

Anmerkung zu: **BGH 10. Zivilsenat, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16**
Autor: **Dr. Pascal Friton, RA**
Erscheinungsdatum: **11.12.2018**

Quelle: 

Normen: **§ 561 ZPO, § 241 BGB, § 124 GWB**
Fundstelle: **jurisPR-VergR 12/2018 Anm. 1**
Herausgeber: **Dr. Lutz Horn, RA**
Zitiervorschlag: **Friton, jurisPR-VergR 12/2018 Anm. 1**

Zur Unzulässigkeit von Mischkalkulationen und Spekulationsangeboten („Uferstützmauer“)

Leitsätze

- 1. Der Umstand, dass das Angebot des Bieters bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses Preise enthält, die deutlich unter den Kosten des Bieters liegen, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, der Bieter habe die geforderten Preise nicht angegeben.**
- 2. Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert jedoch eine unzulässige Verlagerung von Preisangaben auf hierfür nicht vorgesehene Positionen. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.**
- 3. Ein Angebot, das spekulativ so ausgestaltet ist, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, ist nicht zuschlagsfähig. Vielmehr verletzt der betreffende Bieter seine Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, wenn er für eine Position einen Preis ansetzt, der so überhöhte Nachforderungen nach sich ziehen kann, dass aus Sicht eines verständigen Teilnehmers am Vergabeverfahren das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen.**

A. Problemstellung

Der 10. Zivilsenat des BGH setzt sich in dem Urteil mit den Grenzen der Preiskalkulation für Bieter im Vergabeverfahren auseinander. Dabei stärkt er die Preiskalkulationsfreiheit für Bieter und zeigt sogleich Einschränkungen auf: Er geht von einer Indizwirkung für eine unzulässige Verlagerung von Preisangaben (sog. Mischkalkulation) aus, wenn einzelne Preispositionen im Leistungsverzeichnis auffällig große Diskrepanzen aufweisen. Diese Indizwirkung müsse durch den Bieter erschüttert werden. Gestaltet der Bieter ein solches mischkalkuliertes Angebot zusätzlich in der Erwartung, dass die tatsächlich benötigten Mengen sich während der Vertragslaufzeit ändern, kann eine vergaberechtswidrige Spekulationskalkulation vorliegen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger gab auf eine Ausschreibung der Beklagten zur Sanierung einer Uferstützmauer ein Angebot ab. Das Angebot des Klägers erhielt, obwohl es das günstigste Angebot war, nicht den Zuschlag. Die Beklagte erteilte den Zuschlag auf das 8.000 Euro teurere und damit zweitgünstigste Angebot. Der Kläger nahm die Beklagte daher auf Schadensersatz (Erstattung des positiven Interesses) in Anspruch.

Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Der Rechtsstreit betraf vor allem die folgenden Positionen des Leistungsverzeichnisses im Angebot des Klägers:

01.000120: Anlieferung, Aufbau und Vorhaltung eines Turmdrehkrans während der auf drei Monate geschätzten Bauzeit und anschließender Abbau des Gerüsts mit allen Nebenarbeiten (1.767,02 Euro);

01.000130: Vorhaltekosten für den Kran bei eventueller witterungsbedingter Unterbrechung für eine Woche (62,89 Euro);

01.000200: Einrücken der sanierungsbedürftigen Mauerabschnitte, Auf- und Abbau sowie dreimonatige Vorhaltung des gesamten Gerüsts nebst An- und Abtransport sowie Hochwasserwartung (68.878,45 Euro);

01.000210: Vorhaltekosten für das Gerüst bei eventueller witterungsbedingter Verzögerung für eine Woche verlängerter Standzeit (12.678 Euro);

08.000010 bis 08.000050: Einsatz verschiedener Geräte (LKW-Kipper 8 t, Frontlader, Bagger, Kompressor und Trennmaschine) zuzüglich Bedienung jeweils für fünf Stunden bzw. 5 m mit Trennmaschine (jeweils 2,05 Euro pro Stunde bzw. – in einem Fall – von 9,20 Euro).

Die Beklagte begründete den Ausschluss des Angebots mit der im Leistungsverzeichnis enthaltenen, vergaberechtswidrigen Mischkalkulation. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen (LG Wuppertal, Urte. v. 10.09.2015 - 7 O 390/14) und das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen (OLG Düsseldorf, Urte. v. 05.10.2016 - I-27 U 21/15). Mit der Revision verfolgte der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

Die Revision des Klägers hatte vor dem BGH keinen Erfolg: Obwohl der BGH das Urteil des Berufungsgerichts für rechtfertigbar hielt, erachtete er dessen Ergebnis für richtig und wies die Revision zurück (§ 561 ZPO).

Das Berufungsgericht hatte den Schadensersatzanspruch lediglich mit Verweis auf unzutreffende Einheits- und Gesamtpreise im Leistungsverzeichnis begründet. Es beanstandete insbesondere die Preise für den Turmdrehkran und andere Geräte (Position 01.000120 und 08.000010 bis 08.000050) als unzutreffend. Allein deshalb sei das Angebot des Klägers rechtmäßig durch die Beklagte ausgeschlossen worden.

Dem ist der BGH mit diesem Urteil entgegengetreten: Allein die niedrigen Preise für die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses begründeten keine unzutreffenden Einheits- und Gesamtpreise. Grundsätzlich seien Bieter in der Kalkulation der Preise frei. Diese Freiheit schließe, so der BGH, auch die Befugnis ein, festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgeführt werden sollen. Aus dem Erfordernis, dass Angebote die geforderten Preise enthalten müssen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A – auf den Fall war die VOB/A 2009 anzuwenden), lasse sich nicht die Pflicht ableiten, für jeden Preis einer Einzelposition mindestens deren tatsächliche Kosten anzusetzen. Grundsätzlich seien sogar Angebote, die insgesamt lediglich die eigenen Fixkosten decken (sog. Unterkostenangebote), vergaberechtlich zulässig. Werden lediglich einzelne Positionen unter Kosten angeboten, könne nichts anderes gelten. Jedenfalls hätte sich das Berufungsgericht mit dem Einwand des Klägers auseinandersetzen müssen, er habe die Kosten für die Anschaffung des Krans (AfA und Kapitalzinsen) bei den allgemeinen Geschäftskosten berücksichtigt. Bei seiner Begründung verweist der BGH auch auf die im Zuge der Vergaberechtsreform im Jahr 2009

geänderten Regelungen und Wertungen der VOB/A (vgl. die §§ 16a, 16 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 3 VOB/A). Vor dem Hintergrund dieser „Liberalisierung“ des Vergaberechts habe zugunsten eines umfassenden Wettbewerbs der Ausschluss einer Vielzahl von Angeboten aus rein formalen Gründen verhindert werden sollen. Eine Mischkalkulation sei demnach nicht von vorneherein unzulässig.

Unzulässig sei allerdings die im Wege einer Mischkalkulation vorgenommene unzulässige „Preisverlagerung“. Diese könne insbesondere vorliegen, wenn einerseits auffällig niedrige Preise bei einzelnen Positionen angegeben werden und diese im Gegenzug mit deutlich überhöhten Preisen bei anderen Positionen kompensiert werden. Eine solche Angebotsstruktur, so der BGH, indiziere eine unzulässige Preisverlagerung, da nicht die realen Preise für die jeweiligen Positionen angegeben werden, sondern der Bieter die Preise für die Positionen so umschichtet, dass besonders hohe Preise auf bestimmte Positionen verlagert werden. Könne ein Bieter die unterschiedlichen Preise nicht ausreichend erklären, so sei die Annahme, das Angebot enthalte nicht die geforderten Preisangaben, gerechtfertigt.

Erst recht seien solche Angebote vergaberechtswidrig, die über eine wirtschaftliche Mischkalkulation hinaus darauf spekulieren, dass im Vertragsverlauf für einzelnen Positionen andere Mengen als in den Vergabeunterlagen gefordert, benötigt werden (sog. Spekulationsangebote). Hier müsse im Einzelfall abgewogen werden, ob ein Bieter lediglich Unschärfen im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers erkenne und diese zu seinem Vorteil nutze oder ob er das Leistungsverzeichnis zu unredlicher Spekulation ausnutze. Im vorliegenden Fall sei im Angebot des Klägers insbesondere das ausgeprägte Missverhältnis innerhalb der Preise für die einzelnen Positionen zu bemängeln: Den auffallend niedrigen Preisen in den Positionen 01.000120, 01.000130, 08.000010 bis 08.000050 (Turmdrehkran und Geräteinsatz) stehe ein überproportional hoher Preis in der Position 01.000210 (wöchentliche Vorhaltekosten für das Gerüst bei witterungsbedingter Unterbrechung der Bauarbeiten) gegenüber. Da nach den Feststellungen des Landgerichts eine derartige Unterbrechung nicht völlig fernliegend sei, spekuliere hier der Kläger in unzulässiger Weise auf Kosten des öffentlichen Auftraggebers. Dieses Verhalten verstoße gegen die Rücksichtnahmepflichten der Bieter aus § 241 Abs. 2 BGB, da ein solches Angebot zwar formal-rechnerisch günstig erscheine, aber eine erhöhte Wahrscheinlichkeit erheblicher Nachforderungen für den Auftraggeber beinhalte. Dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber könne daher nicht zugemutet werden, sich auf ein solches Angebot einzulassen.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil rückt unter Bezugnahme auf die seit der Vergaberechtsnovelle 2009 geänderte Rechtslage von der ursprünglichen Rechtsprechung des BGH zum Thema Mischkalkulationen, Preisangaben und -bildung bei Angeboten ab. Die vom BGH gesetzten Grenzen der Preisbildungsfreiheit der Bieter – unzulässige Mischkalkulationen (I.) und Spekulationsangebote (II.) – bleiben eine Frage des Einzelfalls.

I. Mischkalkulationen

Zunächst stärkt der BGH die grundsätzliche Freiheit der Preisbildung für Bewerber in Vergabeverfahren, auch bei der Festlegung von Einzelpreisen im Leistungsverzeichnis und stellt klar, dass nicht jede Form der Mischkalkulation automatisch vergaberechtswidrig ist.

In der Vergangenheit hat der BGH auf Grundlage der VOB/A 2000 eine eher strenge Linie zu Preisangaben im Leistungsverzeichnis verfolgt. Insbesondere wurde verlangt, dass die in der Leistungsbeschreibung geforderten Preise vollständig, d.h. auch mit dem Betrag angegeben werden, der tatsächlich für die Position beansprucht wird. Ein Angebot mit fehlenden oder unvollständigen Preisangaben sei aus diesem Grund auszuschließen, dies gebiete bereits der Grundsatz der Gleichbehandlung im Vergabeverfahren. Der 10. Zivilsenat des BGH rückt im aktuellen Urteil insoweit mit Verweis auf die „Liberalisierung“ des Vergaberechts im Jahr 2009 teilweise von seiner älteren

Rechtsprechung zur Ablehnung unvollständiger Angebote ab (vgl. BGH, Urt. v. 07.06.2005 - X ZR 19/02; BGH, Urt. v. 18.05.2004 - X ZB 7/04; BGH, Urt. v. 24.05.2005 - X ZR 243/02).

Interessant ist, dass diese – teilweise allgemein auf Preisangaben bezogene – Rechtsprechung des BGH regelmäßig von der Instanzrechtsprechung auch bei der Mischkalkulation zur Rechtfertigung von Angebotsausschlüssen angeführt wurde: So wurde teilweise mit Verweis auf die strengen Anforderungen vertreten, dass eine Mischkalkulation zumindest bei den „abgepreisten“ Positionen unvollständige Preisangaben bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses mit sich bringe, da die Preise nicht wie tatsächlich gefordert angegeben werden und dies grundsätzlich ebenfalls zum Ausschluss des Angebots führen müsse (OLG München, Beschl. v. 10.11.2010 - Verg 19/10; VK Karlsruhe, Beschl. v. 13.09.2012 - 1 VK 32/12; OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.09.2005 - Verg W 9/05; Planker in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 6. Aufl. 2018, § 13 VOB/A Rn. 23).

Auf der anderen Seite hatte beispielsweise das Kammergericht eine differenzierende Ansicht vertreten und klargestellt, dass nicht jede Mischkalkulation automatisch vergaberechtswidrig sein muss und dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Mischkalkulation eine weitgehende Großzügigkeit zugunsten der Bieter geboten sei (KG, Beschl. v. 14.08.2012 - Verg 8/12). In dem dortigen Fall allerdings wichen die vom Bieter im überarbeiteten Angebot angegebenen Preise von den ursprünglich angegebenen Preisen ab. Nur im Vergleich mit den ursprünglichen Preisen ergab sich eine Auf- und Abpreisung im überarbeiteten Angebot. Nach dem Kammergericht kann das Vorliegen einer Mischkalkulation nicht allein anhand objektiver Kriterien festgestellt werden, sondern muss auch zu einem Großteil anhand subjektiver Einschätzungen des Bieters beurteilt werden. Welche Anforderungen im Einzelfall an eine Mischkalkulation zu stellen sind und wann das Vorliegen einer Mischkalkulation einen Ausschluss rechtfertigt, ließ das Kammergericht jedoch ausdrücklich offen.

Der BGH stellt bei der Einordnung von Mischkalkulationen zwar nicht auf subjektive Kriterien ab. Vor dem Hintergrund der in der Entscheidung angesprochenen Liberalisierung des Vergaberechts macht aber auch er deutlich, dass nicht jede Form von Mischkalkulation vergaberechtswidrig ist. Vielmehr indiziere ein Zusammenspiel von auffällig hohen und auffällig niedrigen Positionspreisen zunächst eine unzulässige Mischkalkulation und es liege am Bieter, die Preiskalkulation zu erklären und die Indizwirkung zu erschüttern. Der BGH nimmt in diesem Punkt damit auch eine grundsätzlich bieterfreundliche Haltung ein, indem er Bietern die Möglichkeit gibt, ihre Kalkulation zu erklären und zu zeigen, dass keine unzulässige Mischkalkulation vorliegt.

Insgesamt bleibt nach dem vorliegenden Urteil festzuhalten, dass öffentliche Auftraggeber künftig ein Angebot, das eine Mischkalkulation enthält, nicht mehr einfach durch einen Verweis auf die Unvollständigkeit der Preise ausschließen können. Vielmehr bedarf es einer genauen Prüfung, ob die Mischkalkulation noch zulässig ist, weil lediglich einzelne Positionen unter Kosten angeboten werden – oder bereits unzulässig ist, weil im Angebot deutlich überhöhte Preise auffällig niedrigen Preisen gegenüberstehen und der Bieter dieses Missverhältnis nicht erklären kann.

II. Spekulationskalkulationen

Im vorliegenden Fall begründet der BGH die Zulässigkeit des Ausschlusses jedoch nicht damit, dass es sich vorliegend um eine unzulässige Mischkalkulation handle. Vielmehr hält der BGH die Preisstruktur des Angebots des Klägers für ein unzulässiges Spekulationsangebot, weil der Kläger die Preise für die verschiedenen Positionen in der Erwartung umschichtet, dass die tatsächlich benötigten Mengen sich im Vertragsverlauf noch ändern, und dass damit die Kosten für die Positionen, die besonders hoch bepreist waren, zusätzlich „gehebelt“ werden. Dies lässt ein solches Angebot zwar formal-rechnerisch als zunächst günstig erscheinen, es bringt dabei jedoch gleichzeitig eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für erhebliche Nachforderungen mit sich. Damit verletzt der Bieter seine Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und sein Angebot muss daher nicht angenommen werden.

In der Vergangenheit hat sich die Rechtsprechung bereits mit Spekulationsangeboten im Rahmen von Mischkalkulationen beschäftigt. Bei den Entscheidungen kam es jedoch oftmals nicht auf den spekulativen Charakter des Angebots an, da die Gerichte bereits die Kriterien für eine unzulässige Mischkalkulation als erfüllt ansahen und aus diesem Grund einen Ausschluss als gerechtfertigt werteten (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2018 - Verg 3/17). In der Literatur werden Spekulationsangebote oft als ein Unterfall von Mischkalkulationen behandelt und es wird keine klare Abgrenzung vorgenommen (Planker in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, § 16 VOB/A Rn. 24; Konrad, NZBau 2004, 524). In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt sich der BGH näher mit Spekulationsangeboten als solchen und stellt gewisse Kriterien für unzulässige Spekulationen auf, die über die Kriterien für die Mischkalkulationen hinausgehen.

Zunächst stellt der BGH klar, dass nicht jeder Fall von Spekulationen auch unredlich ist. Ein einfaches Erkennen und Ausnutzen von Unschärfen bei Mengenangaben im Leistungsverzeichnis, um durch entsprechende Kalkulationen der Preise einen Vorteil zu erlangen, sei nicht in jedem Fall anstößig. Vielmehr ist es wohl die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, solche Unschärfen zu vermeiden. Die Grenze zur unredlichen Spekulation bildet allerdings die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB. Der Bieter darf die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses nicht unredlich ausnutzen.

Unklar bleibt dabei, ob der BGH durch die Anwendung des zivilrechtlichen Grundsatzes des Rücksichtsnamegebotes aus § 241 Abs. 2 BGB einen neuen Ausschlussgrund für Angebote im Rahmen der VOB/A schaffen will, auf den sich Auftraggeber künftig berufen können. Vor dem Hintergrund des abschließenden Charakters der Ausschlussgründe in § 124 Abs. 1 GWB erscheint dies unionsrechtlich jedenfalls problematisch. Die vom BGH aufgestellten sehr allgemeinen Kriterien geben zudem kaum Klarheit darüber, wann genau der BGH eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht annimmt. Eine Abgrenzung zwischen erlaubter Ausnutzung von Unschärfen im Leistungsverzeichnis und unredlicher Spekulation ist daher schwierig. Schließlich geben die durch den BGH angeführten Kriterien auch kaum Aufschluss darüber, wie eine unzulässige Mischkalkulation von einer Spekulationskalkulation abzugrenzen ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die in dieser Entscheidung behandelten Fragen der Beschränkungen der Preiskalkulationsfreiheit und der Zulässigkeit von Misch- und Spekulationskalkulationen sind für die Praxis wichtig. Leider setzt der BGH keine eindeutigen Bewertungsmaßstäbe. Daher dürfte es vor allem bei Bietern zu Verunsicherungen führen.

Aus Bietersicht ist die Betonung der grundsätzlichen Preisbildungsfreiheit grundsätzlich zu begrüßen. Hier macht der BGH deutlich, dass die frühere, durch ein formalistisches Verständnis der Rechtslage geprägte Rechtsprechung des 10. Zivilsenats nicht mehr ohne weiteres anzuwenden ist. Er stellt eindeutig klar, dass ein Bieter für Einzelpositionen auch Preise angeben darf, die unterhalb der Kosten liegen.

Auch wenn Bieter bei der Kalkulation der einzelnen Preise im Leistungsverzeichnis damit größere Freiheiten als bisher genießen, sollten sie darauf achten, dass insbesondere kein auffälliges Missverhältnis zwischen einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsteht. Ein solches Missverhältnis kann im schlimmsten Fall eine unzulässige Preisverlagerung und damit unzulässige Mischkalkulation indizieren und es öffentlichen Auftraggebern leichter machen, ein Angebot auf dieser Grundlage abzulehnen. Lässt sich ein Missverhältnis in der Kalkulation nicht vermeiden, sollten Bieter eine fundierte Erklärung der konkreten Preisbildung der einzelnen Positionen bereithalten und auf Nachfrage dem öffentlichen Auftraggeber zugänglich machen. Nur so kann die Indizwirkung erschüttert werden.

Ob mit einer solchen Mischkalkulation eine unredliche Spekulation einhergeht oder lediglich die Unschärfen des Leistungsverzeichnisses ausgenutzt werden, dürfte für Bieter im Einzelfall äußerst schwer erkennbar sein. Die in diesem Urteil angedeuteten recht unscharfen Abgrenzungskriterien

helfen nur bedingt weiter. Dies führt zu Rechtsunsicherheit, sowohl auf Seiten des Bieters als auch auf Seiten des Auftraggebers. Bei einem Ausschluss des Angebots wegen unredlicher Spekulation sollten Bieter genau prüfen, ob eine Nachprüfung erfolgsversprechend ist. Für Auftraggeber dürfte die Begründung der Zurückweisung auf der Grundlage dieses Urteils mindestens ebenso schwierig sein.

© juris GmbH