäß hat die Beklagte selbst vorgetragen, dass ihrem Berater aufgefallen sei, dass die auf dem USB-Stick gespeicherte Excel-Datei Zahlen enthielt, welche nicht mit den von ihm selbst ermittelten Daten zu den Leistungsansätzen, z.B. zu Fahrzeuggrößen, Grundstückskosten, Personalkosten oder Kosten des Identsystems, passten (vgl. Schriftsatz der Beklagten im Nachprüfungsverfahren vom 14.03.2018, BeiA I Bd. II Bl. 306). Dabei handelte es sich um Kostenansätze, welche nicht nur unbedeutende Nebenpunkte einer Angebotskalkulation betrafen, sondern typischerweise erheblichen Einfluss auf die Preisbildung nehmen. Der Berater hat in seiner Zeugeneinvernahme am 26.05.2023 darüber hinaus auch mehrfach angegeben, dass er die in der Angebotskalkulation für die Beklagte letztlich festgelegten Preise als zu niedrig und zu knapp kalkuliert erachtete, insbesondere die Preise im Los 1 (Restmüll). Seine Aussage, dass er hinsichtlich der Abweichungen der Kostenansätze zwischen den von ihm ermittelten und den auf dem USB-Stick gespeicherten Daten von – versehentlich fehlerhaft eingetragenen – „Füllangaben“ ausgegangen sei, ist unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Wenn schon die Kostenparameter nicht mit den Betriebsdaten der Beklagten übereinstimmten, konnte die gesamte hierauf aufbauende Angebotskalkulation nicht mehr stimmig sein. Die vermeintlichen „Fülldaten“ können in dem Kalkulationsschema nicht durch Übertragung der bereits zuvor an ihn übermittelten Realdaten der Beklagten ersetzt werden, ohne dass dies Einfluss auf die hierauf beruhende gesamte übrige Preiskalkulation hat.
- 66 bb) Die Bewertung des Landgerichts, wonach das Verhalten des verantwortlichen Ingenieurs den Schluss zulässt, dass er sich bewusst war, dass es sich bei den Daten auf dem USB-Stick um die Angebotskalkulation der Mitbewerberin im Vergabeverfahren handelte, und dass er bestrebt war, die Preise der Mitbewerberin jeweils knapp zu unterschreiten, dass er also vorsätzlich handelte, ist nicht zu beanstanden. Der Berater hat in seiner zeugenschaftlichen Vernehmung bekräftigt, dass es dem verantwortlichen Ingenieur darum gegangen sei, diesen Auftrag unbedingt zu erhalten. Eine andere als die vom Land-

gericht angenommene Erklärung dafür, warum die in der Excel-Tabelle vorhandenen Preisangaben jeweils nochmals systematisch reduziert wurden und sich der Angebotspreis damit noch weiter von einem aus Sicht des Beraters angemessenen Preis entfernte, ist nicht ersichtlich. Die Zeugenaussage des verantwortlichen Ingenieurs, wonach die Daten des USB-Sticks unverändert in die Angebotsunterlagen der Beklagten übernommen worden seien, ist nachweislich falsch. Nach den Aussagen beider Zeugen beruhten jedenfalls die Rabattangebote auf den Entscheidungen des verantwortlichen Ingenieurs. Die auffällige vorbeschriebene Parallelität zu den Rabatten für Loskombinationen der Mitbewerberin ist nur nachvollziehbar, wenn der Ingenieur Kenntnis von diesen Daten des Konkurrenzangebotes hatte.

- 67 b) Nur ergänzend ist darauf zu verweisen, dass selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass die Beklagte – insbesondere in Person ihres verantwortlichen Ingenieurs – zum Zeitpunkt der Erstellung ihrer Angebote lediglich fahrlässig nicht erkannte, dass sie ihre Angebotskalkulation an der Angebotskalkulation der Mitbewerberin orientierte und damit gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs verstieß, sie im Hinblick auf die Verletzung ihrer vorvertraglichen Rücksichtspflichten spätestens nach der Gewährung der Akteneinsicht im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren im Februar 2018 vorsätzlich handelte. Denn durch den Vorhalt der diversen Parallelen in den Angebotskalkulationen der Beklagten und der Mitbewerberin wurde für sie evident, dass ihre Preiskalkulation der Preiskalkulation der Mitbewerberin folgte und diese bewusst jeweils knapp unterbot. Es war spätestens zu diesem Zeitpunkt offensichtlich, dass die Daten auf dem USB-Stick, welche der Angebotskalkulation der Beklagten zugrunde lagen, die Kalkulationsdaten der Mitbewerberin waren. Die Beklagte beharrte in Kenntnis des eigenen objektiv pflichtwidrigen Verhaltens gleichwohl darauf, den Ausschluss ihrer Angebote rückgängig zu machen, indem sie diesen Ausschluss weiter als vergaberechtswidrig rügte und der Nachprüfung unterstellte. Dabei war ihr bewusst, dass die Klägerin durch das prozessuale Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB in den Losen 1, 2, 3 und 4 die benötigten Dienstleistungen im Hauptverfahren nicht beschaffen konnte und deswegen anderweitige, im Zweifel kostengünstigere Lösungen zur Sicherstellung der Abfallentsorgung finden musste.
- 68 c) Den Feststellungen zum Verschulden der Beklagten stehen die Erkenntnisse der Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 27.04.2018 nicht entgegen. Die Feststellungen entfalten keine Bindungswirkung; insbesondere waren das Landgericht und ist der Senat trotz der Feststellung der Vergabekammer, wonach die hiesige Beklagte „zumindest fahrlässig“ irreführende Angaben zur Genese ihrer Angebotskalkulation gemacht habe, nicht gehindert, einen vorsätzlichen Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs festzustellen.
- 69 aa) Nach § 179 Abs. 1 GWB ist ein ordentliches Gericht, welches mit einer Schadensersatzforderung wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften befasst ist, an eine bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer bzw. eine rechtskräftige Entscheidung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts gebunden. Die Bindungswirkung erstreckt sich dabei auf die Feststellung des Vergaberechtsverstoßes. Da das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren, wie sich insbesondere aus §§ 160, 168 GWB ergibt, lediglich die Verletzung subjektiver Rechte der Teilnehmer des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber oder – soweit abweichend – durch die Vergabestelle zum Gegenstand haben kann, kann sich auch die Bindungswirkung nur auf die Feststellung von Vergabeverstößen des Auftraggebers bzw. der Vergabestelle beziehen. Etwaige Feststellungen

zu einem Fehlverhalten des Teilnehmers am Vergabeverfahren erwachsen schon nicht in Bestands- oder Rechtskraft.

- 70 bb) Darüber hinaus erstreckt sich die Bindungswirkung, selbst wenn sie eintritt, nur auf die Beurteilung der Verletzung des Teilnehmers am Vergabeverfahren (regelmäßig des Antragstellers, u.U. auch eines Beigeladenen) in seinen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und mithin auf die Vergaberechtswidrigkeit, nicht aber auf ein etwaiges Verschulden oder gar den Verschuldensgrad (vgl. nur Hänisch in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 179 Rn. 7).
- 71 5. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ein Mitverschulden der Klägerin nach § 254 Abs. 2 BGB an der Entstehung der von ihr geltend gemachten Schäden nicht festzustellen.
- 72 a) Zwar können sowohl ein Ersatzanspruch nach § 180 GWB (vgl. Scharen, a.a.O., § 180 GWB Rn. 13; Gnittke/Hattig, a.a.O., § 180 Rn. 49 f. m.w.N.) als auch derjenige nach § 280 Abs. 1 BGB gemäß § 254 BGB gemindert oder aufgehoben sein. Die Beklagte leitet eine Mitverantwortung der Klägerin i.S.v. § 254 Abs. 2 BGB für deren Mehrkosten durch die Beauftragung des Zweitplatzierten im Los 2 (Sperrmüll und Elektrogeräte) daraus ab, dass die Klägerin nach der Entscheidung der Vergabekammer vom 27.04.2018, welche der Beklagten am 30.04.2018 zugestellt wurde, nicht dafür Sorge getragen habe, unverzüglich nach Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 GWB am 28.05.2018 auf das Angebot der Bestbieterin in Los 2 den Zuschlag zu erteilen. Dem folgt der Senat nicht.
- 73 b) Der Vorschrift des § 254 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Geschädigte für einen Schaden mitverantwortlich ist, an dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat. Der Geschädigte muss die ihm in eigenen Angelegenheiten obliegende Sorgfalt zumindest fahrlässig verletzt haben (vgl. nur Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 84. Aufl. 2025, § 254 Rn. 8 m.w.N.). Im Hinblick auf die sog. Schadensminderungspflicht i.S.v. § 254 Abs. 2 BGB besteht der Mitverschuldensvorwurf darin, dass der Geschädigte Maßnahmen unterlässt, die ein verständiger Mensch zur Verminderung des Umfangs des eintretenden Schadens ergreifen würde (vgl. Grüneberg, a.a.O., § 254 Rn. 36 m.w.N.).
- 74 c) Die Klägerin hatte zwar rechtlich die Möglichkeit, vor dem Ablauf der Bindefrist des Angebots des Bestbieters in Los 2 am 06.06.2018 einen Zuschlag auf dessen Angebot zu erteilen. Denn das prozessuale Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB lief zwei Wochen nach dem Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist, mithin am 28.05.2018, automatisch aus. Die Beklagte hatte in ihrer Beschwerdeschrift keinen Antrag auf Anordnung der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung – also auf Verlängerung des prozessualen Zuschlagsverbots – nach § 171 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellt. Das Unterlassen der Zuschlagserteilung ist aber hier nicht als ein sorgfaltswidriges Verhalten der Klägerin zu bewerten. Die Beklagte verfolgte im Beschwerdeverfahren weiter das Ziel, den Ausschluss ihres Angebots rückgängig zu machen. Auch im Los 2 hatte sie das preisgünstigste Angebot im Wettbewerb abgegeben. Aus Sicht der Klägerin bestand mithin das Risiko, sich gegenüber der Beklagten haftbar zu machen, wenn sie den Zuschlag auf das Angebot des Bieters erteilte, der ohne den Ausschluss des Angebots der Beklagten nur Zweitplatzierte war. Dieser Schadensersatzanspruch hätte ggf. das positive Interesse der Beklagten an der Auftragserteilung umfasst. Dieses Risiko musste die Klägerin zu einer potentiellen Schadensminderung nicht eingehen. Jedenfalls verstieß ihr Verhalten angesichts

der sich gegenüberstehenden wirtschaftlichen Risiken nicht gegen die in eigenen Angelegenheiten gebotene Sorgfalt.

- 75 d) Hilfsweise ist darauf zu verweisen, dass selbst dann, wenn in dem Verhalten der Klägerin eine fahrlässige Pflichtverletzung zu sehen wäre, eine Abwägung zwischen den Verschuldensanteilen beider Parteien zu erfolgen hätte. Für die Haftungsverteilung käme es entscheidend darauf an, ob das Verhalten der Klägerin oder das der Beklagten den Eintritt des Schadens in einem wesentlich höheren Maße wahrscheinlich gemacht hat (vgl. Scharen, a.a.O., § 180 GWB Rn. 13 m.w.N.; Gnittke/Hattig, a.a.O., § 180 Rn. 50). Nach diesen Maßstäben überwiegt das – bei Einlegung der sofortigen Beschwerde vorsätzliche – Verschulden der Beklagten so erheblich gegenüber dem allenfalls als leicht fahrlässig zu bewertenden Verschulden der Klägerin, dass es bei einer vollen Haftung der Beklagten zu verbleiben hätte.
- 76 III. Die Klägerin kann ihre mit den Leistungsanträgen zu Ziffern 1, 3, 4 und 5 verfolgten Schadensersatzansprüche daneben auch auf § 180 Abs. 1 und 2 GWB stützen; diese Anspruchsgrundlage vermag jedoch nicht alle von ihr geltend gemachten Schadenspositionen zu rechtfertigen.
- 77 1. Nach den vorausgeführten Feststellungen sind die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm erfüllt.
- 78 a) Die in § 180 Abs. 2 GWB enthaltene Aufführung von Regelbeispielen für Missbrauch ist nicht abschließender Natur („insbesondere“), so dass für die Entscheidung des Senats in erster Linie auf die Generalklausel in Absatz 1 abzustellen ist. Danach sind ein objektiv von Anfang an aussichtsloser Nachprüfungsantrag bzw. ein entsprechendes Rechtsmittel sowie das Hinzutreten besonderer Umstände erforderlich, welche die Würdigung zulassen, dass der Antragsteller sein Recht auf Primärrechtsschutz rechtsmissbräuchlich einsetzt, also mit einer subjektiv verwerflichen Zielrichtung. Das subjektive Merkmal ist erfüllt, wenn ein Teilnehmer am Vergabeverfahren die Antragstellung im Primärrechtsschutz in dem Bewusstsein, dass sein Begehren aufgrund der materiellen Rechtslage und bei richtiger Rechtsanwendung chancenlos ist, in rücksichtslosem Eigeninteresse vornimmt. Insoweit ist darauf zu verweisen, dass die Missbrauchshandlung nicht nur durch die Antragstellung selbst begangen werden kann, sondern auch durch sonstige Verfahrenshandlungen, mit denen der Antragsteller auf das (weitere) Nachprüfungsverfahren Einfluss zu nehmen sucht (vgl. Gnittke/Hattig, a.a.O., § 180 Rn. 23 m.w.N.). Anders als der Mangel der Rechtfertigung von Antrag oder Rechtsmittel muss die Missbräuchlichkeit nicht von Anfang an vorliegen (vgl. Franßen, a.a.O., § 180 Rn. 17 m.w.N.).
- 79 b) Der Nachprüfungsantrag der hiesigen Beklagten war von Anfang an objektiv aussichtslos. Die Beklagte war durch den Ausschluss ihrer Angebote, die objektiv jeweils unter Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs erstellt worden waren, nicht in ihren subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.
- 80 Es kann offenbleiben, ob der von der hiesigen Klägerin herangezogene Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorlag. Hierfür wäre erforderlich gewesen, dass die Klägerin über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügte, dass die Beklagte mit der Mitbewerberin eine Vereinbarung getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt habe, welche eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Für eine Verständigung der Beklagten mit der Mitbewerberin fehlten wohl ausreichende Anhaltspunkte. Es kann ebenfalls offenbleiben, ob im Hinblick auf das Verhal-

ten der Beklagten im Vergabeverfahren ein Ausschluss der Angebote der Beklagten nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen einer nachweislich schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit gerechtfertigt gewesen wäre. Jedenfalls lagen die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c GWB vor, denn nach den erstinstanzlichen Feststellungen übermittelte die Beklagte im Rahmen ihrer Anhörung im Vergabeverfahren zu den Umständen ihrer Angebotskalkulation zumindest fahrlässig irreführende Informationen, die den Anschein erwecken sollten, dass ihre Angebote jeweils eigenständig und ohne Kenntnis der Kalkulationsparameter der Mitbewerberin erstellt worden seien. Sie erhob darüber hinaus den Vorwurf einer bewussten und direkten Diskriminierung durch die Klägerin zugunsten der Mitbewerberin, obwohl sie hierfür keine konkreten Anhaltspunkte hatte. Maßgeblich ist jedoch, dass die Beklagte deswegen keine Zuschlagschance hatte, weil ihre Angebote wegen des o.a. Verstoßes gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs ausgeschlossen werden durften und die hierzu von der Klägerin angestellten Ermessenserwägungen den Ausschluss tragen. Insoweit ist darauf zu verweisen, dass die Aufzählung der Ausschlussgründe in den §§ 123, 124 GWB zwar abschließend ist, dass sie aber Maßnahmen des öffentlichen Auftraggebers zur Gewährleistung des Geheimwettbewerbs nicht entgegenstehen (vgl. EuGH, Urteil v. 15.09.2022 – C-416/21 – VergabeR 2023, 30, Rz. 58, 64; nachfolgend BayObLG, Beschluss v. 11.01.2023 – Verg 2/21 „Regionalbuslinienverkehr“ – VergabeR 2023, 411, in juris Rz. 84).

- 81 c) Die Beklagte handelte bei der Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auch mit einer subjektiv verwerflichen Zielrichtung. Die Beklagte hatte in Person ihres verantwortlichen Ingenieurs Kenntnis davon, dass ihre eigenen Angebote unter vorsätzlichem Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs erstellt worden waren. Sie führte das Nachprüfungsverfahren ausschließlich in der Hoffnung durch, dass es der hiesigen Klägerin nicht gelingen werde, den Nachweis dieses vergaberechtswidrigen Verhaltens der hiesigen Beklagten zu führen. Ihr war dabei bewusst, dass durch die Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes eine Verzögerung des Abschlusses des Vergabeverfahrens und damit der Beschaffung der für die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge notwendigen Dienstleistungen eintrat, welche negative Auswirkungen auf die Vermögenslage der Klägerin haben musste. Unter Berücksichtigung der Beweggründe der Beklagten, welche in der Durchsetzung einer durch unlauteres Verhalten erlangten Wettbewerbsposition im Vergabeverfahren bestanden, der in Kauf genommenen erheblichen Beeinträchtigungen der Abfallbeseitigung im gesamten Landkreis und der hierfür eingesetzten Mittel bis hin zum Vorwurf eines kartellrechtswidrigen Verhaltens der Klägerin wider besseren Wissens ist das Verhalten der Beklagten seinem Gesamtcharakter nach als verwerflich zu bewerten.
- 82 d) Die Beklagte handelte unter Zurechnung des Wissens ihres verantwortlichen Ingenieurs vorsätzlich, sodass es keiner Entscheidung darüber bedarf, ob für die Begründung eines Anspruchs nach § 180 GWB stets ein Vorsatz nachzuweisen ist. Zwar kann der Missbrauch i.S.v. § 180 GWB grundsätzlich nur vorsätzlich begangen werden, das Regelbeispiel des § 180 Abs. 2 Nr. 1 GWB zeigt jedoch, dass fallweise auch grob fahrlässiges Verhalten ausreichen kann (vgl. Scharen, a.a.O., § 180 GWB Rn. 11; Franßen, a.a.O., § 180 Rn. 15) und dieses Regelbeispiel – Erwirkung der Aussetzung bzw. weiteren Aussetzung des Vergabeverfahrens (durch das prozessuale Zuschlagsverbot) durch grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben – gerade bei einem festgestellten Ausschluss-

grund nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. a oder c nahelegt (vgl. Gnittke/Hattig, a.a.O., § 180 Rn. 25).

- 83 2. Hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität, des Schadens und des Nichtvorliegens eines zu berücksichtigenden Mitverschuldens der Klägerin kann auf die Voraussetzungen Bezug genommen werden.
- 84 IV. Das erstinstanzliche Urteil ist teilweise neu zu fassen, soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz bezüglich eines Antrags – des Klageantrags zu Ziffer 2, gerichtet auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für künftige Schäden – die Erledigung der Hauptsache erklärt hat.
- 85 1. Da die Beklagte sich dieser Erledigungserklärung nicht angeschlossen und auch insoweit ihren Klageabweisungsantrag aufrechterhalten hat, ist die einseitig gebliebene Erledigungserklärung der Klägerin als eine nach § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Klageänderung auszulegen (vgl. nur Althammer in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 91a Rn. 34 m.w.N.). Das Gericht hat danach darüber zu entscheiden, ob der ursprüngliche Klageantrag zulässig und begründet gewesen und im Verlaufe des Rechtsstreits gegenstandslos geworden ist (vgl. Althammer, a.a.O., § 91a Rn. 43).
- 86 2. Der auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden gerichtete Antrag zu Ziffer 2 ist ursprünglich nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig gewesen. Das Landgericht hat das Feststellungsinteresse zutreffend bejaht, weil die Schadensentwicklung zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht abgeschlossen war und ein rechtliches Interesse an dem Vorbehalt der Geltendmachung weiterer Schäden unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Verjährung bestand. Der Feststellungsantrag ist nach den Voraussetzungen ursprünglich auch begründet gewesen.
- 87 3. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist entfallen, nachdem einerseits die Schadensentwicklung abgeschlossen war, also zum 31.12.2022, und andererseits die Klägerin sämtliche ihr entstandenen Schäden abschließend zum Gegenstand bestimmter, klageerweiternder Leistungsanträge, zuletzt am 23.03.2023, gemacht hatte.

C.

- 88 I. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 91 Abs. 1 und 97 Abs. 1 ZPO.
- 89 II. Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 sowie 543, 544 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO.
- 90 III. Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. Insbesondere stellt es – für sich genommen – keinen Zulassungsgrund dar, dass es bisher zur Frage der Anspruchskonkurrenz noch keine höchstrichterliche Entscheidung gibt.
- 91 IV. Die Festsetzung des Streitwerts für die Gebührenberechnung (Kostenwert) im Berufungsverfahren ist bereits im Termin der mündlichen Verhandlung erfolgt.