

Schadensersatzanspruch des Bauherrn gegen den Ingenieur bei unzutreffender Angebotswertung

Wie bereits in unserem Geschäftsbericht 1999 („Mögliche Schadensfolgen fehlerhafter Ausschreibung für den öffentlichen Bauherrn“) ausgeführt, kann es bei Spekulationspreisangeboten zu Schadensersatzforderungen gegen den mit der Angebotswertung beauftragten Architekten bzw. Ingenieur kommen, wenn dieser sich Pflichtverletzungen bei der Ausschreibung und/oder Angebotswertung vorhalten lassen muss. Dies wird nun bestätigt durch das **Urteil des Landgerichts Weiden i.d.Opf. vom 29.03.2007 (1 O 851/05)**, das nach Zurücknahme der Berufung durch den beklagten Ingenieur rechtskräftig ist. Es ging um folgenden Sachverhalt:

Der Beklagte war mit allen Architekten- und Ingenieurleistungen zur Erschließung eines Baugebiets beauftragt. Er sprach sich bei der Wertung nicht gegen eine Vergabe an die nominell günstigste Bieterin aus, obwohl deren Angebot in erheblichem Umfang vom realen Aufwand abweichende Preise, sog. Spekulationspreise, enthielt. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass diese Bieterin wegen Unzuverlässigkeit von der Wertung hätte ausgeschlossen werden müssen. Da der Beklagte dem Bauherrn die aus der Spekulation entstehenden Preisgefahren nicht offengelegt habe, haften er wegen Schlechterfüllung des Ingenieurvertrages. Als Schadenssumme wurde der Unterschiedsbetrag von rd. 129.000 EUR zwischen der Abrechnung des zu Unrecht beauftragten ersten Bieters und der fiktiven Abrechnung des nicht spekulierenden, im Ergebnis günstigeren zweiten Bieters angesetzt, der nach Ausschluss des ersten den Zuschlag erhalten hätte. Die Ausführungen des Landgerichts vertiefend hat sich das **Oberlandesgericht Nürnberg (OLG)** im Rahmen seines **Hinweisbeschlusses vom 18.07.2007 (1 U 970/07)** nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit der Problematik befasst, worauf der Beklagte die Berufung zurücknahm. Den Hinweisen des OLG kann Folgendes entnommen werden:

1. Ein Bieter, der Unrichtigkeiten des Leistungsverzeichnisses erkennt und bei seiner Preisgestaltung nutzt, ist unzuverlässig

Das OLG führt in seinem Hinweis aus:

„Das Angebot der Firma ... war nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A nicht zuzulassen, weil es an der persönlichen Zuverlässigkeit des Bieters gefehlt hat.

Ein Bieter erweist sich schon dann als unzuverlässig i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, wenn er eine in der Leistungsbeschreibung vorhandene Unrichtigkeit erkennt und diese durch eine willkürliche Preisgestaltung für sich auszunutzen versucht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.07.1993, NJW-RR 1994, 224; Beck'scher VOB-Komm. / Brinker/Ohler A § 25 Rn. 46; Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, 15. Aufl. [2004] VOB/A § 25 Rn. 54). Dies ist vorliegend der Fall.

In dem von dem Beklagten erstellten Leistungsverzeichnis war unter der Pos. 1.1.40 die Andeckung von lediglich 350 m³ Oberboden ausgeschrieben, die zuvor innerhalb der Baustelle gelagert worden waren. Diese Mengenangabe stand im Widerspruch zu der unter Pos. 1.1.20 ausgeschriebenen Abtragung von 780 m³ Oberboden und dessen Anlagerung im Baustellenbereich ...

Diese unrichtige Mengenangabe hat die Firma ... ausgenutzt, indem sie die Positionen 1.1.20 (780 m³ Oberboden abtragen) und 1.1.30 (710 m³ Oberboden abtragen) zu Einheitspreisen von 0,05 DM/m³ (= 39,-- DM) und 0,09 DM/m³ (= 63,90 DM) anbot, dagegen aber für das Andecken von 350 m³ Oberboden einen Einheitspreis von 22,56 DM/m³ (= 7.896,-- DM) vorsah. Die gleichen Positionen wurden von der Firma H.¹ im Rahmen einer stimmigen Preisgestaltung für 7,57 DM (Pos. 1.1.20), 9,95 DM (Pos. 1.1.30) und 10,88 DM (Pos. 1.1.40) angeboten. Dies hatte zur Folge, dass die Bewegung des Oberbodens im Angebot der Firma ... 7.998,90 DM ausmachte, die Firma H. dafür insgesamt 16.777,10 DM in ihr Angebot aufnahm. Nach Ausführung der Arbeiten mussten sowohl die Pos. 1.1.20 als auch die Pos. 1.1.40 mit 813 m³ abgerechnet werden. Bei der Pos. 1.1.30 wurde lediglich eine Masse von 178,96 m³ ermittelt. Dies hatte zur Folge, dass die Klägerin an die Firma ... letztlich für diese Positionen 10.698,20 DM zu bezahlen hatte, während die Firma H. auf der Grundlage der von ihr angebotenen Preise Anspruch auf nur 10.497,35 DM gehabt hätte.

Der Senat hat unter diesen Umständen keinen Zweifel daran, dass die Firma ... den Mengenfehler des Beklagten bei der Ausschreibung erkannt und ihre Gestaltung der angebotenen Einheitspreise allein daran orientiert hat. Sie hat sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschafft, ohne tatsächlich günstiger zu sein.

Ob allein die Vielzahl der in dem Angebot enthaltenen Spekulationspreise geeignet ist, die Zuverlässigkeit der Firma ... in Zweifel zu ziehen, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.“

2. Ausschluss eines Angebots wegen Mischkalkulation und Offenkundigkeit einer Mischkalkulation

Das OLG weist zu diesem für die Praxis wichtigen Aspekt auf Folgendes hin:

„Das Angebot der Firma ... war auch deshalb auszuschließen, weil darin offenkundig auf einer Mischkalkulation beruhende Preise enthalten sind und deshalb nicht die geforderten Preise i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A (DIN 1960 - Ausgabe 1992) genannt wurden.

Ein transparentes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit

¹ die Mitkonkurrentin, die den Auftrag hätte erhalten müssen

ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der gefordert werden soll (BGH, Urteil vom 16.04.2002, NJW 2002, 2558).² Daran fehlt es, wenn ein Angebot auf einer sog. Mischkalkulation beruht, bei der bestimmte ausgeschriebene Leistungen auf einen niedrigen Einheitspreis herabgesetzt und die Einheitspreise für andere Leistungen kompensatorisch heraufgesetzt werden. Ein Bieter, der die von ihm für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A geforderten Preise, sondern ‚versteckt‘ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen in der Gesamtheit seines Angebotes.

Dabei ist es unerheblich, welches Ziel der Bieter bei der Herauf- oder Herabsetzung von Einheitspreisen verfolgt. Auch sog. Spekulationsangebote, bei denen sich der Bieter erwartete Mengenänderungen zunutze machen will, indem er die Einheitspreise bei Positionen herabsetzt, bei denen er mit einer Massenminderung rechnet und die Einheitspreise dort erhöht, wo er Massenmehrerungen für wahrscheinlich hält, sind daher auszuschließen, wenn sie auf einer Mischkalkulation beruhen.

Ob ein auffälliger Einheitspreis lediglich das Ergebnis einer besonderen im Ermessen des Bieters stehenden positionsbezogenen Kalkulation ist oder auf einer unzulässigen Preisverlagerung beruht, ist im Einzelnen festzustellen. Dabei lässt nicht jeder unangemessene Einheitspreis ohne weiteres den Schluss auf eine Mischkalkulation zu (OLG Jena, Beschluss vom 23.01.2006, NZBau 2006, 263, 264 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, NZBau 2006, 126, 128).

Im Hinblick auf das Angebot der Firma ... ist das Vorliegen einer Mischkalkulation bei den Einheitspreisen zu den Positionen 1.1.20 bis 1.1.40 offenkundig. Die angebotenen Einheitspreise für die Positionen 1.1.20 und 1.1.30 von 0,05 DM und 0,09 DM sind als tatsächliches Entgelt für die ausgewiesene Position nicht darstellbar. Der im Vergleich zu den anderen Angeboten sehr hohe Einheitspreis von 22,56 DM für die Pos. 1.1.40 enthielt offenkundig wenigstens einen Entgeltanteil aus der Pos. 1.1.20, zumal damit gerechnet werden konnte, dass die abzurechnende Menge – wie letztlich auch geschehen – der Menge aus der abgepreisten Pos. 1.1.20 entsprechen wird. Der Grund für diese Preisverlagerung lag ersichtlich in der durch die unrichtige Mengenangabe in der Ausschreibung eröffneten Chance, den Angebotspreis durch Auf- und Abpreisungen vorteilhaft verändern zu können.“

3. Haftung des Ingenieurs bei unzutreffender Angebotswertung

Dazu führt das OLG aus:

² siehe Gemeindekasse Bayern, Randnummern 204 und 205/2004

„Wie sich aus ... ergibt, hatte sich der Beklagte gegenüber der Klägerin verpflichtet, sämtliche Architekten- und Ingenieurleistungen zur Erschließung des Baugebietes ... zu erbringen. Danach oblagen ihm gemäß § 15 Abs. 2 HOAI auch sämtliche Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7. In der Leistungsphase 7 ist ein Architekt verpflichtet, die eingegangenen Angebote zu prüfen und zu werten. Dabei hat seine Prüfung der Angebote nach Maßgabe des § 23 VOB/A und seine Wertung entsprechend § 25 VOB/A zu erfolgen. Außerdem ist er gehalten, den Bauherrn bei der Auftragsvergabe umfassend zu unterstützen. Zu diesem Zweck hat er dem Bauherrn das Ergebnis der Angebotsbewertung mitzuteilen und ihn bei der Vergabeentscheidung zu beraten ...

Der Mangel in der Architektenleistung des Beklagten besteht darin, dass er sich nicht gegen eine Vergabe an die Firma ... ausgesprochen und dadurch seine vertragliche Pflicht zur Beratung verletzt hat. In der Rechtsprechung zum Kauf- und Werkvertragsrecht ist anerkannt, dass derjenige, der eine vertragliche Aufklärungs- oder Beratungspflicht verletzt, das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs insoweit zu tragen hat, als es um die Frage geht, wie der andere Teil gehandelt hätte, wenn er pflichtgemäß ins Bild gesetzt worden wäre (BGH, Urteil vom 05.03.1973, NJW 1973, 1688). Dabei spricht zu Gunsten der Klägerin die Vermutung, dass sie sich bei vertragsgrechtem Handeln des Beklagten beratungsgemäß verhalten hätte (BGH, Urteil vom 30.09.1993, NJW 1993, 3259 m.w.N.).

Der Beklagte hat auch in der Berufungsinstanz nichts vorgetragen, was geeignet gewesen wäre, diese Vermutung zu entkräften. Es ist daher auch weiterhin davon auszugehen, dass der Gemeinderat der Klägerin einer Empfehlung des Beklagten zum Abschluss des Angebotes der Firma ... gefolgt wäre. ...

Die in der Höhe unstreitigen Kosten des Prüfungsverbandes sind zu erstatten.³ Grundsätzlich hat ein Schädiger auch die Kosten von Sachverständigengutachten zu ersetzen, soweit deren Einholung für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war (BGH, Urteil vom 29.11.1988, NJW-RR 1989, 953, 956 m.w.N.). Dies war vorliegend ersichtlich der Fall. Der Bericht des Prüfungsverbandes liegt der Rechtsverfolgung der Klägerin zugrunde. Über ein eigenes belastbares Fachwissen verfügte sie offenkundig nicht. Die Prüfung erfolgte ausweislich des Prüfungsberichtes auf Antrag. An dem Vorliegen eines haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang kann unter diesen Umständen kein Zweifel bestehen.“

³ Erläuternder Hinweis:

Die klagende Gemeinde machte neben dem Unterschiedsbetrag von rd. 129 000 EUR zwischen der Abrechnung des zu Unrecht beauftragten spekulierenden Bieters und der fiktiven Abrechnung des nicht spekulierenden, im Ergebnis wirtschaftlicheren zweiten Bieters die Kosten für eine eigens beantragte Untersuchung des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes geltend.