

# Unzuverlässigkeit des Bieters durch bewusstes Ausnutzen von Fehlern im Leistungsverzeichnis mittels spekulativer Preisgestaltungen

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
<b>1 Problemstellung</b>	126
<b>2 Rechtsprechungsübersicht</b>	127
<b>3 Literaturmeinungen</b>	130
3.1 Literaturmeinungen, die eine Unzuverlässigkeit des Bieters verneinen	130
3.2 Literaturmeinungen, die eine Unzuverlässigkeit des Bieters bejahen	132
<b>4 Entwicklung eines Lösungsansatzes mit Diskussion der Meinungen</b>	133
4.1 Begriff der „spekulativen Preisgestaltung“	134
4.1.1 Der Begriff der Spekulation	134
4.1.2 Spekulation auf die Zuschlagschance	134
4.1.3 Spekulation auf Umstände bei der Vertragsabwicklung	135
4.1.3.1 Spekulation auf Mengenveränderungen ohne Eingriff des Bauherrn (Anwendungsbereich des § 2 Nr. 3 VOB/B)	135
4.1.3.2 Spekulation auf erwartete Anordnungen des Auftraggebers zu Änderungen oder zusätzlichen Leistungen	137
4.2 Abgrenzung der Mengenspekulation von der Mischkalkulation	139
4.2.1 Grundsätze	139
4.2.2 Mögliche Fallgestaltungen von Spekulation und Mischkalkulation	140
4.2.2.1 Nur Mengenspekulation	140
4.2.2.2 Nur Mischkalkulation	140
4.2.2.3 Mengenspekulation und Mischkalkulation	140
4.3 Zivilrechtliche Ausgangssituation	142
4.3.1 Kein geheimer Vorbehalt	142
4.3.2 Keine Falschbezeichnung	142

	Seite
4.4 Vergaberechtliche Situation	143
4.4.1 Grundsatz	143
4.4.2 Unzuverlässigkeit wegen Verschuldens bei Vertragsschluss und wegen Rechtsmissbrauchs	144
4.4.2.1 Hinweispflicht des Bieters	144
4.4.2.2 Rechtsmissbrauch durch Bieter	145
4.4.3 Vergaberecht stellt Auftraggeber gegenüber Rechtsverstoß bzw. Rechtsmissbrauch durch Bieter nicht rechtlos	149
4.4.4 Zu den Argumenten der bislang vertretenen Meinungen	150
<b>5 Zum Beurteilungsspielraum des Auftraggebers bei der Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters</b>	<b>153</b>
<b>6 Zusammenfassung</b>	<b>156</b>

## 1 Problemstellung

Bei spekulativen Preisgestaltungen der Bieter müssen öffentliche Bauherren sowohl im Vergabeverfahren als auch bei der Vertragsabwicklung höchste Vorsicht walten lassen. In der Beratungspraxis für öffentliche Auftraggeber, welche die VOB/A zwingend zu beachten haben, sind in vielen Fällen große Unsicherheiten im Umgang mit spekulativen Preisgestaltungen der Bieter festzustellen. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Fragestellung, wie mit einem Einheitspreisangebot bei der Eignungsprüfung auf der zweiten Wertungsstufe<sup>1</sup> umzugehen ist, das spekulative Auf- bzw. Abpreisungen der Einheitspreise enthält, weil das Leistungsverzeichnis (LV), wie sich zeigt, fehlerhafte Mengenvordersätze enthält, der Bieter diese Fehler offensichtlich erkannte und – anstatt den Auftraggeber hiervon in Kenntnis zu setzen – seine Preise an der sicheren Erwartung der Mengenänderungen ausrichtete.

Der öffentliche Bauherr ist in der zugrunde liegenden Ausgangssituation in dem Dilemma, dass er sogar schon vor der Zuschlagserteilung weiß, dass sich infolge der spekulativen Preisgestaltung des Mindestnehmenden dessen voraussichtliche Abrechnungssumme wesentlich erhöhen<sup>2</sup> wird und ihm Verhandlungen mit den Bietern zum Leistungsumfang und den Preisen verwehrt sind. Die Krux liegt darin, dass die Wertung über die Gesamtangebotssumme erfolgt, der einzelne Einheitspreis hierbei grundsätzlich egal ist. Bei der Bauabrechnung verhält es sich genau anders herum. Die Gesamtangebotssumme interessiert beim Einheitspreis-Vertrag überhaupt nicht mehr; sie ist nur noch Teil der Vertragsgeschichte, denn maßgeblich sind gemäß § 2 Nr. 2 VOB/B die vertraglichen Einheitspreise und die tatsächlich ausgeführten Leistungen.

Hätte der Bauherr den eigentlich vom Bieter zu erwartenden Hinweis auf den Fehler in der Leistungsbeschreibung noch vor der Submission bekommen, hätte er, gegebenenfalls nach Verlängerung der Zuschlagsfrist, den Bietern, welche die Vergabeunterlagen angefordert haben, noch rechtzeitig ein korrigiertes Leistungsverzeichnis zukommen lassen können (siehe § 17 Nr. 7 Abs. 2 VOB/A). Bis zum Eröffnungstermin hat der Auftraggeber die Möglichkeit, etwaige Fehler im Leistungsverzeichnis zu korrigieren, das heißt, er kann Teile des Leistungsverzeichnisses zurückziehen oder Änderungen am Leistungsverzeichnis vornehmen, sofern diese die Grundlagen des Wettbewerbs und der Preisbildung nicht grundlegend verändern und den Entschluss der Unternehmen zur Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Wettbewerb nicht berühren.<sup>3</sup>

Der öffentliche Auftraggeber darf aber nach der Angebotsöffnung die Wertung grundsätzlich nicht mit korrigierten Mengen durchführen, auch wenn dadurch der nicht spekulierende Zweitbieter oder ein folgender Bieter mit korrigierten Mengen an die erste Stelle gelangen würde, da die Vergabestelle damit Einwirkungsmöglichkeiten hätte, den Wettbewerb zu manipulieren.

Der Weg über eine rechtmäßige und deshalb nicht zur Schadensersatzverpflichtung führende Aufhebung der Ausschreibung wegen des Fehlers im Leistungsverzeichnis erfordert einen schwerwiegenden Grund im Sinne von § 26 Nr. 1 VOB/A, der nur in Ausnahmefällen<sup>4</sup> vorliegt.

---

<sup>1</sup> siehe § 25 Nr. 2 VOB/A

<sup>2</sup> Es geht hierbei nur um eine Erhöhung der Abrechnungssumme gegenüber den Sowieso-Kosten, also um eine Erhöhung, die nicht auch bei vor der Submission berichtigten Mengenansätzen (Vordersätzen) angefallen wäre.

<sup>3</sup> VK Sachsen, Beschluss vom 21.04.2008, Az.: 1/SVK/021-08, IBR 2008, 413

<sup>4</sup> siehe Ingenstau/Korbion/Portz, VOB-Kommentar, 16. Aufl., 2007, VOB/A § 26 Rdn. 31 ff.

Die Frage ist nun, ob der Auftraggeber den Mindestnehmenden als unzuverlässig nach § 25 Nr. 2 VOB/A ausschließen darf, weil dieser den von ihm erkannten Fehler nicht aufgedeckt und ihn zu eigenen Gunsten auszunutzen versucht hat.

Hat der Bauherr den Zuschlag bereits (aus anderen Gründen) nicht an den spekulierenden Mindestnehmenden erteilt und macht der Mindestnehmende vor Zuschlagserteilung an einen Dritten im Bereich über den Schwellenwerten ein Nachprüfungsverfahren anhängig oder macht der Mindestnehmende später vor einem Zivilgericht Schadensersatz geltend, stellt sich die Frage, ob der Mindestnehmende ein zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung zuschlagsfähiges Angebot abgegeben hatte. Denn hätte der Auftraggeber den Mindestnehmenden wegen des unterlassenen Hinweises und der spekulativen Preisgestaltung auch als unzuverlässig ausschließen dürfen, hat dieser keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags gehabt und ein Vergabenaachprüfungsverfahren bzw. ein Schadensersatzprozess hat keine Aussicht auf Erfolg.<sup>5</sup>

## 2 Rechtsprechungsübersicht

Die Rechtsprechung hat zu dieser Fragestellung bislang im Wesentlichen nachfolgend kurz dargestellte Entscheidungen<sup>6</sup> getroffen:

### **OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.07.1993<sup>7</sup>**

Ein Bieter, der erkenne, dass einzelne Positionen mit weit überhöhten Massenansätzen ausgeschrieben sind und entgegen den Bewerbungsbedingungen auf die Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung nicht hinweise, sondern versuche, durch aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise in diesen Positionen eine günstige Stelle im Ausschreibungsverfahren zu erlangen, sei nicht ausreichend zuverlässig im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A. Das OLG führt in seinem Urteil weiter aus, dass die Klägerin (die Bieterin) pflichtwidrig eine von ihr erkannte Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung nicht offenbart und versucht habe, durch eine **willkürliche Preisgestaltung** in den mit überhöhten Massenansätzen ausgeschrieben Positionen eine **ungerechtfertigt günstige Stellung** im Ausschreibungsverfahren zu erlangen. Die Klägerin habe den Fehler der Ausschreibung **bewusst zu ihrem Vorteil auszuschlachten versucht**.

### **BGH, Urteil vom 14.10.1993<sup>8</sup>**

Die Frage nach der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit eines Anbieters dürfe nicht auf den rein betriebstechnischen Bereich verkürzt werden. Der BGH weiter: „*Gerade weil es bei größeren Bauvorhaben in aller Regel zu Abweichungen von der ursprünglichen Planung kommt und*

---

<sup>5</sup> Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines durch die Ausschreibung begründeten vorvertraglichen schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses kommen nicht nur dann nicht in Betracht, wenn das Angebot des Schadensersatz begehrenden Bieters zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen war (siehe hierzu zuletzt BGH, Urteil vom 07.06.2005, Az.: X ZR 19/02, VergabeR 2005, 617, BauR 2005, 1618), sondern auch dann, wenn der Auftraggeber den Bieter in Ausübung seines ihm zustehenden Beurteilungsspielraums wegen Unzuverlässigkeit gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A hätte ausschließen können.

<sup>6</sup> Hervorhebungen durch den Verfasser

<sup>7</sup> Az.: 22 U 55/93, BauR 1994, 240, NJW-RR 1994, 224

<sup>8</sup> Az.: VII ZR 96/92, BauR 1994, 98

*deshalb Mehr- und Minderleistungen abzurechnen sind, darf auch der Abrechnungsbereich nicht aus dem vertraglichen ‚Grundvertrauen‘ herausgenommen werden.“*

### **BayObLG, Beschluss vom 18.09.2003<sup>9</sup>**

Das Unterangebot eines Bieters, welches in mehreren Einzelpositionen Einheitspreise von 0,01 Euro bzw. 0,05 Euro enthalte, könne dann von der Wertung ausgeschlossen werden, wenn der Bieter die niedrigen Preise deshalb aufgenommen habe, weil nach seiner Auffassung die betreffenden Leistungspositionen nicht erforderlich und nicht auszuführen seien, er die Vergabestelle nicht über seine Zweifel an diesen ausgeschriebenen Leistungspositionen in Kenntnis gesetzt habe und deshalb das **Risiko einer nicht vertragsgerechten und nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung** bestehe. Erkenne ein Bieter, dass einzelne Positionen im Leistungsverzeichnis mit weit überhöhten Mengenansätzen ausgeschrieben seien und gebe er deshalb für diese Positionen weit aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise an, ohne den Auftraggeber entgegen den Bewerbungsbedingungen auf die Unrichtigkeit des Leistungsverzeichnisses hinzuweisen, sei er nicht ausreichend zuverlässig im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A. Das Spekulationsangebot wecke Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin (Ast.) und berge für die Antragsgegnerin das konkrete Risiko, dass die Ast. die Leistung nicht entsprechend dem Leistungsverzeichnis vollständig und korrekt erbringen werde. Bedenken gegen die Vorgaben im Leistungsverzeichnis habe der einzelne Bieter im Ausschreibungsverfahren dem Auftraggeber mitzuteilen, damit dieser noch vor Zuschlag den Fehler beheben und zu einem ordnungsgemäßen Ende des Ausschreibungsverfahrens kommen könne. So weise bereits der erste Satz der Bewerbungsbedingungen darauf hin, dass der Bieter bei Unklarheiten des Leistungsverzeichnisses den Auftraggeber zu informieren habe. Dies müsse erst recht für eine vom Bieter als fehlerhaft oder zweifelhaft angesehene Position des Leistungsverzeichnisses gelten. Der Bieter dürfe den Vertrag nicht unter dem geheimen Vorbehalt schließen, eine bestimmte Leistung gar nicht erbringen zu wollen. Erbringe er sie tatsächlich nicht, begehe er eine Vertragsverletzung, da er nach dem objektiven Erklärungswert seines Angebots eine Leistung angeboten habe, welche dem Leistungsverzeichnis entspreche. Müsse er sie aus irgendwelchen Gründen doch erbringen, z. B. weil sich die Witterungsverhältnisse anders entwickeln oder der Untergrund doch schlechter ist als angenommen, sei der Auftrag für ihn unwirtschaftlich.

Dies zeige auch der vorliegende Fall. Gerade weil die Ast. überhaupt nicht damit rechnete, die betreffenden Leistungen zu erbringen, habe sie folgerichtig die entstehenden Kosten auch in keinem anderen Titel untergebracht. Unter diesen Umständen bestehe für den öffentlichen Auftraggeber eine ganz konkrete Gefahr, dass die ausgeschriebene Leistung nicht so ausgeführt werde, wie er dies wünsche, und dass der Bieter alles daran setzen werde, um eine für ihn günstige und wirtschaftliche Abwicklung des Auftrags zu erreichen und die gewünschten Leistungspositionen eben nicht oder nicht in dem ausgeschriebenen Umfang zu erbringen. Diese Gefahr bestehe unabhängig davon, ob an der grundsätzlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ast. Zweifel bestehen oder nicht.

### **OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005<sup>10</sup>**

Lasse sich eine Spekulationsabsicht des Bieters ausmachen, so könne dieser auf der Stufe zwei der Wertung bei der Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters Relevanz zukommen. Auf die Unzuverlässigkeit des Bieters könne z. B. geschlossen werden, wenn dieser die Unrichtigkeit

---

<sup>9</sup> Az.: Verg 12/03, NZBau 2004, 294, 295

<sup>10</sup> Az.: Verg W 9/05, VergabeR 2005, 770, BauR 2006, 160, NZBau 2006, 126

des vom Auftraggeber aufgestellten Leistungsverzeichnisses erkenne, welches in einer Position weit überhöhte Mengenansätze enthalte, auf diese Unrichtigkeit nicht hinweise, sondern statt dessen durch **aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise eine günstige Stelle im Ausschreibungsverfahren zu erlangen** suche. Spekulationspreise seien nicht per se geeignet, den Bieter wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen. Nur wenn besondere Umstände hinzukämen, etwa der **Bieter missbräuchlich Fehler** im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers **ausnutze, um sich günstig zu positionieren und daher sehenden Auges dem Auftraggeber Schaden zufüge**, komme ein Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit in Betracht.

#### **OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 18.07.2007<sup>11</sup>**

Ein Bieter, der Unrichtigkeiten des Leistungsverzeichnisses erkenne und bei seiner Preisgestaltung nutze, sei unzuverlässig. Ein Bieter erweise sich schon dann als unzuverlässig im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, wenn er eine in der Leistungsbeschreibung vorhandene Unrichtigkeit erkenne und diese **durch eine willkürliche Preisgestaltung für sich auszunutzen versuche**.

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Leistungsverzeichnis war die Andeckung von lediglich 350 qm Oberboden ausgeschrieben, der zuvor innerhalb der Baustelle gelagert werden sollte. Diese Mengenangabe stand im Widerspruch zu dem ebenfalls ausgeschriebenem Abtrag von 780 qm und dessen Anlagerung im Baustellenbereich. Diese offensichtlich unrichtige Mengenangabe nutzte der Unternehmer aus, indem er die Positionen für das Abtragen des Oberbodens mit spekulativ niedrigen Einheitspreisen (0,05 DM und 0,09 DM) anbot, dagegen aber für das Andecken von 350 qm Oberboden einen Einheitspreis von 22,56 DM vorsah.

Zum Vergleich stellt das OLG fest, dass die **stimmige Preisgestaltung eines Mitbewerbers** für den Oberbodenabtrag 7,57 DM bzw. 9,95 DM und für das Andecken 10,88 DM vorgesehen habe. Das OLG führt aus, dass der Senat unter diesen Umständen **keine Zweifel** daran habe, **dass die Firma den Mengenfehler bei der Ausschreibung erkannt und ihre Gestaltung der angebotenen Einheitspreise allein daran orientiert habe**. Sie habe sich dadurch einen **Wettbewerbsvorteil verschafft, ohne tatsächlich günstiger zu sein**. Ob allein die Vielzahl der in dem Angebot enthaltenen Spekulationspreise geeignet sei, die Zuverlässigkeit der Firma in Zweifel zu ziehen, könne bei dieser Sachlage offen bleiben.

#### **OLG Hamm, Urteil vom 29.04.2008<sup>12</sup>**

Das OLG Hamm entschied in einem Haftungsfall, dass der Architekt im Rahmen der dem Bauherrn bei der Auftragsvergabe geschuldeten umfassenden Unterstützung diesem das Ergebnis der Angebotsbewertung mitzuteilen und ihn bei der Vergabe der Entscheidung zu beraten habe. Dies umfasse auch die Pflicht, dass sich der Architekt gegenüber dem Bauherrn gegen eine Vergabe an einen unzuverlässigen Bieter ausspricht bzw. gegen eine Vergabe an einen solchen Bieter, dessen Angebot wegen einer offenkundig auf einer Mischkalkulation beruhenden Preisgestaltung auszuschließen war (vgl. OLG Nürnberg, Baurecht 2008, 387 ff.). Die Annahme der Unzuverlässigkeit eines Bieters beruhe in diesen Fällen darauf, dass der Bieter eine Unrichtigkeit des Leistungsverzeichnisses erkenne und eine solche durch eine willkürliche Preisgestaltung für sich auszunutzen suche.

<sup>11</sup> Az.: 1 U 970/07, IBR 2008, 103, BauR 2008, 387 ff.

<sup>12</sup> Az.: 24 U 99/06 (rechtskräftig), Volltext bei ibr-online

### 3 Literaturmeinungen

#### 3.1 Literaturmeinungen, die eine Unzuverlässigkeit des Bieters verneinen

Nach Ansicht von Leinemann<sup>13</sup> sei es fraglich, ob (wie vom OLG Brandenburg<sup>14</sup> entschieden) auf Unzuverlässigkeit geschlossen werden könne, wenn ein Bieter die Unrichtigkeit des vom Auftraggeber aufgestellten Leistungsverzeichnisses erkenne, welches in einer Position weit überhöhte Mengenansätze enthalte, auf diese Unrichtigkeit nicht hinweise, sondern statt dessen durch aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise eine günstige Stelle im Ausschreibungsverfahren zu erlangen suche. Denn es sei gemäß § 9 Nrn. 1 bis 3 VOB/A originäre Aufgabe des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, ein inhalts- und mengengenaues Leistungsverzeichnis aufzustellen. Hiermit lasse es sich schwerlich vereinbaren, die bei der Mengenermittlung von einem Auftraggeber gemachten Fehler einem Bieter anlasten zu wollen, der sein Angebot auf diesbezüglich eigene Annahmen – freilich ohne eine Veränderung der Verdigungsunterlagen – im Rahmen der bloß internen Kalkulation stütze. Richtigerweise trage ein öffentlicher Auftraggeber das Risiko der von ihm vorgenommenen Mengenermittlung. Demgegenüber würden die Bieter das Risiko tragen, dass sich die von ihnen getroffenen kalkulatorischen Annahmen realisieren. Aus einer wettbewerblichen Angebotskalkulation auf eine fehlende Zuverlässigkeit schließen zu wollen, verkenne diese Risikoverteilung. Im Rahmen der Eignung ließe sich im Fall eines auffälligen Spekulationspreises möglicherweise lediglich konstatieren, dass der betreffende Bieter zur Bauausführung besonders geeignet sei. Würden sich seine der Kalkulation zugrunde gelegten Annahmen als richtig erweisen, dürfte seine Fachkunde außer Frage stehen. Hiermit decke es sich, dass auch Kalkulationsfehler einen Rückschluss auf eine fehlende Zuverlässigkeit nicht ohne weiteres zulassen würden.

Nicht eindeutig äußern sich Kapellmann/Schiffers. Zum einen sei die Frage, ob bereits im Ausschreibungsstadium, also vor Vertragsschluss, eine Pflicht zu Hinweisen auf eine falsche Planung bestehen könne, als allgemeiner Grundsatz zu verneinen.<sup>15</sup> Denn § 4 Nr. 3 VOB/B begründe eine (Prüfungs- und) Hinweispflicht erst dann, wenn ein Vertrag geschlossen sei.<sup>16</sup> Die Autoren räumen jedoch ein, dass aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Pflicht zu korrektem Verhalten<sup>17</sup> im Angebotsstadium im Ausnahmefall eine solche Hinweispflicht folgen könne.<sup>18</sup> Ausnahmsweise wollen sie eine Hinweispflicht dann bejahen, wenn die Mengendiskrepanzen sehr erheblich und offensichtlich seien, wenn also auf den ersten Blick ins Auge falle, dass die Vordersätze bestimmter A-Positionen (Anm.: Dies sind Positionen, die als Gesamtheit die wesentliche Angebotssumme bilden sollen.<sup>19</sup>) nicht richtig sein können und wenn damit gleichzeitig ein Schluss auf schwere Rechen- oder Denkfehler des Ausschreibenden gezogen werden

---

<sup>13</sup> Leinemann, VergabeR 2008, 346, 349

<sup>14</sup> Beschluss vom 13.09.2005, Az.: Verg W 9/05, NZBau 2006, 126

<sup>15</sup> Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, Einheitspreisvertrag, 5. Aufl., 2006, Rdn. 157

<sup>16</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 226

<sup>17</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 157, sprechen vom korrekten „Verhandeln“. Wie sich aus dem Inhalt der Ausführungen zu Rdn. 185 ergibt, dürfte aber der Begriff „Verhalten“ gemeint sein.

<sup>18</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 157 und 185

<sup>19</sup> Drees, Analyse der Kalkulation und Kapazitätsplanung, Bauwirtschaft 1990, 72 ff.

könnten.<sup>20</sup> An anderer Stelle führen Kapellmann/Schiffers bei der Diskussion über Prüfpflichten des Bieters (Anm.: Zur Klarstellung: Vorliegend geht es um Hinweispflichten, nicht um Prüfpflichten. Bestehen aber sogar Prüfpflichten, resultiert hieraus erst recht eine Hinweispflicht, wenn ein Fehler im LV bei der Prüfung entdeckt wurde.) jedoch sehr deutlich aus, dass die Auslegung des Angebotsblanketts nach dem „Empfängerhorizont“ keineswegs bedeute, dass der Bieter den Erklärungen des Auftraggebers einfach den für ihn günstigen Sinn – sei es auch ein objektiv zu verstehender Sinn – geben dürfe.<sup>21</sup> Der Auftragnehmer dürfe sich nicht dumm stellen und den Auftraggeber nicht „in ein offenes Messer laufen“ lassen.<sup>22</sup> Der objektive Empfängerhorizont sei kein „Horizont der Blinden“.<sup>23</sup> Der Bieter sei vielmehr nach Treu und Glauben verpflichtet, unter Berücksichtigung aller für ihn erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Auftraggeber gemeint habe.<sup>24</sup> Diese Prüfpflichten des Bieters (Auftragnehmers) würden aus den gegenseitigen Pflichten zur korrekten Verhaltensweise im Stadium von Vertragsverhandlungen folgen.<sup>25</sup> Dieser für das ganze Zivilrecht geltende Satz habe im Baurecht eine große praktische Bedeutung.<sup>26</sup> Für den Fall, dass der Bieter die Mängel der Leistungsbeschreibung erkannt hat, sich aber „vorsätzlich blind gestellt hat“, also zum „vorsätzlich vom Bieter unterlassenen Hinweis“ verweisen Kapellmann/Schiffers<sup>27</sup> auf die auch aus ihrer Sicht zutreffende Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.02.1988<sup>28</sup> zum „frivolen Bieter“.<sup>29</sup>

Nach Ansicht von Thormann<sup>30</sup> sei maßgeblich, dass der Auftraggeber durch den Fehler im LV Veranlassung für die Spekulation gegeben habe. Der Bieter sei nicht verpflichtet, die einzelnen Einheitspreise jeweils kostendeckend zu kalkulieren. Rechtsvorschriften, die regeln würden, wie die Angebotspreise von den Firmen zu ermitteln seien, existierten nicht. Deshalb gäbe es auch keinen Maßstab, anhand dessen man prüfen könnte, ob ein Einheitspreis „ordnungsgemäß“ kalkuliert sei. Die Behauptung des OLG Düsseldorf<sup>31</sup>, die Preisgestaltung des Bieters im genannten Fall sei „willkürlich“ gewesen, überzeuge nicht. Denn einen sachlichen Grund für die aus dem Rahmen fallenden niedrigen Einheitspreise gebe es durchaus. Dieser Grund sei die Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung. Eine Pflicht des Bieters, sein Wissen um die Mängel des Leistungsverzeichnisses bei der Angebotsabgabe nicht zu verwerten, lasse sich, da es keine verbindlichen Kalkulationsregeln gebe, rechtlich nicht begründen. Der Bieter verhalte sich regelgerecht, wenn er versuche, die erkannten Fehler bei der Preisgestaltung auszunutzen. Dem Ansatz des OLG Düsseldorf könne nicht gefolgt werden. Spekulationsangebote, die darauf zurückgehen würden, dass der Bieter versuche, tatsächliche oder vermeintliche Mängel der Leistungsbeschreibung auszunutzen, dürften nicht gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden. Der Bieter dürfe jedoch dann wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn der Auftraggeber für die Spekulation keinen Anlass geboten habe. Bei einer „völlig willkürlichen Preisgestaltung“ sei der Betrieb auf der Baustelle vom Auftrag-

<sup>20</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 226

<sup>21</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185

<sup>22</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185

<sup>23</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185, siehe auch Rdn. 251

<sup>24</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185

<sup>25</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185

<sup>26</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 185

<sup>27</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 251

<sup>28</sup> Urteil vom 25.02.1988, Az.: VII ZR 310/86, BauR 1988, 338

<sup>29</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 251

<sup>30</sup> Thormann, BauR 2000, 953 ff.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.07.1993, Az.: 22 U 55/93, BauR 1994, 240, NJW-RR 1994, 224



geber kaum noch beherrschbar, da Änderungen bezüglich Art oder Menge der zu erbringenden Leistung ganz unerwartete Auswirkungen auf die Abrechnung der Maßnahme haben könnten. Deshalb könne es nur einen Grund dafür geben, dass ein Bieter von einer an den Kosten orientierten Preisgestaltung abgehe, und das ist seine Erwartung, in der Bauphase die auszuführenden Mengen in seinem Sinne beeinflussen zu können. Folglich seien die Spekulationsangebote der genannten Art von vornherein darauf angelegt, den Auftraggeber im Rahmen der Bauausführung zu übervorteilen; diese Angebote seien tatsächlich manipulativ.

### 3.2 Literaturmeinungen, die eine Unzuverlässigkeit des Bieters bejahen

Die Unzuverlässigkeit eines Bieters könne lt. Brinker/Ohler<sup>32</sup> dann angenommen werden, wenn er Schwächen eines Leistungsverzeichnisses erkenne und versuche, diese durch Manipulationen auszunutzen. Regelmäßig sei ein Bieter zur Gewährleistung eines fairen Bauwettbewerbs gehalten, die Vergabestelle auf grobe und offensichtliche Fehler im Leistungsverzeichnis hinzuweisen. Eine solche Aufklärungspflicht des Bieters bestehe jedenfalls, wenn dies in den Verdingungsunterlagen so festgelegt sei. Versuche ein Bieter, ein offensichtlich fehlerhaftes Leistungsverzeichnis durch Manipulationen für eigene Zwecke auszunutzen, indem er versuche, durch eine willkürliche Preisgestaltung in den mit überhöhten Massenansätzen ausgeschriebenen Positionen eine ungerechtfertigt günstige Stellung im Vergabeverfahren zu erlangen, sei er nicht hinreichend zuverlässig.

Kratzenberg<sup>33</sup> meint, ein Bieter, der erkenne, dass einzelne Positionen mit weit überhöhten Mengenansätzen ausgeschrieben seien und entgegen den Bewerbungsbedingungen auf diese Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung nicht hinweise, sondern versuche, durch aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise in diesen Positionen eine günstige Stellung im Ausschreibungsverfahren zu erlangen, sei nicht hinreichend zuverlässig im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A.

Nach Ansicht von Dicks<sup>34</sup> seien „aufgepreiste“ Leistungspositionen, die mit der Urkalkulation nicht übereinstimmen, unzutreffend, daher unvollständig und führten zum Angebotsausschluss.<sup>35</sup> Der zugrunde liegende Gesichtspunkt der Erlösmaximierung sei **anstößig**. Er laufe auf eine Übervorteilung des Auftraggebers hinaus, ohne dass im Vergabeverfahren oder in einem Nachprüfungsverfahren freilich über das Motiv aufgeklärt werden müsse.<sup>36</sup>

Reineke<sup>37</sup> meint, die Entscheidung des OLG Düsseldorf mache – im Ergebnis richtig – deutlich, dass das durch die Ausschreibung und Angebotsabgabe entstehende vertragsähnliche Vertrauensverhältnis keine Pflichteneinbahnstraße für den Ausschreibenden sei.

Laut Stemmer<sup>38</sup> sei ein Bieter unzuverlässig, wenn er die Unrichtigkeit des vom Auftraggeber aufgestellten Leistungsverzeichnisses erkenne und dies durch aus dem Rahmen fallende niedrige oder überhöhte Einheitspreise auszunutzen suche. Auch bestehe bei unauskömmlichen Preisen die Gefahr, dass der Bieter im Rahmen der Ausführung jede Gelegenheit wahrnehmen

---

<sup>32</sup> Brinker/Ohler, Beck'scher VOB-Kommentar, 1. Aufl., 2001, VOB/A § 25 Rdn. 46

<sup>33</sup> Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, VOB-Kommentar, 16. Aufl., 2007, VOB/A § 25 Rdn. 50

<sup>34</sup> Dicks, ibr-online Langaufsatz, II., Rdn. 120

<sup>35</sup> Gesichtspunkt der ersten Stufe der Wertung

<sup>36</sup> Gesichtspunkt der zweiten Stufe der Wertung, hier: Zuverlässigkeitsprüfung

<sup>37</sup> Reineke, IBR 1993, 458

<sup>38</sup> Stemmer, ZfBR 2006, 130, 134

werde, seiner Spekulation zum Erfolg zu verhelfen. Die nach objektiven und nicht nach subjektiven Kriterien zu entscheidende Frage, ob ein Bieter zuverlässig im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A sei, hänge nicht von der Gestaltung der Leistungsbeschreibung durch den Bauherrn ab, sondern davon, was der Bieter aus dieser Leistungsbeschreibung mache. Nehme er in der Erwartung, dass sich die ausgeschriebenen Mengen ändern, Preisgestaltungen zu seinen Gunsten vor, so sei sein Bestreben schlicht, sich einen nicht durch seine Leistung begründeten Vorteil und dem Bauherrn einen entsprechenden Nachteil zu verschaffen. Wenn ein Bieter aus seiner Fachkunde heraus Fehler im Leistungsverzeichnis erkenne und die Preise bewusst so gestalte, dass er für künftige Mehrleistungen, zusätzliche oder geänderte Leistungen im Verhältnis zum nicht spekulierenden Mitbieter einen wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Vorteil erhalten wolle, stelle er sich als unzuverlässig heraus. Dass der Bieter erkannte Ausschreibungsfehler zu Lasten des Bauherrn ausnutzen wolle, mache ihn als loyalen Vertragspartner ungeeignet. Zusätzlich bestehe die Gefahr, dass er jede Gelegenheit wahrnehmen werde, seiner Spekulation im Rahmen der Ausführung zum Erfolg zu verhelfen.

Schulze-Hagen<sup>39</sup> hält der Ansicht von Thormann entgegen, dass es nicht darauf ankomme, ob die unzutreffenden Mengenangaben aufgrund einer schuldhaft fehlerhaften Ausschreibung ins Leistungsverzeichnis gelangt seien oder nicht. Die Frage, ob ein Bieter zuverlässig im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A sei, entscheide sich – unter Bezugnahme auf die Meinung von Stemmer – nach objektiven Kriterien und hänge nicht von der Gestaltung der Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber ab, sondern davon, was der Bieter aus der Leistungsbeschreibung mache. Entscheidend sei, dass der Bieter erkannte oder vermeintliche Ausschreibungsfehler zu Lasten des Auftraggebers ausnutzen wolle. Das mache ihn als loyalen Vertragspartner ungeeignet.

#### **4 Entwicklung eines Lösungsansatzes mit Diskussion der Meinungen**

Für eine Entwicklung eines Lösungsansatzes ist darzulegen, was mit dem Begriff der spekulativen Preisgestaltungen gemeint ist. Es ist zudem eine Abgrenzung der Mengenspekulation von der Mischkalkulation vorzunehmen, weil hier unterschiedliches Verhalten und andere Fragestellungen<sup>40</sup> vorliegen. Zudem ist es in der bisherigen Diskussion im Anschluss an den Beschluss des BGH vom 14.05.2004<sup>41</sup> zu erheblichen Verwirrungen über die von der Rechtsprechung und der Literatur verwendeten Begriffe gekommen. Für den vergaberechtlichen Lösungsansatz ist der zeitliche Bereich der Vertragsanbahnung mit den zivilrechtlichen Grundzügen zu beleuchten.

---

<sup>39</sup> Rechtshandbuch des ganzheitlichen Bauens, Festschrift für Ganten, S. 309, 314

<sup>40</sup> Die Mischkalkulation betrifft die erste, die spekulative Preisgestaltung betrifft die zweite und vierte Wertungsstufe. Mengenspekulation und Mischkalkulation können auch zusammen auftreten. Siehe die Struktur in Abschnitt 4.2.2.

<sup>41</sup> Az.: X ZB 7/04, VergabeR 2004, 473

## 4.1 Begriff der „spekulativen Preisgestaltung“

### 4.1.1 Der Begriff der Spekulation

Dem Begriff der Spekulation ist eine Prognose immanent. Prognostiziert wird entweder, dass die Umstände so bleiben wie sie sind oder dass sie sich ändern, sei es durch eigene Beeinflussung oder durch Dritte. Erfolgreiche Spekulationen sind z. B. auf das frühzeitige Erkennen und Ausnutzen vermuteter Fehleinschätzungen des Marktes durch Marktbeteiligte über künftige Kursentwicklungen zurückzuführen, die sich wiederum durch ungleich verteiltes Wissen und Können zwischen Käufern und Verkäufern erklären lassen. Damit ist zunächst ein Bereich der Geschäftstüchtigkeit von Marktteilnehmern angesprochen, der grundsätzlich im Rahmen unserer wirtschaftspolitisch neutralen Ordnung<sup>42</sup> des Grundgesetzes<sup>43</sup> durch die Grundsätze der Vertragsfreiheit geschützt ist und im volkswirtschaftlichen Sinne eine Leistung darstellt, da ohne Marktungleichgewichte der Austausch im Güter- und Warenverkehr, jedenfalls nach unserer Wirtschaftsordnung, nicht funktionieren würde.

Im Bereich des Bau- bzw. Vergaberechts wird der Bauunternehmer/Bieter Prognosen in mehrerer Hinsicht aufstellen.

### 4.1.2 Spekulation auf die Zuschlagschance

Der Unternehmer wird für seine im Unternehmen angebotenen betrieblichen Leistungen die am Markt erzielbare Vergütung prognostizieren. Er wird mit dem Gesamtangebotspreis für die ausgeschriebene Leistung darauf spekulieren, dass er eine Chance hat, den Auftrag zu bekommen. Die Spekulation auf die Zuschlagschance durch die Preisgestaltung des Gesamtangebotspreises liegt grundsätzlich im alleinigen Verantwortungs- und Einflussbereich des Unternehmers. Dies ist derjenige Bereich unternehmerischer Tätigkeit, der von Dritten, insbesondere von der staatlichen Ordnung, grundsätzlich nicht hinterfragt werden kann und darf.<sup>44</sup> Grenzen werden der unternehmerischen Tätigkeit in Ausnahmefällen aufgrund besonderer Umstände gezogen, etwa nach § 138 BGB<sup>45</sup>.

Um auf Dauer am Markt bestehen zu können, wird der Unternehmer seinen Gesamtangebotspreis schon aus rein praktischen Gründen nicht losgelöst von kalkulatorischen Überlegungen, diese geleitet durch Gesichtspunkte der Kosten-/Leistungsrechnung, festlegen. Er wird für seine am Markt anzubietenden betrieblichen Leistungen den voraussichtlich anfallenden betrieblichen Aufwand (Kosten) mit den Mitteln der Kalkulation prognostizieren und hierbei auch das generelle Unternehmenswagnis sowie spezielle mit dem Auftrag verbundene unternehmeri-

<sup>42</sup> Zwar enthält das Grundgesetz keine Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem, sondern geht prinzipiell von einer wirtschaftspolitischen Neutralität aus, doch müssen sich wirtschaftslenkende Maßnahmen gleichwohl an den in den Art. 2, 3, 12, 14 und 15 GG enthaltenen Grundsätzen, den „Wirtschaftsgrundrechten“ und den Staatszielbestimmungen, insbesondere dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip, ausrichten.

<sup>43</sup> siehe BVerfGE 4, 7, 17 ff.; 12, 354, 363 ff.; 50, 290, 336 ff.; Badura, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, 205 ff.

<sup>44</sup> Eine Baupreisprüfung findet nicht mehr statt. Die BauPreisVO 1/72 wurde am 16.06.1999 aufgehoben. Zur alten Rechtslage siehe BVerwG, Urteil vom 21.02.1995, Az.: 1 C 36.92, BauR 1997, 111, DÖV 1996, 753, und Reineke, IBR 1995, 329. Die VO PR 30/53, die noch in Kraft ist, betrifft ausdrücklich nicht Baupreise! Zumindest missverständlich deshalb die Ausführungen von Berstermann/Petersen in ZfBR 2008, 22 ff.

<sup>45</sup> siehe BGH, Urteil vom 25.01.2006, Az.: VIII ZR 398/03, NZBau 2006, 590, MDR 2006, 799; BGH, Urteil vom 23.02.2005, Az.: VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490; BGH, Urteil vom 06.12.1989, Az.: VIII ZR 310/88, NJW 1990, 567, 568; BGH, Urteil vom 09.10.1991, Az.: VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310; BGH, Urteil vom 15.03.1990, Az.: III ZR 248/88, NJW-RR 1990, 750; BGHZ 36, 395, 398; OLG Dresden, Urteil vom 05.01.1998, Az.: 17 U 1652/97; OLG Naumburg, Urteil vom 19.05.1998, Az.: 9 U 1189/97; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl., § 138 Rdn. 143

sche Wagnisse mitberücksichtigen. Ergeben die am Markt erzielbaren Preise anhand der konkreten Angebots- und Nachfragesituation (je nach Konjunkturlage) nach der Einschätzung des Unternehmers ein Preisniveau des Gesamtangebotspreises, das über den kalkulatorischen Kosten einschließlich des unternehmerischen Wagnisses liegt, kann der Unternehmer einen Gewinn einkalkulieren. Liegen die am Markt erzielbaren Preise nur im Bereich des anhand der Vollkostenrechnung ermittelten Kostenniveaus inkl. des unternehmerischen Wagniszuschlags<sup>46</sup>, kann der Unternehmer keinen Gewinn einkalkulieren, wenn er seine Zuschlagschance nicht einbüßen will. Allerdings ist für den Unternehmer ein Verbleib auf dem Markt auf Dauer ohne Gewinnerzielung nur schwer vorstellbar, auch wenn der betriebliche Werteverzehr im Rahmen der Abschreibungen vollständig in der Kosten-/Leistungsrechnung berücksichtigt ist. Liegen die am Markt erzielbaren Preise sogar unter dem anhand der Vollkostenrechnung ermittelten Kostenniveau inkl. des unternehmerischen Wagnisses und bietet der Unternehmer auf diesem nicht kostendeckenden Preisniveau seine betrieblichen Leistungen an, so hat der Unternehmer eine Kostenunterdeckung einkalkuliert, die im Ergebnis aus der Sicht der Kalkulation einen betrieblichen Werteverzehr ohne unmittelbaren Ausgleich erwarten lässt. Eine solche Kalkulation nach Teilkosten kann nur für eine vorübergehende Zeitdauer betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, und auch nur dann, wenn zumindest die variablen Kosten der Leistung vollständig gedeckt sind und gegebenenfalls noch Deckungsbeiträge<sup>47</sup> auf die nicht abbaubaren Fixkosten erwirtschaftet werden können.<sup>48</sup>

#### 4.1.3 Spekulation auf Umstände bei der Vertragsabwicklung

Es gibt zahlreiche Umstände, hinsichtlich derer ein Unternehmer bei der Erstellung des Angebots Prognosen anstellt, z. B. hinsichtlich der Gestehungskosten der Leistungen, wie Subunternehmer- oder Materialkosten. Dies ist der unternehmerischen Tätigkeit und dem damit verbundenen betrieblichen Risiko immanent. Für das hier zu behandelnde Thema werden insbesondere Spekulationen des Bieters auf Abrechnungsmengen in das Blickfeld genommen. Eine Spekulation auf Abrechnungsmengen kann sich beim Einheitspreisvertrag auf automatisch während der Bauausführung ergebende Mengenänderungen (§ 2 Nr. 3 VOB/B) beziehen oder auf Mengenauswirkungen aus zu erwartenden Anordnungen des Auftraggebers wegen zu ändernder oder wegen zusätzlich notwendiger Leistungen.

##### 4.1.3.1 Spekulation auf Mengenveränderungen ohne Eingriff des Bauherrn (Anwendungsbereich des § 2 Nr. 3 VOB/B)

- a) Spekulation auf eine erheblich **niedrigere** Menge einer Position oder auf den gänzlichen Entfall der Position

Erkennt der Bieter, dass der Mengenvordersatz einer Position weit überhöht ist oder dass die ausgeschriebene Position nicht kommen wird und will er dies für sich ausnutzen, wird er bei

---

<sup>46</sup> Die Strukturgleichheit von Wagnis und Gewinn wird hier nicht verkannt. Jedoch kommt es auf den Betrachtungszeitpunkt an. Nur das nicht realisierte Wagnis wandelt sich zum Gewinn.

<sup>47</sup> Werden positive Deckungsbeiträge der nicht abbaubaren Fixkosten erwirtschaftet, steigert sich das Gesamtbetriebsergebnis gegenüber der Situation, dass der Auftrag nicht angenommen worden wäre, wenn ansonsten keine Kapazitätsauslastung und damit Fixkostendeckung erzielbar wäre.

<sup>48</sup> siehe Rohrmüller, BauR 2008, 9, 14

dieser Position einen niedrigen Einheitspreis anbieten. Dies hat zur Folge, dass er zumindest seine Chance auf den Zuschlag potenziell verbessert.<sup>49</sup> Allerdings nimmt er für eine evtl. tatsächlich doch noch notwendig werdende Menge in Höhe des Differenzbetrags zwischen dem kalkulierten und dem spekulativ niedrig angesetzten Einheitspreis seines Angebots eine Unterdeckung der Einzelkosten der Teilleistung<sup>50</sup> hin (Spekulation ohne Preisverlagerung).

Beispiel:

Der Elektroplaner des Auftraggebers hat im Leistungsverzeichnis für den Neubau einer Stadthalle zehn verschiedene Kabeltypen an Kabeln NYM mit jeweils der Menge 2000 m beschrieben. Der Bieter X erkennt anhand der beigefügten Pläne, dass drei der ausgeschriebenen Kabeltypen in keinem Falle benötigt werden. Für diese insgesamt 6000 m nicht benötigte Kabel, die für ihn über den Großhandel unter Abzug aller Rabatte einen Einkaufswert von ca. 70.000 € haben würden, trägt er einen Einheitspreis von jeweils 0,12 €/lfdm ein, so dass in seinem Angebot für die Vordersatzmengen dieser drei Positionen insgesamt 720,00 € eingetragen sind. Der Zweitbieter verlangt für diese drei Positionen insgesamt 76.000,00 €. Der Preisabstand im Gesamtangebot von Mindestnehmendem X und Zweitbieter beträgt nur 1.000 €.

Der spekulativ niedrige Preis des Bieters X verschafft ihm gegenüber dem Zweitbieter einen Puffer in der Wertung. Würden in diesem Beispielsfall die oben genannten drei Positionen nicht in die Wertung einfließen, wäre der bislang Zweitnehmende um 74.280 € günstiger als der bislang Erstbietende. Dass der Mindestnehmende X um nur 1.000 € billiger anbietet zeigt, dass sein Preisniveau in Wahrheit erheblich höher ist als dasjenige des Zweitbietenden. Der Mindestnehmende versucht also, durch diesen Trick spekulativer Preisgestaltung sein Angebot als besonders günstig erscheinen zu lassen, obwohl es das – bei Eliminierung des Ausschreibungsfehlers – nicht ist. Es ist sogar wesentlich teurer.<sup>51</sup>

#### b) Spekulation auf eine erheblich **höhere** Menge einer Position

Will der Bieter für sich ausnutzen, dass der Mengenvordersatz einer Position weit untersetzt ist, wird er dem Bauherrn seine Erkenntnisse über den Fehler im Leistungsverzeichnis nicht unterbreiten und in der betreffenden Position einen wesentlich höheren Einheitspreis anbieten als dies auf der Basis der Kalkulation der Position mit der Vordersatzmenge tun würde.

Beispiel:

Der Bieter erkennt bei der Ausschreibung des Gewerks Innenausbau für den Neubau eines Gymnasiums anhand der beigefügten Pläne, dass die Vordersatzmenge der ausgeschriebenen Tüorzargen für die Klassenzimmer falsch ist. Während aus den Plänen ersichtlich ist, dass für 50 Klassenzimmer insgesamt 50 Türblätter und 50 Tüorzargen zu liefern und einzubauen sind, ist bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses anscheinend ein Übertragungsfehler geschehen und es sind im Leistungsverzeichnis bei der Position Tüorzargen nur fünf Stück vorgesehen.

<sup>49</sup> Wenn ein Bieter in dieser Situation meint, die Zuschlagschance seines Angebots nicht zu gefährden, wird er den in seinem Gesamtangebot entstehenden preislichen Puffer dadurch nutzen, dass er das Vertragspreisniveau der anderen Positionen oder die Einheitspreise nur einzelner Positionen anhebt (Fallgruppe der Spekulation auf die Menge bei einer Position, verbunden mit einer dadurch ermöglichten Preisverlagerung).

<sup>50</sup> Der Ausgleich der Gemeinkostenunterdeckung erfolgt über § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B.

<sup>51</sup> Nicht nur der Auftraggeber wird vom Bieter X getäuscht, auch der Wettbewerb wird gestört, da bei einer Wertung anhand der Vordersatzmenge der eigentlich günstigere Konkurrent den Auftrag nicht bekommt.

Dem Auftraggeber macht der Bieter keine Mitteilung, sondern trägt anstelle des von ihm kalkulierten Einheitspreises von 320,00 € pro Zarge in das Leistungsverzeichnis einen Einheitspreis von 1.320,00 € pro Zarge ein.

Die vom Bieter beabsichtigte Auswirkung liegt auf der Hand.<sup>52</sup> Der Bieter will gegenüber dem Angebotsgesamtpreis für die ausgeschriebene Menge von nur fünf Stück und dem kalkulierten Preis für die Mehrmenge 45.000 € mehr erhalten.<sup>53</sup> Je nach Preisunterschied zu den Angeboten der Mitbewerber kann sich im Falle seiner Beauftragung ergeben, dass der in der Angebotssituation nur Zweitnehmende bei der Abrechnung um fast 45.000,00 € billiger gewesen wäre.

#### 4.1.3.2 Spekulation auf erwartete Anordnungen des Auftraggebers zu Änderungen oder zusätzlichen Leistungen

Der Bieter kann auch darauf spekulieren, dass der Auftraggeber während der Baumaßnahme gezwungen sein wird, Anordnungen nach § 1 Nrn. 3 oder 4 Satz 1 VOB/B zu treffen. Er wird in diesem Fall versuchen, sogenannte Leitpositionen im Leistungsverzeichnis so zu bepreisen, dass hinsichtlich der zu erwartenden Änderung bzw. der zu erwartenden zusätzlichen Leistung ähnliche Positionen ein weit höheres Preisniveau ausweisen, als dies aus dem Vertragspreisniveau des gesamten Vertrages herleitbar wäre. Ein solches Vorgehen entspricht zwar nach materiellem Recht und der herrschenden Meinung nicht dem System der Preisfortschreibung nach § 2 VOB/B, da nach der herrschenden Meinung nach § 2 Nrn. 5 bzw. 6 VOB/B die Grundlagen des Positionspreises bzw. die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung (d. h. für den gesamten Vertrag) heranzuziehen sind. Ähnliche Positionen (sog. Bezugsleistungen) dürfen nur im Wege einer Annäherung herangezogen werden, wenn sie das Vertragspreisgefüge repräsentieren.<sup>54</sup> Grundsätzlich bleibt das bisherige Preisgefüge bestehen, soweit es durch die Leistungsänderung nicht berührt wird.<sup>55</sup>

Sogenannte „Bezugsleistungen“ sind weder hinsichtlich der Höhe der Einheitspreise noch ihrer isolierten kalkulatorischen Herleitung der Einheitspreise per se geeignet, das für eine Preisfortschreibung maßgebliche Vertragspreisgefüge und insbesondere die zugrunde liegenden kalkulatorischen Herleitungen des Gesamtangebots insgesamt zu repräsentieren.

Ein gegebenenfalls „fetter“ Einheitspreis einer sogenannten „Bezugsposition“ war bei isolierter Betrachtung nämlich nicht kausal für den Vertragsabschluss und das im Vertrag fixierte Äquivalenzverhältnis, denn er führte nur im kalkulatorischen Querverbund mit dem nivellierenden Ausgleich der Kostenunterdeckung bei einer anderen Position zum Vertragsschluss.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Will der Bieter seine Zuschlagschance nicht gefährden, muss er den Mehrpreis von 1.000 € je Einheit der Vorderatzmenge in seinem Angebot in einer anderen Position verstecken.

<sup>53</sup> Wenn unterstellt wird, dass der Einheitspreis zivilrechtlich nicht angepasst werden kann. Zu einer beginnenden Diskussion hierüber siehe Luz, BauR 2005, 1391 ff.; Stemmer, VergabeR 2004, 549, 557 ff. und ZfBR 2006, 130, 135 ff.; Rohrmüller IBR 2008, 491, 492 und IBR 2009, 2

<sup>54</sup> Zu einer Kritik am Prinzip der „deterministischen“ Fortschreibung des Preises, wenn sowohl eine Position mit einem relativ niedrigen Preis als auch eine mit einem relativ hohen Preis in der Angebotskalkulation als Bezugsleistung zur Diskussion stehen und die Positionen als Bezugsleistungen gleich gut geeignet sind, siehe Kapellmann/Schiffers, a. a. O., Rdn. 1003, dann versagt die deterministische Fortschreibung.

<sup>55</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs, 16. Aufl., 2007, VOB/B § 2 Nr. 5 Rdn. 33

<sup>56</sup> siehe Rohrmüller, Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B mittels Bezugsleistungen?, Langaufsatz bei ibr-online

Manche Instanzgerichte sind mit dieser Rechtslage aber nicht ausreichend vertraut, so dass Auftragnehmer und ihre Berater oft darauf setzen, durch einzelne sehr hohe Einheitspreise in änderungsverdächtigen Positionen oder denjenigen Positionen, die zusätzlich notwendigen Leistungen ähnlich sein werden, zusätzliche Gewinne zu realisieren.

Beispiel:

Ausgeschrieben sind die Beschichtungsarbeiten für ein Parkhaus. Beim Grundierungsaufbau für den Bereich der 5.000 qm umfassenden **Parkflächen** entdeckt der Bieter im Leistungsverzeichnis einen Fehler: Es fehlt die erste Lage mit dem Material X, wie der Bieter unschwer aus dem Systemaufbau des Herstellers und aus der Beschreibung für die anderen Lose erkennen kann. Er weiß, dass diese Leistung, die im Vertrag noch nicht beschrieben ist, jedoch über das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B bei der Ausführung nachträglich gefordert werden muss. Für den Fall der Beauftragung vermerkt er bereits jetzt intern, dass er unmittelbar nach Auftragsvergabe Bedenken gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B anzeigen wird. Den Ausschreibungsfehler selbst teilt er dem Bauherrn nicht mit. Für den Bereich der **Einfahrt** ist in einem sehr kleinen Umfang, nämlich für nur 5 qm, der korrekte Systemaufbau im LV vorgesehen und die spezielle Grundierung mit dem Material X sogar mit einer eigenen, mit einem Einheitspreis anzubietenden Position ausgeschrieben. Anhand des ansonsten angebotenen Preisniveaus (auf der Basis der kalkulierten Zuschlagssätze) ergäbe sich für die sehr kleine Fläche von nur 5 qm ein Einheitspreis von 37,50 €/qm. (Bei einer großen Fläche, z. B. 5.000 qm ergäbe sich auf dieser Kalkulationsbasis des Bieters wegen der größeren Gebindeeinheiten und des einfacheren Arbeitsaufwands ein Einheitspreis von nur 28,60 €/qm, wie auch ein Gutachter gegebenenfalls bestätigen würde.) Der Bieter nutzt den Fehler im LV aber aus, indem er bei der Position für die Grundierung der Einfahrt einen Einheitspreis von 390,00 €/qm einträgt.

Der zu erwartende Nachtrag sieht aus der Sicht des Bieters so aus, dass er später als Auftragnehmer für die bisher nicht erfasste Grundierung der **Parkflächen** mit dem Material X anstatt eines aus der Urkalkulation herzuleitenden Betrags von 143.000,00 € (5.000 qm x 28,60 €/qm) den Betrag von 1,55 Millionen € fordern wird [5.000 qm x (390,00 €/qm ./. Minderkosten für die erhebliche Mehrmenge von z. B. 80 €/qm)]. Der Auftragnehmer wird später argumentieren, die Position für die **Einfahrt** sei als „Bezugsposition“ technisch absolut mit den zusätzlich anfallenden Leistungen im Bereich der **Parkflächen** vergleichbar und vertragsrechtlich nach § 2 Nr. 6 VOB/B zwingend heranzuziehen. Wegen der erheblich größeren Menge sei zugestanden, dass der als Bezugsposition heranzuziehende Einheitspreis um Minderkosten in Höhe von 80 €/qm reduziert werde.<sup>57 58 59</sup>

---

<sup>57</sup> Ob bei solchen spekulativen Preisgestaltungen der viel zitierte Seminarspruch „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ für den Fall der Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 5 bzw. 6 VOB/B angesichts der sich in den letzten Jahren häufenden spekulativen Preisgestaltungen, die bei manchen Bauverträgen eher einer Wette auf die Abrechnungsmenge als der Bestimmung der werkvertraglichen Vergütung im Rahmen eines Leistungsvertrags ähnelt, auch weiterhin unreflektiert herangezogen werden kann, erscheint mehr als fraglich, siehe Rohrmüller, IBR 2009, 2 entgegen Drittl, IBR 2009, 1.

<sup>58</sup> siehe Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 631 Rdn. 434: „Das Dogma des guten Preises und des schlechten Preises, die solche bleiben, wird zunehmend in Frage gestellt.“

<sup>59</sup> siehe auch aktuell BGH, Urteil vom 18.12.2008, Az.: VII ZR 201/06, Volltext bei ibr-online und IBR 2009, 127, mit Besprechung durch Rohrmüller. Der BGH sah berechtigten Anlass zu der Prüfung, ob die Preisvereinbarung gegen die guten Sitten verstößt. Eine Vereinbarung, die den üblichen Preis um das 800-Fache übersteigt, verstoße gegen das Anstandsgefühl, wenn der Preisbildung ein sittlich vorwerfbares Gewinnstreben zugrunde liege.

## 4.2 Abgrenzung der Mengenspekulation von der Mischkalkulation

### 4.2.1 Grundsätze

Mit dem Begriff der Mengenspekulation ist etwas völlig anderes gemeint als mit dem Begriff der Mischkalkulation. Die unterschiedlichen Phänomene werden jedoch in der im Anschluss an den Beschluss des BGH zur Mischkalkulation vom 18.05.2004<sup>60</sup> geführten Diskussion vermengt.<sup>61</sup>

- a) Ein Spekulationspreis ist im vorliegenden Zusammenhang ein Preis, der nicht anhand der Vordersatzmenge, sondern schon in der Erwartung einer Mengenveränderung kalkuliert wird, der also das Kalkül der Mengenveränderung (deshalb auch der Begriff **Mengenspekulation**) in sich trägt und je nach Richtung der prognostizierten Mengenveränderung signifikant höher oder niedriger ist als ein Preis, der mit der Vordersatzmenge innerhalb der positionsbezogenen Bandbreite von +/- 10 v. H. für Mengenveränderungen kalkuliert wird.<sup>62</sup> Der Einheitspreis ist mit Vertragsschluss fix, veränderlich ist die Menge, zu der eine Einschätzung getroffen wird. Nach dem System der Abrechnung nach ausgeführter Menge (§ 2 Nr. 2 VOB/B) verändert sich aber der Gesamtabrechnungspreis einer Position entsprechend der Mengenveränderung. Deshalb wird sprachlich verkürzt von einem spekulativen Preis und spekulativer Preisgestaltung gesprochen.
- b) Die Mischkalkulation ist meistens Mittel zum Zweck (siehe nachfolgend 4.2.2.3) und soll spekulative Preisgestaltungen verdecken. Soweit der BGH in dem Zusammenhang von einem Verdecken des „tatsächlich geforderten Preises“ sprach, ist dies zumindest missverständlich formuliert. Selbstverständlich „fordert“ der Bieter den im LV bei der jeweiligen Position genannten Einheitspreis auch tatsächlich. Dieser ist der zuletzt und abschließend (vordergründig) für die Leistung geforderte Betrag. Schließlich hat der Bieter mit Rechtsbindungswillen ein definitives Angebot abgegeben. Den „tatsächlich geforderten Preis“ im Sinne der Vergaberechtsprechung für eine Position hat der Bieter aber zuvor aufgeteilt und benennt in der Position, in der er die Preisangabe für die dort beschriebene Leistung machen soll, nur einen Teil dieses „tatsächlichen geforderten Preises“.<sup>63</sup> Der andere Teil des „tatsächlich geforderten Preises“ wird in eine nicht für diese Leistung vorgesehene Position hineingerechnet und somit im Sinne der Vergaberechtsprechung „versteckt“. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Bieter erklärt, der in der Position ausgewiesene (Teil-)Betrag sei der geforderte Betrag. Das weiß der Auftraggeber längst; er kann ja lesen, welchen Preis der Bieter bei der Position angegeben hat. Was der Auftraggeber nicht weiß, ist die Verlagerung.

---

<sup>60</sup> Az.: X ZB 7/04, VergabeR 2004, 473

<sup>61</sup> Spekulative Preisgestaltungen waren nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung, worauf bereits Stemmer in VergabeR 2004, 549, 554 ff. hinwies.

<sup>62</sup> Für eine Preisfortschreibung ist nur eine solche Urkalkulation maßgeblich, mit der die vertragliche Leistung auf der Basis der Vordersatzmengen im Rahmen der Toleranz des § 2 Nr. 3 VOB/B (+/- 10 v. H.) kalkuliert ist. Enthält eine vom späteren Auftragnehmer vorgelegte Kalkulation bereits das Kalkül von Änderungen der Menge außerhalb der Toleranz von +/- 10 v. H. bzw. von Änderungen der Leistungen, ist sie für eine Preisfortschreibung nach § 2 Nr. 3 ff. VOB/B nicht geeignet.

Siehe hierzu Rohrmüller, Zur Bedeutung der Vordersatzmenge bei Preisfortschreibungen auf der Basis der Urkalkulation und zum Problem spekulativ hoher Einheitspreise, Langaufsatz bei ibr-online und Rohrmüller, Kurzaufsatz: Bedeutung der Vordersatzmenge für Preisfortschreibung anhand der Urkalkulation, IBR 2008, 703.

<sup>63</sup> Weil der Bieter in der einen Position z. B. nur noch 0,01 € verlangt, hat er den tatsächlich geforderten Preis zuvor aufgeteilt ( $0,01 \text{ €} + x \text{ €} = \text{tatsächlich geforderter Preis in €}$ ) und einen Teil dann in die andere, durch Mischkalkulation verknüpfte Position verlagert.



## 4.2.2 Mögliche Fallgestaltungen von Spekulation und Mischkalkulation

Drei Situationen sind möglich und sollen nachfolgend veranschaulicht werden.

### 4.2.2.1 Nur Mengenspekulation

Erwartet der Bieter erhebliche Mengenveränderungen, wird er seine Preisgestaltung, wie oben beschrieben, danach ausrichten. Sieht der Bieter bei zu erwartenden Mengenmehrungen durch die Erhöhung des Gesamtangebotspreises wegen des auch für die Vordersatzmenge höheren Preises seine Zuschlagschancen nicht gefährdet, belässt er es bei der Preisspekulation in der Position. Einer Verlagerung von Preiselementen auf andere Positionen bedarf es aus seiner Sicht nicht. Jeder von ihm ausgewiesene Einheitspreis wird dann von ihm tatsächlich im Sinne der BGH-Rechtsprechung gefordert.

Der Bieter kann spekulative Einheitspreise bei Fehlern in mehreren Positionen im LV mehrfach einsetzen und dies unabhängig voneinander in der sicheren Erwartung entsprechender Mengenveränderungen.

### 4.2.2.2 Nur Mischkalkulation

Mischkalkulationen als Kalkulationsart können vorkommen, ohne dass der Bieter spekulativ auf eine Veränderung der Ausschreibungsmengen setzt. Typischerweise werden Mischkalkulationen nämlich seit jeher zur Kalkulationsvereinfachung gewählt. Aus der kalkulatorischen Sicht des Bieters spricht grundsätzlich nichts dagegen, wenn z. B. bei einfachen Kanalbauten neben dem Preis für die Baustelleneinrichtung lediglich ein Einheitspreis für die Einheit lfdm Rohrverlegung kalkuliert und angeboten wird. Der private Bauherr, der kleinere Aufträge auf der Basis der von Handwerkern eingereichten Angebote vergibt, kennt diese Art der Mischkalkulation. Ungewöhnlich ist dies nicht, auch nicht unredlich.

Für den öffentlichen Bauauftrag gilt jedoch: Der Bieter muss sich in jedem Falle an die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Aufgliederung in einzelne Positionen halten (siehe § 9 Nr. 14 VOB/A), will er nicht das Risiko des zwingenden Ausschlusses seines Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i. V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A wegen einer Mischkalkulation in Kauf nehmen. Im Übrigen ist zu beachten: Die Aufgliederung in Positionen, für die ein eigener Einheitspreis anzugeben ist, gibt Sinn. Mischkalkulationen stören die Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B. Zudem stören sie z. B. die Ermittlung der zu mindernden Vergütung gemäß § 634 Nr. 3 i. V. mit § 638 BGB.<sup>64</sup>

### 4.2.2.3 Mengenspekulation und Mischkalkulation

Bei der Mengenspekulation mit Mischkalkulation wählt der Bieter ein dreistufiges Vorgehen:

#### 1. Schritt:

Der Bieter kalkuliert zunächst auf der Basis der Mengenvordersätze des Leistungsverzeichnisses die Einheitspreise für alle Positionen („tatsächlich geforderte Preise“).

---

<sup>64</sup> siehe Rohrmüller, IBR 2008, 492

- a) Ausgangsbasis sind zunächst allgemeingültige Kalkulationsansätze und vor allem betriebliche Kostenkennwerte sowie betriebliche Erfahrungswerte aus früheren Bauabwicklungen.
- b) Der Bieter nivelliert das sich in der Summe der Einheitspreise ergebende Preisniveau und passt sein Gesamtpreisgefüge an die reelle Zuschlagschance an (siehe oben Abschnitt 4.1.2).

## 2. Schritt:

In einem zweiten Schritt modifiziert der Bieter seine Preisgestaltung dadurch, dass er das Mengenveränderungsrisiko bewertet. Erkennt er einen Mengenfehler im Leistungsverzeichnis, wird er, wie oben dargestellt, auf die sichere Veränderung der Menge spekulieren, d. h. seine diesbezüglichen Einheitspreise an die Mengenveränderungen anpassen.

## 3. Schritt:

Durch den vorstehenden zweiten Schritt hat der Bieter, da er keine Preisverhandlungsmöglichkeit hat, seine Zuschlagschance verändert. Bleibt ihm durch eine Preisreduzierung bei der Spekulation auf eine **Mindermenge** ein preislicher Puffer zu dem von ihm prognostizierten Gesamtangebotspreis, kann er den Preis einzelner Positionen, die auf jeden Fall kommen werden (z. B. die Baustelleneinrichtung), signifikant erhöhen; er kann das Vertragspreisniveau über das gesamte Angebot hinweg oder den Preis ausgewählter Positionen, bei denen er eine Mengenerhöhung erwartet, erhöhen.

Den Preis einer Position zu erhöhen, deren Menge sich nicht erhöht (z. B. der Baustelleneinrichtung), bringt dem Bieter lediglich einen Liquiditätsvorteil, wenn diese Position schnell ausgeführt und dafür eine Abschlagsrechnung gestellt wird. Am effektivsten ist es für den Bieter, den erhöhten Preis bei Positionen anzusetzen, deren Menge größer wird.

Bei der Spekulation auf eine sicher zu erwartende **Mehrmenge** wird der Bieter den diesbezüglichen Einheitspreis signifikant erhöhen. Ist die Vordersatzmenge im Leistungsverzeichnis sehr gering, verschlechtert er seine Zuschlagschance gegebenenfalls nur unmerklich, so dass der Bieter den auf den ursprünglich kalkulierten Einheitspreis aufgeschlagenen Preisanteil nicht noch in irgendeiner Stelle des Leistungsverzeichnisses verlagern muss, um seine Zuschlagschance zu wahren.

Ist der aufgeschlagene Preisanteil des Einheitspreises multipliziert mit der Vordersatzmenge jedoch so groß, dass der Bieter seine Zuschlagschance gefährdet sieht, ist er gezwungen, andere Positionen im Leistungsverzeichnis um diesen Anteil zu reduzieren. Diese Verlagerung deckt er nicht auf, er versteckt sie. Der Bieter hält damit den in die Wertung eingehenden Gesamtpreis gleich hoch. Unter dem Strich mindert er durch Preisreduzierungen bei einzelnen Positionen zwar das zu erwartende Gesamtabrechnungsergebnis etwas, gleicht dies aber durch die sicher zu erwartende überproportionale Mengenerhöhung bei denjenigen Positionen aus, bei denen er den Preis signifikant erhöht hat.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Die optimale „Kunst“ der Mischkalkulation besteht darin, Mengen, die weniger werden, niedrig zu bepreisen und Mengen, die mehr werden, hoch zu bepreisen.

### 4.3 Zivilrechtliche Ausgangssituation

Enthält das Leistungsverzeichnis Fehler, stellt sich unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten die Frage, wie diese Fehler die rechtsgeschäftliche Ausgangssituation im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beeinflussen.

#### 4.3.1 Kein geheimer Vorbehalt

Will der Bieter einen von ihm erkannten Fehler im Leistungsverzeichnis für spekulative Preisgestaltungen ausnutzen, wird er die Tatsache, dass das Leistungsverzeichnis einen Fehler hat, dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nicht aufdecken und das Leistungsverzeichnis unverändert lassen.<sup>66</sup> Er wird jedoch seine Preisgestaltung in der sicheren Erwartung vornehmen, dass sich z. B. die Abrechnungsmengen gegenüber den Vordersatzmengen erheblich ändern. Der Bieter verspricht bei unveränderten Angebotsunterlagen die Leistung so, wie im LV beschrieben, auszuführen und benennt seinen Preis hierfür. Die Spekulation fußt auf der Erwartung, dass über § 2 Nr. 2 VOB/B nach den tatsächlich ausgeführten Mengen und im wesentlichen unveränderten Einheitspreisen (siehe aber § 2 Nr. 3 VOB/B wegen der Gemeinkostendeckung) abgerechnet wird. Deshalb liegt – entgegen der Ansicht des BayObLG<sup>67</sup> – nicht etwa ein geheimer Vorbehalt vor.<sup>68</sup> Der Bieter will den Vertrag mit dem Inhalt, wie im LV beschrieben, und gerade auch mit den darin enthaltenen Fehlern zustande bringen, da er sich dadurch Vorteile verspricht.

#### 4.3.2 Keine Falschbezeichnung

Beim öffentlichen Auftrag wendet sich der Auftraggeber mit einem vom Bieter mit Preisen auszufüllenden Leistungsverzeichnis (zum Leistungsverzeichnis siehe § 9 Nr. 14 VOB/A) an den Bieterkreis. Die Bieter kalkulieren anhand dieser vom Bauherrn gemachten Angaben ihr Angebot. Sie reichen dieses Angebot als rechtsverbindlich<sup>69</sup> spätestens zum Ende der Angebotsfrist ein (siehe § 18 Nr. 2 VOB/A). Nach Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt auf dasjenige Angebot, das als wirtschaftlichstes erscheint (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A), der Zuschlag (§ 28 VOB/A). Dadurch, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern die Angebotsunterlagen (Verdingungsunterlagen) zur Verfügung stellt, fordert er sie im Sinne des Zivilrechts zur Angebotsabgabe auf (sog. *invitatio ad offerendum*). Erst der Bieter gibt mit seinem Angebot eine Willenserklärung im Sinne der Vorschriften des BGB, §§ 116 ff., ab. Sodann erfolgen Prüfung und Wertung der Angebote beim öffentlichen Auftraggeber. Die interne Zuschlagsentscheidung als solche bringt den Vertrag noch nicht zustande, sondern erst der Zugang der Annahmeerklärung beim Bieter gemäß § 130 BGB. Die Annahmeerklärung eines öffentlichen Auftraggebers ist ebenso wie das rechtsverbindliche Angebot des Bieters eine Willenserklärung, die dem Zivilrecht unterliegt.

---

<sup>66</sup> Der vom Bieter erkannte Fehler im Leistungsverzeichnis darf von ihm vergaberechtlich ohnehin nicht abgeändert, der Fehler nicht korrigiert werden, da Änderungen an den Verdingungsunterlagen zum Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i. V. mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A führen. Nur wenn vom öffentlichen Auftraggeber noch vor dem Submissionstermin Berichtigungen an dem Leer-LV erfolgen und den Bewerbern zur Verfügung gestellt werden, dürfen und müssen die neuen Unterlagen für das Angebot verwendet werden, siehe VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.04.2008, Az.: 1 VK 12/08, IBR 2008, 537.

<sup>67</sup> NZBau 2004, 294, 295

<sup>68</sup> Selbst wenn ein geheimer Vorbehalt vorläge, wäre dieser nach § 116 BGB unbeachtlich.

<sup>69</sup> siehe aber auch indikatives Angebot, Rohrmüller, IBR 2008, 594

In dem Sonderfall eines vom Bieter erkannten Schreib- bzw. Übertragungsfehlers des Auftraggebers bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses ist fraglich, welchen Einfluss der Fehler im Leistungsverzeichnis (z. B. falsch übertragene Massen) auf die Annahmeerklärung des öffentlichen Auftraggebers hat, da bei einem Vertragsschluss Willensübereinstimmung mit dem Inhalt des beabsichtigten Vertrages vorhanden sein muss. Die Willenserklärung (Annahme des Angebots des Bieters) des öffentlichen Auftraggebers ist nach den allgemeinen Regeln des BGB der Auslegung zugänglich (§§ 133 und 157 BGB).

Die §§ 119 ff. BGB wären leer laufend, wenn die Auslegung in allen Fallgruppen einen dem wirklichen Willen des Erklärenden entsprechenden Erklärungsinhalt herzustellen hätte. Läge jedoch nur eine bloße Falschbezeichnung<sup>70</sup> durch beide – den öffentlichen Auftraggeber und den Bieter – vor, hätte das übereinstimmend Gewollte Vorrang vor einer Falschbezeichnung (Grundsatz, dass die Falschbezeichnung nicht schadet: *falsa demonstratio non nocet*). Der Fehler könnte sozusagen im Wege der rechtsgeschäftlichen Auslegung eliminiert werden. Allerdings kann vorliegend ein abweichend vom Vertragstext übereinstimmend Gewolltes nicht festgestellt werden, da es gerade im Kalkül des Bieters liegt, das fehlerhafte LV und nicht das erkennbar vom öffentlichen Auftraggeber Gewollte zum Vertragsinhalt zu machen.<sup>71</sup>

#### 4.4 Vergaberechtliche Situation

##### 4.4.1 Grundsatz

Bei einer öffentlichen Ausschreibung ist die Eignung der Bieter zu prüfen (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A). Für den Fall der beschränkten Ausschreibung und der Freihändigen Vergabe gilt, dass aufgrund der Vorauswahl nur Umstände zu berücksichtigen sind, die nach der Anforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung des Bieters begründen (siehe §§ 25 Nr. 2 Abs. 2 und 8 Nr. 4 VOB/A). Eignungskriterien sind die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit (siehe auch § 97 Abs. 4 GWB).

Ein Bieter erweist sich als unzuverlässig, wenn er nicht die Gewähr dafür bietet, dass er die für die Vertragsdurchführung relevanten gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen einhält. Es darf nicht die konkret begründete Gefahr bestehen, dass er seinen gesetzlichen bzw. vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt bzw. nicht nachkommen wird. § 24 VOB/A erlaubt mit Hilfe des Vergabegesprächs eine Aufklärung über die Eignung des Bieters. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben (§ 24 Nr. 2 VOB/A). Verbleiben nach Durchführung des Vergabegesprächs Zweifel an der Eignung des Bieters, wird der Auftraggeber diese im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Die Prüfung der Zuverlässigkeit erfolgt im Wesentlichen auf der Grundlage einer Analyse des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsverhaltens des Bieters. Ein Geschäftsgebaren, das sich als Verletzung vorvertraglicher Pflichten oder sogar als Rechtsmissbrauch darstellt, rechtfertigt bei der Prüfung der Eignung des Bieters, ihn aus der Sicht des Auftraggebers als unzuverlässig einzuschätzen.

---

<sup>70</sup> siehe Palandt/Heinrichs/Ellenberger, Kommentar BGB, 67. Aufl., 2008, § 133 Rdn. 8

<sup>71</sup> unklar bei Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., § 10 Rdn. 359, zur Geltung des Gewollten bei erkanntem Irrtum

#### 4.4.2 Unzuverlässigkeit wegen Verschuldens bei Vertragsschluss und wegen Rechtsmissbrauchs

Wer als Bieter Mängel im LV erkennt, sich aber vorsätzlich blind stellt und den Fehler durch Mengenspekulation und Preisverlagerungen für sich auszunutzen gedenkt, verletzt seine vorvertragliche Hinweispflicht und handelt rechtsmissbräuchlich. Ein derartiges Verhalten des Bieters ist nicht nur bloße Geschäftstüchtigkeit an der Grenze zur Sittenwidrigkeit, sondern eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten, auf welche unmittelbar §§ 241 Abs. 2, 249 ff., 280, 311 sowie 242 BGB Anwendung finden.<sup>72</sup>

##### 4.4.2.1 Hinweispflicht des Bieters

Den Bieter trifft eine **Hinweispflicht** auf den von ihm erkannten Fehler im LV.<sup>73</sup> Die Rechtspflicht zu redlichem Verhalten bei Vertragsverhandlungen und zur Mitteilung von Umständen, die für den anderen Teil im Rahmen der Verhandlungen mutmaßlich von Bedeutung sein können, trifft jeden Beteiligten.<sup>74</sup> Sie ist darum nicht nur vom Auftraggeber, sondern auch vom Bieter zu erfüllen.<sup>75</sup> Wenn der Bieter wesentliche Unstimmigkeiten oder Fehler in der Leistungsbeschreibung entdeckt oder wenn er Mängel des Entwurfs erkennt, ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Unzulänglichkeit mitzuteilen.<sup>76</sup>

Diese Hinweispflicht darf nicht mit einer Prüfpflicht verwechselt werden. Eine Prüfpflicht im Interesse des Auftraggebers existiert nicht. Den Bieter trifft aber die kalkulationsbezogene Obliegenheit, unter Berücksichtigung aller für den Bieter erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Auftraggeber gemeint hat, um später bei abgeschlossenem Vertrag Nachtragsforderungen noch mit Erfolg durchsetzen zu können.<sup>77</sup>

Zur Hinweispflicht des Auftraggebers bei einem erkannten Kalkulationsirrtum hat der BGH mit Urteil vom 04.10.1979<sup>78</sup> in der Fallgestaltung eines vom Auftraggeber positiv erkannten Kalkulationsfehlers des Bieters entschieden, dass ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes beruht. Da die Klägerin Bauleistungen ausgeschrieben und der Beklagte ein Angebot abgegeben habe, habe für **beide** nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 242 BGB) die Rechtspflicht zu redlichem Verhalten bestanden. Deshalb müsse ein Auftraggeber, der einen Kalkulationsirrtum des Anbieters vor Vertragsschluss erkenne, den Anbieter darauf hinweisen.

---

<sup>72</sup> zu den zivilrechtlichen Folgen siehe auch Rohrmüller, IBR 2008, 491

<sup>73</sup> siehe Wettke, BauR 1989, 297

<sup>74</sup> Hereth/Naschold, Kommentar VOB/A, 2. Aufl., 1960, Ez A 9.135

<sup>75</sup> Hereth/Naschold, a. a. O.

<sup>76</sup> Hereth/Naschold, a. a. O.

<sup>77</sup> siehe z. B. BGH, Urteil vom 06.02.2002, Az.: X ZR 185/99, BauR 2002, 1082, und schon Hereth/Naschold, a. a. O.: „Obwohl keine Rechtspflicht des Bieters besteht, die Verdingungsunterlagen auf Unstimmigkeiten und Mängel zu prüfen, muss er später als Auftragnehmer doch gegebenenfalls gegen sich gelten lassen, dass er Widersprüche und Unstimmigkeiten hätte zur Sprache bringen können.“

<sup>78</sup> Az.: VII ZR 11/79, BauR 1980, 63, 65

Der BGH bestätigte diese Rechtsprechung mit Urteil vom 07.07.1998<sup>79</sup> indem er ausführte, dass das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anknüpfe, wonach den Auftraggeber aufgrund des mit der Ausschreibung und der Abgabe von Angeboten entstehenden, Vertrauensschutz fordernden Rechtsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) eine Verpflichtung treffen könne, den Bieter auf einen von ihm, dem Auftraggeber, erkannten Kalkulationsfehler hinzuweisen.

Mit Urteil vom 07.06.2005<sup>80</sup> bestätigte der BGH diese Rechtsprechung erneut. Spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Bieter werde zwischen diesen und dem Ausschreibenden ein **vorvertragliches Vertrauensverhältnis** begründet, aus dessen Verletzung durch eine nicht den Vergabevorschriften entsprechende Vergabe des Auftrags Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo entstehen können, die regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet sind, unter besonderen Voraussetzungen sogar auch auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet sein können. Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen beruhe auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes. Für den Ausschreibenden und den Bieter, also für **beide**, bestehe nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die **Rechtspflicht zu redlichem Verhalten** (siehe BGHZ 60, 221, 224).

#### 4.4.2.2 Rechtsmissbrauch durch Bieter

Der Bieter, der eine vorvertragliche Hinweispflicht verletzt, stellt sich gegen die Rechtsordnung. Dass er dem Auftraggeber eine Berichtigung der Mengenangabe gegenüber allen Bewerbern nicht ermöglicht und vielmehr den von ihm positiv erkannten Fehler im LV zu spekulativer Preisgestaltung nutzt, ist ein weiterer Verstoß gegen die Rechtsordnung, nämlich ein rechtsmissbräuchliches, doloses Vorgehen.

In dem zuvor genannten Urteil vom 07.07.1998 entwickelte der BGH seine Rechtsprechung weiter. Es könne eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annehme und auf der Durchführung des Vertrages bestehe, obwohl er weiß, dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht. Allein die positive Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden genüge für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung jedoch noch nicht. Ob ein Verhalten des Erklärungsempfängers treuwidrig sei, lasse sich nur anhand aller Umstände des Einzelfalls beurteilen. Dabei komme dem Ausmaß des Kalkulationsirrtums wesentliche Bedeutung zu. Als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar werde man die Annahme eines fehlerhaft berechneten Angebots nur dann ansehen können, wenn die Vertragsdurchführung für den Erklärenden schlechthin unzumutbar sei, etwa weil er dadurch in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete.

Woraus leitet sich nun in der vorliegenden Fallgestaltung eine vergleichbare rechtsmissbräuchliche Situation ab?

Es geht hier – um Missverständnissen vorzubeugen – nicht darum, dass die finanziellen Folgen für den öffentlichen Bauherrn – quasi spiegelbildlich – eine untragbare Härte mit dessen Existenzgefährdung sein müssten. Auch „kalkuliert“ der Auftraggeber bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses nicht im betriebswirtschaftlichen Sinne. Die Fallgruppe ist in der Tat nicht spiegelbildlich gleich, muss es aber auch nicht sein. Es geht vielmehr in beiden Fallgestaltungen

<sup>79</sup> Az.: X ZR 17/97, BauR 1998, 1089, 1091, 1092

<sup>80</sup> Az.: X ZR 19/02, BauR 2005, 1618, VergabeR 2005, 617

gen um den darin steckenden gedanklichen Kern, dass einer der Vertragsanbahnenden eine zum Vertragsschluss führende Situation, in der er einen Fehler des anderen Partners erkannt hat, nicht wider Treu und Glauben für sich ausnutzen darf. Das eigentliche Problem liegt in der hier zu betrachtenden Fallgestaltung, der positiven Kenntnis von einem Fehler im LV, darin, dass der Bieter durch eigenes aktives Tun, durch die spekulativen Preisgestaltungen, dem ursprünglichen Fehler im LV des Auftraggebers eine vorher nicht vorhandene Schärfe gibt. Der Fehler im LV würde sich nämlich bei einer Preisgestaltung, die sich im Rahmen des ansonsten vorliegenden Vertragspreisgefüges des Bieters bewegt, also ohne spekulative Auf- bzw. Abpreisungen, nicht auswirken. Gravierende Mengenveränderungen würden allenfalls Sowieso-Kosten verursachen, die auch im Falle zutreffend geschätzter Mengen angefallen wären. Um solche Sowieso-Kosten geht es vorliegend nicht. Der Bieter will mehr als er im Leistungswettbewerb mit seinen Mitkonkurrenten erzielen könnte. Er baut auf dem Fehler im LV auf, um sich außerhalb des Leistungswettbewerbs und außerhalb des Leistungsvertrages zu Lasten des öffentlichen Bauherrn<sup>81</sup> einen Vorteil zu verschaffen.

Im Unterschied zu normalen „claims“, die auf dem grundsätzlich nicht zu beanstandenden Gedanken beruhen, dass im Geschäftsleben niemand etwas zu verschenken hat und jeder bestrebt sein darf, seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte und Ansprüche zu wahren, nutzt der Bieter nicht nur eine vorhandene Situation ohne eigenen Handlungsanteil aus, sondern er tut aktiv etwas, nämlich das genaue Gegenteil dessen, was von ihm als redlichem Verhandlungspartner von der Rechtsordnung erwartet wird. In der vorliegenden Gestaltung versteckt er das in Wahrheit vorliegende wesentlich höhere Preisniveau der späteren Abrechnung. Darin liegt ein rechtsmissbräuchliches und damit treuwidriges aktives Verhalten.

Dieses Vorgehen ist arglistig. Grundsätzlich, auch außerhalb des zivilen Baurechts, gilt, dass besonders wichtige Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlagender Bedeutung sind, ungefragt offenbart werden müssen.<sup>82</sup> So darf ein Verkäufer z. B. wesentliche Mängel der Kaufsache nicht verschweigen.<sup>83</sup>

Die vom Bieter geschaffene Problematik liegt insbesondere auch in dem **vorsätzlichen und vorvertrags- bzw. vertragswidrigen Kalkül**, sich einen Vermögensvorteil außerhalb des Preisfortschreibungssystems von § 2 VOB/B unter bewusstem Ausnutzen eines Fehlers des Verhandlungspartners zu verschaffen. Die Vorschriften in § 2 VOB/B dienen im Gegensatz zu den Absichten des Bieters der Befriedung der Interessen beider Vertragspartner während der Vertragsabwicklung. Mit seinen Preisspekulationen unter Ausnutzung des Fehlers im Leistungsverzeichnis stellt sich der Bieter bewusst außerhalb des Bereichs, für den die Regelungen in § 2 VOB/B geschaffen wurden und von den Vertragsparteien vereinbart sind. Der Streit über eine übliche Vergütung, wie bei § 632 Abs. 2 BGB, soll insbesondere während der Bauzeit nicht durchgefochten werden müssen, da sonst die Gefahr wechselseitiger Erpressungsmöglichkeiten über evtl. Bau- bzw. Zahlungseinstellungen bestünde. Den Vertragsparteien soll mit dem Vertragsschluss auf Grundlage der VOB/B ein auf Interessenausgleich abgestimmtes Instrumentarium an die Hand gegeben werden, um auch im Streitfalle den Baufortschritt einerseits und die Liquidität des Auftragnehmers andererseits nicht einzuschränken. Zudem erspart sich der Auftragnehmer Kosten der Akquisition, der Auftraggeber profitiert von dem vertraglich

---

<sup>81</sup> gegebenenfalls auch zu Lasten seiner Mitkonkurrenten um den Auftrag, wenn z. B. der Zweitnehmende mit einer Wertung anhand vor der Submission berechtigter Mengenangaben den Auftrag bekommen hätte

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 28.04.1971, Az.: VII ZR 258/69, NJW 1971, 1799, Palandt/Heinrichs/Ellenberger, a. a. O., § 123 Rdn. 5 b

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 08.12.1989, Az.: V ZR 246/87, NJW 1990, 975

nach § 1 Nrn. 3 und 4 Satz 1 VOB/B gegebenen Zugriff auf die betrieblichen Kapazitäten.<sup>84</sup> Deshalb stehen den einseitigen, mit der Geltung der VOB/B eingeräumten Leistungsbestimmungsrechten des Bauherrn nach § 1 Nrn. 3 und 4 Satz 1 VOB/B<sup>85</sup> die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers nach § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B gegenüber.

Im Falle der Anordnung von Leistungen nach § 1 Nrn. 3 und 4 Satz 1 VOB/B erfolgt kein Preiswettbewerb wie bei der ursprünglichen Beauftragungssituation. Dafür soll nach den in § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B verankerten Grundprinzipien mit der Anknüpfung an die vertraglichen Grundlagen des Preises bzw. an die Preisermittlungsgrundlagen, Begriffe die synonym für die Kalkulation gebraucht werden, erreicht werden, dass das im Wettbewerb ursprünglich gefundene Preisniveau beibehalten wird. Es soll sich wegen des damit aufrechterhaltenen Äquivalenzverhältnisses gegenüber dem Preisgefüge bei Vertragsschluss weder zu Lasten des Auftragnehmers noch des Auftraggebers ein Nachteil ergeben, mithin das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis beibehalten bleiben. In einem Streit über die Nachtragsvergütung unterliegen die Parteien nach der Rechtsprechung des BGH einer Kooperationsverpflichtung.<sup>86</sup> Danach sind die Vertragspartner grundsätzlich verpflichtet, durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zu versuchen, wenn solche während der Vertragsdurchführung über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Vertragsanpassung entstehen.<sup>87</sup> Auch dies zeigt, dass die Rechtsprechung die in § 2 VOB/B enthaltenen Vertragsanpassungsregelungen nicht als Einfallstor einseitiger Interessenswahrnehmung ansieht.

Der Bieter will zum Zuschlag kommen und deshalb bei der Prognoseentscheidung des Auftraggebers günstiger erscheinen, aber im Ergebnis – wie er weiß – nicht sein. Mit Blick auf den Wertungsvorgang beabsichtigt der Bieter, sein letztlich höheres Preisniveau der Abrechnung für den Wertungsvorgang zu verstecken. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Wertungsvorgang grundsätzlich nur mit den Vordersatzmengen zu erfolgen habe.<sup>88</sup> Denn darin liegt gerade das rechtsmissbräuchliche Kalkül des so agierenden Bieters. Der Wertungsvorgang ist eine Prognose. Die zutreffende Prognoseentscheidung, also eine Prognose ohne die Auswirkungen des Fehlers im LV, hat der Bieter vereitelt, weil er den Auftraggeber entgegen vorvertraglicher Verpflichtung nicht auf den Fehler im LV hingewiesen und zudem seine Absicht, wesentlich höher abzurechnen, versteckt hat. Dies muss nunmehr im Verhältnis zum dolos handelnden Bieter, zumindest bei der Entscheidung über dessen Zuverlässigkeit, hinweggedacht werden.

Auf unsere Fallkonstellation gemünzt, will der Bieter das Entdecken des im Falle der Abrechnung wesentlich höheren Preisniveaus durch aktives Tun verhindern. Im Widerspruch zu dem auch in **§ 162 BGB** zum Ausdruck kommenden **allgemeinen Rechtsgedanken**, dass niemand

<sup>84</sup> siehe Rohrmüller, IBR 2005, 303

<sup>85</sup> zum einseitigen Leistungsbestimmungsrecht siehe BGH, BauR 2004, 495 ff., Quack, ZfBR 2004, 107

<sup>86</sup> zum Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen siehe Kuffer, ZfBR 2004, 110 ff.

<sup>87</sup> siehe BGH, Urteil vom 28.10.1999, Az.: VII ZR 393/98, BauR 2000, 409, NJW 2000, 807, NZBau 2000, 130

<sup>88</sup> Zu der Frage, ob im Rahmen der vierten Wertungsstufe das Angebot eines Bieters, der sich bei der Angebotsabgabe rechtsmissbräuchlich verhalten hat und das im Rahmen des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsspielraums nicht ohnehin wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen wurde, mit **korrigierten Vordersätzen** in die Wertung (vierte Wertungsstufe, siehe § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A) eingehen kann, bedarf es noch einer eingehenden Diskussion. Meines Erachtens wäre das Angebot des rechtsmissbräuchlich handelnden bisherigen Mindestnehmenden mit denjenigen korrigierten Mengenvordersätzen zu werten, die bei einer rechtzeitigen und sachgerechten Korrektur des Leistungsverzeichnisses bei gegebenem Hinweis auf den Fehler im LV von den Bietern zur Grundlage der Kalkulation gemacht worden wären (Sicht ex ante bei der Angebotsabgabe). Der Wettbewerb wird dadurch nicht beeinträchtigt, da der bisherige Zweitbieter allenfalls besser gestellt wird, weil er den Auftrag bekommt. Alle weiteren Bieter werden, mangels Zuschlagschance, ohnehin nicht benachteiligt.



aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteil ziehen darf, würde sich die zuvor erfolgte doppelte<sup>89</sup> Rechtsverletzung durch den dolos handelnden Bieter perpetuieren, könnte er sich im Ergebnis sogar zu seiner „Entlastung“ auf die von ihm begangenen Rechtsverletzungen berufen, was eine dritte Rechtsverletzung darstellen würde.

Ein weiterer Gesichtspunkt:

Zur Frage, inwieweit sich ein Auftragnehmer bei unvollständigen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen von vornherein **nicht** auf „enttäushtes Vertrauen“ berufen könne und ihm schon deshalb kein Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zustehe, entschied der BGH mit Urteil vom 25.02.1988<sup>90</sup>: Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo sei stets enttäushtes Vertrauen. Davon könne, in dem vom BGH entschiedenen Fall, schon deshalb keine Rede sein, weil die Auftragnehmerinnen bei ihrem Angebot – nach den eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts – „frivol“ kalkuliert und die vorliegende Auseinandersetzung über die entstehenden Mehrkosten in Kauf genommen hätten. Wie richtig diese Feststellung sei, zeige sich – lt. BGH – vor allem daran, dass die Auftragnehmerinnen in ihrem Angebot für die Wasserhaltungskosten zu Los 2 lediglich 2 DM/lfdm angesetzt hätten, während die Auftragnehmerin (Klägerin zu 1) im Los 1 kurz zuvor noch 75 DM/lfdm gefordert habe. Die unverhältnismäßig große, sachlich nicht zu rechtfertigende Differenz zeige, dass die Auftragnehmerinnen hier ohne jeden vernünftigen Bezug zur Ausschreibung letztlich doch mehr oder weniger „ins Blaue“ – wenn nicht sogar „spekulativ“ – kalkuliert hätten. Dadurch hätten sie die Gefahr, dass später in ihrem Umfang unabsehbare „Nachforderungen“ gestellt würden (hier rund das Hundertfache des für die Wasserhaltung ausgewiesenen Angebotspreises), nicht nur wesentlich erhöht, sondern geradezu heraufbeschworen, ohne ihre Aussichten auf Erteilung des Zuschlags aufs Spiel zu setzen. Wer so handle, könne sich nicht auf „enttäushtes Vertrauen“ berufen.

Wenn einem frivol kalkulierenden Bieter ein Nachtragsanspruch verwehrt wird, weil er sich – so der BGH – nicht auf enttäushtes Vertrauen berufen kann, dann darf ein dolos handelnder Bieter erst recht nicht von seinem dolosen Vorgehen profitieren.

Der BGH betrachtete den Auftragnehmer schon in seiner Situation als kalkulierenden Bieter, angewandt wurde die Rechtsprechung aber mit Blick auf spätere Nachtragsforderungen des Auftragnehmers. Die Problematik der entschiedenen Sachverhalte lag aber bereits im Vergabeverfahren. Es wäre nun inkonsequent, wenn ein solcher Sachverhalt nicht schon im Vergabeverfahren gewürdigt werden dürfte.<sup>91</sup>

Erstens wird der frivole Bieter nicht erst durch den Zuschlag frivol; er ist es bereits vor der Zuschlagserteilung.

Zweitens darf ein Bieter erst recht wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn er nicht nur frivol kalkuliert, der Bieter also keine positive Kenntnis von einem Ausschreibungsfehler hat, diesen als möglich ansieht und entsprechend kalkuliert, sondern wenn er sogar in Kenntnis eines Ausschreibungsfehlers diesen für sich auszunutzen versucht und deshalb nicht

---

<sup>89</sup> Verstoß gegen die Hinweispflicht und Verstecken des höheren Preisniveaus

<sup>90</sup> Az.: VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, 340

<sup>91</sup> zumal dem öffentlichen Auftraggeber bei öffentlicher und beschränkter Ausschreibung Preisverhandlungen untersagt sind

auf den Fehler hinweist, er also „noch frivoler“ ist, als die Rechtsprechung bislang im Nachtragsbereich erkannte.

Im Einzelnen können folgende Fallgruppen unterschieden werden:

- a) In dem oben genannten (in der Praxis leider vermehrt anzutreffenden) **Sonderfall**, dass ein Bieter erkennt, dass eine zusätzliche Leistung notwendig sein wird und er spekulative Preisvorsorge durch Aufpreisungen bei tatsächlich oder vermeintlich ähnlichen Positionen trifft, um diese verteuerten Positionen<sup>92</sup> später als „Bezugspositionen“ für die Bestimmung der Vergütung für die zusätzlich notwendige Leistung vorweisen zu können, liegt nicht nur ein treuwidriges, sondern sogar ein sittenwidriges Verhalten. Es geht hier nicht um eine Einschränkung der zu schützenden und zu bewahrenden Kalkulationsfreiheit des Bieters, da sich die Kalkulationsfreiheit naturgemäß nur auf die zu kalkulierenden Umstände bezieht,<sup>93</sup> zu denen insbesondere die mitgeteilten Vordersätze gehören.
- b) Im Fall der als sicher erwarteten **Mindermenge** gibt der vom Bieter für diese Position angebotene spekulativ niedrige Einheitspreis die Möglichkeit, das Vertragspreisgefüge der anderen Positionen anzuheben und den für die erwartete Mindermenge kalkulierten Betrag in eine andere Position einzurechnen. Damit erweckt der Bieter nur den Anschein eines günstigen Angebots. In Wirklichkeit, unter Zugrundelegung der tatsächlich zu erwartenden Mengen, schwindet sein Abstand zum Zweitbieter bzw. ist der Zweitbieter billiger. Im in der Praxis durchaus anzutreffenden Extremfall erweist sich der ursprünglich Mindestnehmende im Vergleich zu den anderen Bietern als Höchstnehmender. Der Bieter versteckt sein höheres Preisniveau der anderen Positionen mit dem niedrigen Einheitspreis der Position, die nicht oder nur in erheblich niedrigerem Umfang kommen wird. Dieser Täuschungsvorgang macht das Vorgehen des Bieters unredlich.
- c) Im Fall der als sicher erwarteten **Mehrmenge** versteckt der Bieter die mit der Aufpreisung verbundene Kostenüberdeckung der Vordersatzmenge, die in die Wertung mit eingeht, durch entsprechende Kostenunterdeckungen in anderen Positionen, indem er mischkalkuliert oder gegenläufig auf eine Mindermenge bei einer anderen Position spekuliert. Auch hier versteckt der Bieter treuwidrig sein höheres Preisniveau in der sicheren Erwartung der gegenüber dem Angebot wesentlich höheren Abrechnung.

#### 4.4.3 Vergaberecht stellt Auftraggeber gegenüber Rechtsverstoß bzw. Rechtsmissbrauch durch Bieter nicht rechtlos

Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Beschreibung der Leistung nach § 9 VOB/A schränkt die Verpflichtung des Bieters zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers als des anderen Teils gemäß § 241 Abs. 2 BGB nicht ein<sup>94</sup>, ebenso wenig wie dies § 97 GWB im Bereich des Kartellvergaberechts tut. Mit dem Rechtsanspruch der Unternehmen darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen des Vergabeverfahrens einhält, werden erkennbar keine rechtsfreien Räume für den Bieter ge-

---

<sup>92</sup> Die Verteuerung bezieht sich darauf, dass diese Einheitspreise nicht mit dem Vertragspreisgefüge des gesamten Angebots des Bieters in Einklang stehen.

<sup>93</sup> zur Bedeutung der Vordersatzmenge siehe Rohrmüller, IBR 2008, 703

<sup>94</sup> Rohrmüller, IBR 2008, 491

schaffen. Es wäre abwegig, für den Bereich des Zeitraums vor dem Vertragsschluss<sup>95</sup> Normen anderer einschlägiger Rechtsgebiete<sup>96</sup> nicht anwenden zu wollen.

Die Vertragsfreiheit der Bieter, und damit auch die Kalkulationsfreiheit der Bieter, wird durch die Rechtsordnung beschränkt. Diese Beschränkung erfolgt nicht unmittelbar, sondern über die Einwirkung mittels Generalklauseln (z. B. §§ 138, 242, 826 BGB). Letztlich folgt dies sogar aus der verfassungsmäßigen Ordnung, die zwar keine unmittelbar wirkende Schranke der Vertragsfreiheit beinhaltet, aber mittelbar über die sogenannten Generalklauseln in das Privatrecht einwirkt. Die Generalklauseln sind uneingeschränkt Teil der privatautonomen Ordnung unseres Wirtschaftssystems, auch im Rechtsverkehr mit dem Fiskus. Ein Sonderrecht, dass die öffentliche Hand im fiskalischen Bereich weniger schutzwürdig sei, was einer Einladung zum Rechtsmissbrauch gleichkäme, existiert nicht. Die allgemein mit der Privatrechtsordnung aufgestellten Regeln<sup>97</sup> gelten für und gegen alle.

#### 4.4.4 Zu den Argumenten der bislang vertretenen Meinungen

Das Argument des OLG Düsseldorf<sup>98</sup>, dass der Bieter in der vorliegenden Fallkonstellation eine vorvertragliche Pflicht verletzt habe, hat sich – wie oben dargelegt – als richtig erwiesen. Der Bieter wäre zum einen verpflichtet gewesen, auf den Fehler der Ausschreibung hinzuweisen und zum anderen hätte er den Mengenfehler im LV nicht zur spekulativen Preisgestaltung ausnutzen dürfen, was sich darüber hinaus sogar als rechtsmissbräuchlich darstellt und vom OLG Brandenburg bereits im Ansatz erkannt wurde („... wenn ... der Bieter missbräuchlich Fehler im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers ausnutze ...“).

Der Bieter will sich, wie das OLG Nürnberg<sup>99</sup> zutreffend erkannte, einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, ohne tatsächlich günstiger zu sein. Das vom OLG Düsseldorf erkannte bewusste Ausschlichten des Fehlers im LV durch den Bieter zu seinem Vorteil durch eine willkürliche Preisgestaltung entspricht dem aufgezeigten Vorgang des Versteckens des in Wahrheit höheren Preisniveaus. Der Bieter versucht damit, wie das OLG Düsseldorf erkannte und auch von Brinker/Ohler<sup>100</sup> betont wird, eine ungerechtfertigt günstige Stellung im Ausschreibungsverfahren zu erlangen. Daraus folgt: Der Bieter ist unzuverlässig. Zu ergänzen ist an dieser Stelle, dass sich eine Hinweispflicht regelmäßig aus den Bewerbungsbedingungen der öffentlichen Hand ergibt. Dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall lagen solche Bewerbungsbedingungen zugrunde. Wegen der geschilderten Rechtslage ist die darin enthaltene Hinweispflicht letztlich nur deklaratorisch und auch das etwaige Fehlen derartiger Bewerbungsbedingungen verändert deshalb die Rechtslage nicht.

---

<sup>95</sup> zur Rechtsnatur des Zuschlags und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an den Bieter siehe OVG Niedersachsen, Beschluss vom 26.07.2006, Az.: 7 OB 65/06, IBR 2006, 512

<sup>96</sup> Selbstverständlich ist in diesem zeitlichen Bereich z. B. ein Betrugsversuch eines Bieters auch bei der Anwendung des Vergaberechts für eine durch Täuschung und Irrtumserregung bedingte Vergabeentscheidung strafrechtlich nach §§ 263, 22 StGB sanktioniert.

<sup>97</sup> insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB

<sup>98</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.07.1993, BauR 1994, 240

<sup>99</sup> OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 18.07.2007, IBR 2008, 103

<sup>100</sup> Brinker/Ohler, a. a. O.

Wird eine Hinweispflicht durch den Bieter verletzt, geht es nicht mehr um die von Leinemann<sup>101</sup> angesprochene Risikoverteilung. § 9 VOB/A schränkt, wie oben dargelegt, nicht die vorvertragliche Pflichtenstellung der Bieter ein und gibt erst recht keine Legitimation zum Rechtsmissbrauch. Vorvertragliche Pflichten bestehen auch gegenüber der öffentlichen Hand. Die öffentliche Hand ist im Bereich der Vertragsanbahnung nicht gegen Rechtsmissbrauch rechtlos gestellt. Natürlich trägt der öffentliche Auftraggeber das Risiko der Mengenermittlung, wie Leinemann betont. Aber erkennt der Bewerber, dass der Auftraggeber hierbei einen Fehler gemacht hat, kommen die allgemeinen Grundsätze redlichen Verhaltens zum Zuge, die von jedem erwartet werden, der sich im geschäftlichen Bereich bewegt, auch von einem Bieter, der sich um einen öffentlichen Bauauftrag bemüht. Dem weiteren Argument von Leinemann<sup>102</sup>, dass der Bieter zur Bauausführung besonders geeignet sei, wenn sich seine der Kalkulation zugrunde gelegten Annahmen als richtig erweisen, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil bei der Prüfung der Eignung eine fehlende Zuverlässigkeit nicht durch ein mehr an Fachkunde kompensiert werden kann.

Sogar Kapellmann/Schiffers<sup>103</sup> räumen ein, dass aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Pflicht zu korrektem Verhalten im Angebotsstadium eine Hinweispflicht folgen könne, wenn die Mengendiskrepanzen sehr erheblich und offensichtlich seien, wenn also auf den ersten Blick ins Auge falle, dass die Mengenangaben nicht richtig sein können und wenn damit gleichzeitig ein Schluss auf schwere Rechen- oder Denkfehler des Ausschreibenden gezogen werden könne. Dass § 4 Nr. 3 VOB/B erst für den zeitlichen Bereich nach Vertragsschluss gilt, wie Kapellmann/Schiffers<sup>104</sup> zu recht anführen, zwingt nicht zu deren Schluss, eine Pflicht zu Hinweisen auf eine falsche Planung im Ausschreibungsstadium zu verneinen. Die VOB/B gilt erst für die Zeit ab dem Vertragsschluss. Dass redliches Verhalten im Rahmen der Gesetze auch zuvor verlangt wird, ist eine Selbstverständlichkeit. Wenn eine Hinweispflicht auch für den zeitlichen Bereich vor Vertragsschluss zu konstatieren ist, folgt dies nicht aus einer Anwendung des § 4 Nr. 3 VOB/B, sondern daraus, dass Schuldverhältnisse innerhalb und außerhalb von Verträgen bestehen können sowie aus der Pflicht zur Rücksichtnahme bei Vertragsanbahnungen. Was Kapellmann/Schiffers<sup>105</sup> im Übrigen für die Prüfpflichten und die Auslegung des Angebotsblanketts aus der Sicht des Bieters anführen „... darf sich nicht dumm stellen ...“, „... darf den Auftraggeber nicht in ein offenes Messer laufen lassen ...“ gilt selbstverständlich umso mehr, wenn es sogar darum geht, dass ein Fehler im LV tatsächlich vom Bieter erkannt wurde. Dann müssen diese Grundsätze erst recht gelten. Dann lässt der Bieter, um im Bild Kapellmann/Schiffers zu bleiben, den Auftraggeber „in eine Falle laufen“, die der Bieter aufgestellt hat.

Ein Bieter, der den gebotenen Hinweis unterlässt und stattdessen seine Preisgestaltung an der Erwartung von Mengenveränderungen ausrichtet, versucht darüber hinaus sogar den Auftraggeber zu täuschen, wenn er die zusätzliche Vergütung durch kompensatorische Preisgestaltung versteckt. Er täuscht, um den Auftraggeber zu übervorteilen. Zutreffend ist deshalb die Ansicht von Dicks.<sup>106</sup> Es handelt sich nicht etwa nur um eine Täuschung durch Unterlassen, die z. B. in strafrechtlicher Hinsicht nur bei Vorliegen einer Garantienpflicht erheblich und nur schwerlich begründbar wäre; es handelt sich um ein Täuschen durch aktives Tun, nämlich konkludentes Handeln. Wenn zwei Parteien einen Vertrag schließen, erklären sie einander konkludentes Handeln.

---

<sup>101</sup> Leinemann, a. a. O.

<sup>102</sup> Leinemann, a. a. O.

<sup>103</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O.

<sup>104</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O.

<sup>105</sup> Kapellmann/Schiffers, a. a. O.

<sup>106</sup> Dicks, a. a. O.

dent, dass diejenigen Tatsachen zutreffen, die die Geschäftsgrundlage des Vertrages ausmachen und somit den Vertragstyp charakterisieren.<sup>107</sup> Ein klassisches Beispiel, das in der jüngeren Rechtsprechung des BGH<sup>108</sup> bestätigt wurde, ist die konkludente Täuschung im Bereich von Submissionsabsprachen: Da das Ausbleiben von unlauteren Absprachen eine zentrale Grundregel für Ausschreibungsverfahren ist, geht mit dem Einreichen eines Angebots die konkludente Erklärung einher, dass das Angebot nicht auf einer solchen Absprache beruht.<sup>109</sup> Entsprechend verhält es sich z. B. im Bereich der Sportwetten mit dem Ausschalten des Zufalls.<sup>110</sup> Geschäftsgrundlage derartiger Verträge ist, dass nur die für eine redliche sportliche Auseinandersetzung typischen Faktoren auf den Spielausgang einwirken.<sup>111</sup> Die Beteiligten erklären einander konkludent, nicht über Sonderwissen hinsichtlich unlauterer Einflüsse auf den Spielausgang zu verfügen.<sup>112</sup>

Redliches Verhalten im Geschäftsverkehr hängt entgegen Thormann<sup>113</sup> nicht davon ab, ob der Auftraggeber durch einen Fehler im LV Veranlassung zur Verletzung einer Hinweispflicht durch den Bieter gegeben hat. Die Theorie von Thormann würde dazu führen, dass schutzlos gestellt werden würde, wer einmal einen Fehler macht. Zudem greift Stemmer<sup>114</sup> zu Recht einen Wertungswiderspruch in der Argumentation Thomanns auf, da selbst Thormann für den Fall, dass der Auftraggeber keine Veranlassung für die Spekulation gegeben hat, den Bieter als unzuverlässig ansieht, wenn der Bieter „völlig willkürliche Einheitspreise“ ansetzt. Dass der Auftraggeber dem Bieter durch den Fehler im LV eine Gelegenheit zur Manipulation gegeben hat, macht den Bieter gegenüber der Situation, dass er ohne diese Gelegenheit manipuliert, nicht zuverlässiger. Thormann verwechselt hier den objektiven Kausalzusammenhang mit einem objektiv normativen Bewertungsmaßstab. Ohne den Fehler im LV gäbe es vorliegende Fall-

---

<sup>107</sup> Lackner, in Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1988, § 263 Rdn. 28, 43; Cramer/Perron, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, § 263 Rdn. 16 e; Hefendehl, in Hefendehl/Hohmann (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rdn. 113; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl., 2006, § 263 Rdn. 80

<sup>108</sup> BGHSt 47, 83, 87

<sup>109</sup> BGHSt 47, 83, 87; Grützner, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, S. 165 f.; Satzger, Der Submissionsbetrug, 1994, S. 60

<sup>110</sup> Krack, Betrug durch Wettmanipulationen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, 103, 105

<sup>111</sup> Krack, a. a. O.

<sup>112</sup> Nach der sogenannten normativen Methode soll eine konkludente Täuschung dann vorliegen, wenn der Täter durch sein Verhalten eine Aufklärungspflicht verletzt (Seelmann, NJW 1980, 245, 246; Tiedemann, in Jähnke/Laufhütte/Odersky [Hrsg.], Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2005, § 263 Rdn. 29). Aufgrund des Gesamtverhaltens kommt es zu einer auf Tatsachen bezogenen Assoziation, die eine Fehlvorstellung, also einen Irrtum ausmacht. Im klassischen Beispielfall der Bestellung eines Hotelzimmers assoziiert der Hotelier, dass der Gast bereit und in der Lage ist, die Hotelrechnung zu begleichen. Derartige Assoziationen beruhen auf dem gegebenen Vorwissen. Eine konkludente Täuschung liegt dann vor, wenn die der Assoziation zugrunde liegende Hypothese keine bloße Hoffnung, sondern eine im spezifischen Kommunikationsbereich verbindliche Norm darstellt. Auf unsere Fallgruppe angewandt heißt dies, dass der Bieter nicht verschweigen darf, dass er einen Fehler des Leistungsverzeichnisses entdeckt und mittels seiner manipulativen Preisgestaltung das aus seiner jetzigen Sicht wesentlich höhere Preisniveau der späteren Abrechnung versteckt hat, dass er den Wertungsvorgang insoweit manipuliert, als er vorhat, mit einer nur vordergründigen Preisgestaltung anhand der Vordersatzmenge den Wettbewerb zu gewinnen und in Wahrheit mit den sicher zu erwartenden Mengen wesentlich teurer sein wird, in aller Regel wesentlich teurer als die Mitkonkurrenten. Darin liegt eine konkludente Täuschungshandlung. Ein Schaden kann dadurch eintreten, dass der öffentliche Auftraggeber mehr bezahlen muss als er beim zuschlagsfähigen Angebot des Zweitbieters hätte bezahlen müssen. Kommt ein Vertrag zustande, kann dies nach Maßgabe der §§ 123, 826 und 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 263 StGB Weiterungen haben. Auch hieraus folgt im Vergabeverfahren unmittelbar die Unzuverlässigkeit des Bieters.

<sup>113</sup> Thormann, a. a. O.

<sup>114</sup> Stemmer, a. a. O.

gestaltung nicht. Dies ist objektiv Fakt und kausal für das Geschehen. Doch damit ist noch keine Erkenntnis darüber gewonnen, wie der Bieter in seiner Eignung, hier Zuverlässigkeit, einzuschätzen ist. Die Frage, ob ein Bieter ein redlicher Vertragspartner sein wird, entscheidet sich nach dem Verhalten des Bieters, nicht nach dem des Auftraggebers! Wer vorsätzlich eine sittenwidrige Schädigung des Vertragspartners beabsichtigt, ist ohne weitere Begründung als unzuverlässig einzustufen. Wer Fehler im Leistungsverzeichnis erkennt, den Auftraggeber aber nicht darauf hinweist, sondern diese Fehler für spekulative Preisgestaltungen für sich auszunutzen versucht, lässt zudem die für die Vertragsdurchführung unabdingbar notwendige loyale Grundeinstellung vermissen. Es geht dabei nicht um Gesinnungsschnüffelei, sondern darum, dass der Bauvertrag über ein in der Zeit erst herzustellendes Werk, das meist jeweils ein Prototyp ist, Kooperationsverpflichtungen beinhaltet. Von einem Bieter, der sich schon während der Vertragsanbahnung derart illoyal verhalten hat, wird eine kooperative Vertragsabwicklung nicht zu erwarten sein. Wie der BGH<sup>115</sup> deshalb völlig zu Recht betont hat, ist auch ein Grundvertrauen in die kaufmännische Abwicklung bei der Zuverlässigkeitsprüfung maßgeblich. Hat der Bieter dieses Grundvertrauen durch seine manipulativen Preisgestaltungen zum Verdecken seines in Wahrheit wesentlich höheren Preisniveaus zerstört, ist er auch deshalb als unzuverlässig einzustufen. Zudem besteht mit der Beauftragung eines solchen Bieters, der sich schon gegen die Rechtsordnung gestellt hat, ein Risiko nicht vertragsgerechter und nicht ordnungsgemäßer Leistung.

## **5 Zum Beurteilungsspielraum des Auftraggebers bei der Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters**

Bei den Begriffen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.<sup>116</sup> Die Prüfung der Eignung ist ein wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen.<sup>117</sup> Deshalb ist davon auszugehen, dass diese Begriffe den Auftraggebern einen Beurteilungsspielraum einräumen, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist.<sup>118</sup> Geprüft werden kann nur, ob die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums überschritten sind.

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Bieters hält sich der Auftraggeber in den Grenzen dieses Beurteilungsspielraums, wenn er aus den objektiv vorliegenden Tatsachen logische Schlussfolgerungen zieht und wie folgt eine sachlich nachvollziehbare Bewertung trifft:

**Ein betriebswirtschaftlich nicht ausreichend begründbarer, signifikant gegenüber dem Vertragspreisniveau niedriger bzw. hoher Einheitspreis indiziert, dass der Bieter einen offensichtlichen Fehler erkannt hat und für sich ausnutzen will, wenn die Position einen**

---

<sup>115</sup> Urteil vom 14.10.1993, Az.: VII ZR 96/92, BauR 1994, 98

<sup>116</sup> BayObLG, Beschluss vom 03.07.2002, Az.: Verg 13/02, VergabeR 2002, 631, BauR 2003, 149, NZBau 2003, 105

<sup>117</sup> Im Übrigen lassen sich Rückschlüsse zur Frage, ob eine ausreichende Zuverlässigkeit vorhanden ist, auch aus Erfahrungen mit dem betreffenden Bieter bei früheren Aufträgen gewinnen, auch durch Rückfrage bei anderen Auftraggebern. Gegebenenfalls ergeben sich hieraus, wie in der Praxis oft festzustellen, vergleichbare „Strickmuster“, die auf ein planmäßiges Vorgehen zur Ausnutzung von Ausschreibungsfehlern mittels spekulativer Preisgestaltungen schließen und den Bieter im kaufmännischen Vertrauensbereich um so mehr als unzuverlässig erscheinen lassen.

<sup>118</sup> OLG München, Beschluss vom 21.04.2006, Az.: Verg 08/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2005, Az.: Verg 55/05

**objektiv und aus der ex-ante-Sicht eines Bieters fehlerhaften, weil offensichtlich zu hohen bzw. zu niedrigen Vordersatz ausweist.**

Es stellen sich demnach folgende Fragen:

- a) Was ist ein betriebswirtschaftlich nicht ausreichend begründbarer, signifikant hoher oder niedriger Einheitspreis?
- aa) Signifikant **niedrige** Einheitspreise sind in diesem Sinne in jedem Fall solche Einheitspreise, bei denen die Gestehungskosten des variablen Teils der direkten Kosten der Teilleistung wesentlich höher sind als der vom Bieter eingetragene Einheitspreis und die nicht mit kalkulatorischen Überlegungen des Bieters nachvollziehbar erklärbar sind.

Ist ein Einheitspreis festzustellen, der sich im Bereich unter den Gestehungskosten inkl. der Gemeinkosten bewegt, liegt betriebswirtschaftlich eine Kostenunterdeckung vor. Mitunter liegt bei einer Position sogar nur ein Kostendeckungsgrad vor, der noch nicht einmal die variablen Kosten der Teilleistung abdeckt.

Vorliegend wird auf die variablen Gestehungskosten der direkten Kosten der Teilleistung abgestellt, da diesen die augenfälligste Indizwirkung zukommt. Dies rührt daher, dass es im Bereich der betriebswirtschaftlichen Überlegungen zur Teilkostenrechnung mitunter sinnvoll sein kann, vorübergehend auf Gemeinkostendeckung zu verzichten, wenn zumindest die variablen Kosten gedeckt werden.<sup>119</sup> Ein Einheitspreis unter diesem Niveau bedarf einer besonderen Begründung, da er mit normalen betriebswirtschaftlichen Mitteln nicht erklärbar ist. Gängige Erläuterungen sind in der Praxis für solche extremen Ausreißer von Einheitspreisen z. B., dass der Auftragnehmer Boni von Lieferanten bekommen habe, die an den Auftraggeber weitergegeben werden könnten, oder dass das Material ohne Berechnung angesetzt werde, weil es von der letzten Baustelle übrig geblieben sei, mithin also keine Kosten verursachen würde. Bei Lichte betrachtet sind dies fadenscheinige Ausreden, die bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung in sich zusammenfallen. Entgegen der im Baubereich geltenden Rentabilitätsvermutung<sup>120</sup> wird mit Hilfe solcher Argumentationen einem Bauunternehmen blauäugig geglaubt, dass er dem Auftraggeber Werte zu verschenken habe. Entscheidend ist, ob durch den zu kalkulierenden Einsatz von Gütern, denen auf dem Markt im Drittvergleich ein realer Wert zukommt, ein betrieblicher Werteverzehr stattfinden wird oder nicht.

Für die Frage, ob betriebswirtschaftlich zu kalkulierende Kosten vorliegen, ist nicht entscheidend, wie dieser Werteverzehr finanziert wird, ob das Material also z. B. schon bezahlt, abgeschrieben oder von irgendeinem Dritten unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurde. Kosten im Sinne der Begriffsbildung der Betriebswirtschaft sind in Geld bewertete Mengen an Produktionsfaktoren (Arbeitsleistungen, Betriebsmittel und Werkstoffe) sowie in Geld bewertete Dienstleistungen Dritter und öffentliche Abgaben, die bei der Erstellung betrieblicher Leistungen verbraucht werden.<sup>121</sup> Dass die VOB sowohl in ihren Teilen A und B in ihrer Begrifflichkeit (siehe z. B. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A: „*vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen)*“, § 2 Nr. 5 VOB/B: „*Grundlagen des Preises*“, § 2 Nr. 6 Abs. 2

<sup>119</sup> siehe hierzu Rohrmüller, BauR 2008, 9, 14

<sup>120</sup> BGH, Urteil vom 20.02.1986, Az.: VII ZR 286/84, BauR 1986, 347, 348; Olshausen, Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf, Festschrift für Korbion, S. 323, 331

<sup>121</sup> Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 12. Aufl., 1976, S. 330

VOB/B: „Grundlagen der Preisermittlung“, § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B: „Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“ oder § 2 Nr. 6 VOB/B: „besondere Kosten der geforderten Leistung“) auf diese betriebswirtschaftlichen Grundlagen zurückgegriffen hat, und insbesondere der Begriff der „Kosten“ auf dieser Begrifflichkeit fußt, wird leicht erkennbar, wenn die frühe Literatur zur Preisermittlung<sup>122</sup> herangezogen wird.

Kosten sind also ein Verzehr von Gütermengen und damit zugleich ein Verzehr von Werten zur Erstellung anderer Güter. Verzehr bedeutet hier nicht Vernichtung, sondern Umformung, Eingehen in andere Güter, die ebenso wie die Produktionsfaktoren einen Preis am Markt erzielen können, also einen Wert haben.<sup>123</sup> Vorliegend heißt dies, dass mit jedem vorgesehenen Einsatz von Produktionsmitteln, die einen auf dem Markt erzielbaren Preis haben, denen also ein Marktwert beigemessen wird, betriebswirtschaftlich zu kalkulierende Kosten bestehen. Bleibt der in der Kalkulation enthaltene Ansatz für diese Produktionsmittel hinter diesem erzielbaren Marktwert zurück, ergibt sich ein Kostendeckungsgrad kleiner eins. Ein niedriger Kostendeckungsgrad bei derjenigen Position, die einen Vordersatzfehler aufweist, ist dann auffällig und kann betriebswirtschaftlich nicht erklärt werden, wenn bei den anderen Positionen, die objektiv und offensichtlich keinen Fehler aufweisen, ein wesentlich höherer Kostendeckungsgrad gegeben ist.

- bb) Signifikant **hohe** Einheitspreise in diesem Sinne sind in jedem Falle solch hohe Einheitspreise, die sich nicht mehr mit dem ansonsten vorzufindenden Preisniveau des gesamten Angebots in Einklang bringen und auch sonst nicht betriebswirtschaftlich erklären lassen.

Ein ausreichender Anhaltspunkt dafür ist gegeben, wenn die konkret vom Bieter gewählte Preisgestaltung der einzelnen hoch bepreisten Positionen deren Zuschlagschance bei isolierter Wertung praktisch ausschließen würde. Dies wird meist der Fall sein.

Erst recht liegt ein signifikant hoher Einheitspreis in diesem Sinne vor, wenn er eine Größenordnung erreicht, die bei isolierter Betrachtung von Preis und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nahe legt.<sup>124</sup>

In der Praxis werden derartige Ausreißer nach oben gerne von Bietern und deren Anwälten mit dem Argument eines Sondergewinns in dieser Position und der diesbezüglichen Kalkulationsfreiheit des Bieters begründet. Für den Bereich außerhalb der VOB/A mag so kalkuliert und verhandelt werden. Im Bereich submittierter Angebote nach VOB/A gilt, dass der Bieter nur eine reale Zuschlagschance hat, wenn er zur Submission – ohne Preisverhandlungsmöglichkeit – seine definitiv letzten Einheitspreise benennt. Er legt also mit der Submission sein Angebotspreisniveau in nur einem „Schuss“ fest. Macht der Bieter geltend, in einer Position einen Sondergewinn oder überhaupt Gewinn kalkuliert zu haben und kann aufgezeigt werden, dass in irgendeiner anderen Position im Leistungsverzeichnis eine Kostendeckung kleiner eins vorliegt, liegt im Übrigen ohnehin eine Mischkal-

---

<sup>122</sup> Z. B. bei Opitz, Preisermittlung für Bauleistungen, 1949, folgt die Darstellung der Gliederung der Kosten der betriebswirtschaftlichen Kosten- und Leistungsrechnung, die bei den Kosten untergliedert nach Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträgern. Derartige frühe Darstellungen befassen sich in Übereinstimmung mit der früheren und auch jetzigen betriebswirtschaftlichen Nomenklatur z. B. mit den betrieblichen Aufwendungen, dem Wagnis und dem Gewinn eines Bauunternehmens.

<sup>123</sup> Wöhe, a. a. O.

<sup>124</sup> zur Sittenwidrigkeit bei Rechtsgeschäften mit der öffentlichen Hand siehe BGH, Urteil vom 25.01.2006, Az.: VIII ZR 398/03, NZBau 2006, 590; BGH, Urteil vom 23.02.2005, Az.: VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490; BGH, Urteil vom 06.12.1989, Az.: VIII ZR 310/88, NJW 1990, 567, 568; BGH, Urteil vom 09.10.1991, Az.: VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310; BGH, Urteil vom 15.03.1990, Az.: III ZR 248/88, NJW-RR 1990, 750



kulation (eine kalkulatorische Quersubventionierung zwischen Positionen) vor, die den Ausschluss sogar auf der ersten Wertungsstufe begründet.<sup>125</sup> Denn der angebliche Gewinn der einen Position ist solange kein Gewinn, sondern nur Quersubventionierung, solange nicht alle Positionen im Leistungsverzeichnis einen Kostendeckungsgrad von gleich bzw. größer eins aufweisen. Die Ausrede mit dem „Sondergewinn“ führt in diesem Fall letztlich nur dazu, dass ein weiterer Ausschlussgrund, ein Ausschluss auf der ersten Wertungsstufe wegen unzulässiger Mischkalkulation, zu prüfen ist.

- b) Wann liegt objektiv ein Fehler der Ausschreibung vor und wann ist ein objektiv vorliegender Fehler im LV für den Bieter offensichtlich?

Die Feststellungen können sich unmittelbar aus dem LV ergeben, etwa in der Art und Weise, wie das OLG Nürnberg im oben geschilderten Fall<sup>126</sup> die LV-Mengen für Abtrag und Andeckung des Oberbodens, also korrespondierende Mengen, miteinander verglichen hat. Der Senat hatte angesichts der gegebenen Umstände keinen Zweifel daran, dass die Firma den Mengenfehler bei der Ausschreibung erkannt und ihre Gestaltung der angebotenen Einheitspreise alleine daran orientiert hat. Die Feststellungen können sich z. B. auch aus dem Vergleich des Leistungsverzeichnisses mit den der Ausschreibung beiliegenden Plänen ergeben. Ergibt sich z. B. hieraus ein Übertragungsfehler und sind genau in den betreffenden Positionen signifikant hohe bzw. niedrige Einheitspreise angegeben, lässt dies ebenfalls den Schluss auf die Kenntnis des Bieters von dem Ausschreibungsfehler zu.

## 6 Zusammenfassung

Wer als Bieter Mängel im LV erkennt, sich aber dem Auftraggeber gegenüber vorsätzlich blind stellt und den Fehler durch Mengenspekulation und Preisverlagerungen für sich auszunutzen gedenkt, verletzt seine vorvertragliche Hinweispflicht und handelt rechtsmissbräuchlich. Der Bieter will mehr als er im Leistungswettbewerb mit seinen Mitkonkurrenten erzielen könnte. Er baut auf dem Fehler im LV auf, um sich außerhalb des Leistungswettbewerbs und außerhalb des Leistungsvertrages zu Lasten des öffentlichen Bauherrn einen Vorteil zu verschaffen. Die vom Bieter durch seine Preisgestaltung geschaffene Problematik liegt insbesondere in dem vorsätzlichen und vorvertrags- und vertragswidrigen Kalkül, sich einen Vermögensvorteil außerhalb des Preisfortschreibungssystems des § 2 VOB/B unter bewusstem Ausnutzen eines Fehlers des Verhandlungspartners zu verschaffen. Mit Blick auf den Wertungsvorgang beabsichtigt der Bieter, sein letztlich höheres Preisniveau der Abrechnung für den Wertungsvorgang zu verstecken. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Wertungsvorgang grundsätzlich nur mit den Vordersatzmengen zu erfolgen habe. Denn darin liegt gerade das rechtsmissbräuchliche Kalkül des so agierenden Bieters. Dass der Bieter den Auftraggeber nicht auf den Fehler im LV hingewiesen hat und zudem seine Absicht, wesentlich höher abzurechnen, durch seine Preisgestaltung vorbereitet und dem Auftraggeber gegenüber versteckt hat, muss beim dolos handelnden Bieter bei der Wertung berücksichtigt werden. Dies folgt auch aus dem § 162 BGB zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken, dass niemand aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteil ziehen darf. Der BGH betrachtete den Auftragnehmer bisher bei dessen Verhalten als Bieter und zog daraus Schlüsse für die Frage der Berechtigung von Nachtragsforderungen. Es wäre inkonsequent, wenn das Bieterverhalten als solches nicht

---

<sup>125</sup> siehe BGH, Beschluss vom 18.05.2004, Az.: X ZB 7/04, VergabeR 2004, 473

<sup>126</sup> Hinweisbeschluss vom 18.07.2007, Az.: 1 U 970/07, IBR 2008, 103

auch im Wertungszeitpunkt gewürdigt werden dürfte. Der frivol kalkulierende Bieter wird nicht erst durch den Zuschlag frivol. Er ist es bereits vor der Zuschlagserteilung. Ein Bieter darf insbesondere aber auch wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn er nicht nur frivol kalkuliert, sondern Kenntnisse eines Ausschreibungsfehlers bewusst für sich auszunutzen versucht und deshalb nicht auf den Fehler hinweist. Er ist angesichts seiner Preisgestaltung „noch frivoler“ als die Rechtsprechung für Nachtragsforderungen festgestellt hat. Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Beschreibung der Leistung nach § 9 VOB/A schränkt die Verpflichtung des Bieters zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers als des anderen Teils gemäß § 241 Abs. 2 BGB nicht ein.

Ein betriebswirtschaftlich nicht ausreichend begründbarer, signifikant gegenüber dem Vertragspreisniveau niedriger bzw. hoher Einheitspreis indiziert, dass der Bieter einen offensichtlichen Fehler erkannt hat und für sich ausnutzen will, wenn die Position einen objektiv und aus der ex-ante-Sicht eines Bieters fehlerhaften, weil offensichtlich zu hohen bzw. zu niedrigen Vordersatz ausweist.

Signifikant niedrig sind Einheitspreise, bei denen die Gestehungskosten des variablen Teils der direkten Kosten der Teilleistung wesentlich höher sind als der vom Bieter eingetragene Einheitspreis und die nicht mit kalkulatorischen Überlegungen des Bieters nachvollziehbar erklärbar sind.

Signifikant hoch sind Einheitspreise, die sich nicht mehr mit dem ansonsten vorzufindenden Preisniveau des gesamten Angebots in Einklang bringen und auch nicht betriebswirtschaftlich erklären lassen. Ein ausreichender Anhaltspunkt dafür ist gegeben, wenn die konkret vom Bieter gewählte Preisgestaltung der einzelnen hoch bepreisten Positionen deren Zuschlagschance bei isolierter Wertung praktisch ausschließen würde. Der als Rechtfertigung angeführte angebliche Sondergewinn in einzelnen Positionen ist solange kein Gewinn, sondern nur Quersubventionierung von Kosten, also Mischkalkulation, solange nicht alle Positionen des Leistungsverzeichnisses einen Kostendeckungsgrad gleich bzw. größer eins aufweisen. Erst recht liegt ein signifikant hoher Einheitspreis in diesem Sinne vor, wenn er eine Größenordnung erreicht, die bei isolierter Betrachtung von Preis und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nahe legt.