



Dr. Oskar Maria Geitel und
Dr. Martin Jansen,

Fachanwälte für Vergaberecht, Assoziierte Partner, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Berlin

Die vergaberechtliche Beurteilung von Spekulationsangeboten nach der Rechtsprechung des BGH – quo vadis Kalkulationsfreiheit?

I. EINLEITUNG

Wie weit reicht die Kalkulationsfreiheit des Bieters? Gilt diese unbegrenzt oder ist der öffentliche Auftraggeber gehalten oder gar verpflichtet, spekulative Angebote auszuschließen? Mit diesen Fragestellungen hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil vom 19.06.2018 (X ZR 100/16 – „Uferstützmauer“) auseinandergesetzt – mit erheblichen Auswirkungen für die tägliche Vergabepraxis!

II. GRENZEN DER KALKULATIONSFREIHEIT?

Bis zu dieser BGH-Entscheidung war die Kalkulationsfreiheit des Bieters grundsätzlich und umfänglich anerkannt. Die Grenzen fanden sich – gesetzlich normiert – zunächst in dem den Auftraggeber treffenden Verbot, den Zuschlag auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen (§ 60 VgV) oder auch hohen (§ 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) Preis zu erteilen. Beim Verdacht eines solchen Angebotspreises ist der öffentliche Auftraggeber zunächst verpflichtet, eine Preisaufklärung zu betreiben und muss das Angebot des Bieters, sofern dieser entsprechende Restzweifel nicht ausräumen kann, ausschließen (BGH, *Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16*).

Darüber hinaus sind Angebote zwingend auszuschließen, sofern sie nicht die geforderten Preise enthalten (§ 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Diesen Ausschlussstatbestand hat die Rechtsprechung stets auf die Konstellation der sog. „Mischkalkulation“ angewendet. In einem solchen Fall (üblicherweise bei Bauvergaben) verschiebt



Vergaberechtliche Beurteilung
von Spekulationsangeboten

der Bieter Preisbestandteile von einer Position des Leistungsverzeichnisses in eine andere Position des Leistungsverzeichnisses. Er bietet dann unzulässiger Weise nicht den Preis für die geforderte Position an, sondern „versteckt“ deren Preisbestandteile in einer (oder mehreren) anderen Positionen, was unzulässig ist und zum Ausschluss führen muss. Für eine unzulässige Mischkalkulation bedarf es also stets (mindestens) zweier Positionen, die durch auffällige „Auf- und Abpreisung“ in unmittelbarem Zusammenhang stehen. In der Praxis war insbesondere diese Konstellation der Mischkalkulation für den Auftraggeber nur äußerst schwer nachzuweisen, da Bieter auf entsprechende Aufklärung hin das von der Rechtsprechung geforderte Verhalten des Verschiebens von Preisbestandteilen im Regelfall widerlegen konnten.

III. ENTSCHEIDUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS VOM 19.06.2018 (X ZR 100/16 – „UFERSTÜTZMAUER“)

Der BGH-Entscheidung vom 19.06.2018 lag nun ein Schadensersatzprozess zu Grunde. Ein öffentlicher Auftraggeber hatte den erstplatzierten Bieter bei einer nationalen Bauvergabe (VOB/A - 1. Abschnitt) ausgeschlossen. Der Bieter wandte sich hiergegen und begehrte vor dem Landgericht Schadensersatz, gerichtet auf das positive Interesse. Der BGH wies die Klage im Ergebnis ab, da das Angebot des Bieters wegen unzulässiger Spekulation bereits im Vergabeverfahren zwingend auszuschließend gewesen sei.

Im Leistungsverzeichnis waren für den Aufbau, Abbau und die Vorhaltung des für die Ausführung der Arbeiten erforderlichen Gerüsts folgende zwei Positionen vorgesehen:

- 01.000200: Einrücken der sanierungsbedürftigen Mauerabschnitte, Auf- und Abbau sowie dreimonatige Vorhaltung des gesamten Gerüsts nebst An- und Abtransport sowie Hochwasserwartung (vom Bieter angebotener Preis: 68.878,45 Euro)
- 01.000210: Vorhaltekosten für das Gerüst bei eventueller witterungsbedingter Verzögerung für eine Woche verlängerter Standzeit (vom Bieter angebotener Preis: 12.678 Euro).

Während im Rahmen der Pos. 01.000200 der Preis für die Vorhaltung des Gerüsts etwas unter 5.300 € pro Woche lag, verlangte

der Bieter pro Woche der Vorhaltung aufgrund witterungsbedingter Verzögerungen über 12.000 € pro Woche. In diesem Preisunterschied lag nach Ansicht des BGH eine erhebliche spekulative Aufpreisung. Diese wirkte sich umso nachteiliger aus, je länger die Unterbrechung andauere. Durch diese Aufpreisung habe der klagende Bieter gegen die ihm im Vergabeverfahren obliegenden Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) verstoßen, so dass sein Angebot auszuschließen gewesen sei. Der BGH wies zwar noch darauf hin, dass es sich bei der Pos. 01.000210 um eine Eventualposition handle, welche der Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A überhaupt nicht hätte vorsehen dürfen. Dass sich der Auftraggeber hier vergaberechtswidrig verhalten habe, ändere jedoch nichts an der Ausschlussreife des Angebotes.

Nach dem BGH erhöht der Bieter bei einer unzulässigen Spekulation den Preis für einzelne Positionen drastisch und kompensiert dies dadurch, dass er andere Positionen mehr oder minder deutlich verbilligt. Hierin liegt also keine Mischkalkulation, da der Bieter ja sowohl den überhöhten als auch den heruntergesetzten Preis tatsächlich für die ausgeschriebene Leistung abrechnen will, ohne dass er Preisbestandteile zwischen den einzelnen Positionen verschiebt. Der BGH ist zwar der Ansicht, dass es nicht von vornherein in jedem Falle anstößig ist, wenn ein Bieter Unschärfen des Leistungsverzeichnisses bei den Mengenansätzen erkennt und durch entsprechende Kalkulationsvorteile erlangen will. Es ist danach nämlich grundsätzlich Sache und Risiko des Auftraggebers, solche Spielräume zum Nachteil der öffentlichen Hand durch ein eindeutiges und erschöpfendes Leistungsverzeichnis auszuschließen. Das vergaberechtlich zulässige Vorgehen des Bieters findet nach der Sichtweise des BGH jedoch dort seine Grenze, wo ein Bieter die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses zu unredlicher Spekulation ausnutzt, um den Auftraggeber im Rahmen des späteren Nachtragsmanagements wirtschaftlich zu übervorteilen. Dann nämlich kann der Zweck des Vergabewettbewerbs, das günstigste Angebot hervorzubringen, seiner Auffassung nach nicht mehr erreicht werden. Die im Rahmen einer Ausschreibung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegenseitig bestehenden Rücksichtnahmepflichten stehen einem solchen Bieterverhalten hiernach entgegen. Anders als eine Mischkalkulation, welche stets vom Auftraggeber nachzuweisen ist, muss der Bieter das vom Auftraggeber gesehene Spekulationsindiz selbst hinreichend erschüttern, um keinen Angebotsausschluss zu riskieren, so der BGH.

IV. BEWERTUNG DER BGH-ENTSCHEIDUNG – FOLGEN UND TIPPS FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER UND BIETER

Der BGH eröffnet öffentlichen Auftraggebern – anders als bisher – sehr weitreichende Spielräume, unliebsame Bieter wegen eines vermeintlich unerschütterten gebliebenen Spekulationsindizes vorzeitig vom Vergabeverfahren auszuschließen. Denn ausgehend vom Preisspiegel reichen dem Auftraggeber dann als Vorwurf gegenüber dem Bieter bereits eine auffällig überhöhte Preisposition auf der einen sowie eine auffällig abgepreiste Position auf der anderen Seite, welche zueinander nicht einmal im Zusammenhang stehen müssen. Dazu, ob und inwieweit ein Auftraggeber im Zuge der Preisaufklärung verpflichtet ist, seinerseits an einer erfolgreichen Erschütterung des Spekulationsindizes mitzuwirken, verhält sich der BGH dabei nicht. Sein Urteil vom 19.06.2018 bleibt damit im Ergebnis weitgehend konturlos, wobei die Entscheidung zahlreiche Schwächen aufweist, die ihre Vertretbarkeit ernsthaft infrage stellen:

Zunächst einmal ist die Unschärfe zu kritisieren, die offenlässt, wo und anhand welcher Kriterien die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Spekulation gezogen werden könnte. Zudem kann sich ein Auftraggeber im Zuge der Aufklärungsbemühungen des Bieters – rein subjektiv begründet – darauf zurückziehen, er sehe das Indiz der Spekulation weiterhin nicht als erschüttert. Selbst derjenige Bieter, der sich redlich bemüht, das vom Auftraggeber behauptete Spekulationsindiz zu erschüttern, mag am Ende also scheitern, obwohl das Spekulationsindiz bei objektiver Betrachtung tatsächlich erschüttert ist.

Besonders befremdlich ist aber das Fehlen eines vergaberechtlichen Ansatzes. Spekulationspreise fallen nicht unter §§ 13(EU) Abs. 1 Nr. 3, 16(EU) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. In den vergaberechtlichen Regelwerken gibt es zwar zahlreiche unternehmens- und angebotsbezogene Ausschlussgründe. Den Ausschlussgrund der „Unanständigkeit“, der „Anstößigkeit“ oder der „möglichen Übervorteilung des Auftraggebers“ sucht man dort allerdings vergebens. Völlig überraschend (und falsch) ist auch die Feststellung des BGH, ein Bieter könne sich vergaberechtswidrig verhalten. Denn Normadressat des Vergaberechts ist einzig der Auftraggeber. Folglich kann auch nur er sich vergaberechtswidrig verhalten.

ten. Unternehmen haben demgegenüber „nur“ einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Regeln des Vergaberechts beachtet. Im Übrigen können sie Fehler machen, die den Abschluss ihrer Angebote nach sich ziehen können. Die Missachtung vorvertraglicher Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB fällt jedoch nicht darunter. Bleiben Spekulationspreise im Vergabeverfahren unberührt und stellt der Auftraggeber erst bei der Abrechnung fest, dass ihn der Auftragnehmer übervorteilt hat, kann er versuchen, seinem Vertragspartner einen im Vergabeverfahren begangenen Verstoß gegen das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) anzulasten und Schadensersatz zu verlangen.

Stattdessen verlagert der BGH eine an sich erst später auf vertraglicher Ebene zu führende Diskussion auf fragwürdige Weise bereits ins Stadium des Vergabeverfahrens. Dies gereicht Auftraggebern nun spürbar zum Vorteil, um ggf. auch unliebsame Bieter wegen vermeintlicher Spekulation unberücksichtigt zu lassen. Nach der Sichtweise des BGH realisiert sich beim vorzeitigen Angebotsausschlusses wegen Spekulation allerdings die Gefahr, dass das nach Ausschreibung wirtschaftlichste Angebot im Ergebnis gar nicht zugunsten des Auftraggebers zum Tragen kommen kann – ohne dass zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob und inwieweit sich die Spekulationsrisiken während der späteren Ausführung auch tatsächlich verwirklichen. Dies jedoch kann vergaberechtlich kaum gewollt sein.

Ungeachtet dessen ist ein Auftraggeber beim späteren Nachtragsmanagement selbst nach Bezuschlagung eines vermeintlichen Spekulationsangebotes hinreichend durch die obergerichtliche Rechtsprechung geschützt:

Erstens kann er sich unter Verweis auf die ständige BGH-Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit überhöhter Einheitspreise (vgl. etwa BGH, Urteil vom 14.03.2013 - VII ZR 116/12) darauf berufen, ein Einheitspreis sei völlig überhöht. Zwar kann ein Angebot nicht wegen sittenwidrig überhöhter Einheitspreise (§ 138 Abs. 1 BGB) von der Wertung ausgeschlossen werden. Denn dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterliegen nur Rechtsgeschäfte, nicht jedoch Vertragsangebote, bei denen es sich lediglich um eine Willenserklärung handelt, die ein Rechtsgeschäft (Vertragsschluss nach Zuschlag) vorbereiten sollen. Wäre in den vermeintlich über-

höht angebotenen Preisen später aber tatsächlich eine Sittenwidrigkeit bzw. Wucherähnlichkeit zu sehen, so wäre die der Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung dann zivilrechtlich sittenwidrig und damit nichtig, so dass spätere Nachträge hierauf schon nicht erfolgreich gestützt werden könnten, um den Auftraggeber wirtschaftlich zu übervorteilen. Bereits dieser zivilrechtliche Einwand bleibt dem Auftraggeber nach Beendigung des Vergabeverfahrens somit unverändert erhalten.

Zweitens dürften im Lichte der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung gestützt auf den Spekulationsvorwurf tatsächlich später keinerlei relevante Übervorteilungsrisiken für Auftraggeber mehr bestehen. Denn hiernach zeichnet sich ab, dass es zukünftig wohl auch beim VOB-Nachtragsmanagement – also wie bei neuen BGB-Bauverträgen (vgl. § 650c Abs. 1 und 2 BGB) – nicht mehr auf die Urkalkulation ankommt, sondern vielmehr auf die tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten (mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn), die einem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung bzw. des -zusatzes entstehen. Die Urkalkulation ist dabei nur ein Hilfsmittel zur Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es danach gerade nicht (mehr) auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern vielmehr auf die tatsächlich erforderlich gewordenen Kosten, welche vom Auftragnehmer vollständig nachzuweisen sind, um den Nachtrag in begehrter Höhe vergütet zu erhalten. Für VOB-Bauverträge hatte dies zunächst am 10.07.2018 das Kammergericht entschieden (KG, Urteil vom 10.07.2018 - 21 U 30/17). Eine vergaberechtlich unredliche Spekulation, um den Auftraggeber beim späteren Nachtragsmanagement – etwa im Falle von Verzögerungen durch Fortschreibung überhöhter Preispositionen – wirtschaftlich zu übervorteilen, scheidet dann aus. Gegen einen vermeintlich überhöhten Nachtrag steht dem Auftraggeber als wirksames prozessuales Instrument im Übrigen einstweiliger Rechtsschutz offen, konkret der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB, sogar mit dem Privileg, dann keinen Verfügungsgrund glaubhaft machen zu müssen, da ein solcher in diesen Fällen vermutet wird. Am 08.08.2019 hat jüngst nun auch der BGH (Urteil vom 08.08.2019 - VII ZR 34/18) selbst den Abschied von der sog. „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ („Korbion'sche Preisformel“) eingeleitet, indem er (zumindest) bereits hinsichtlich des Preisanpassungsanspruchs bei Mengenerhöhungen von mehr

als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) nunmehr ebenfalls auf die tatsächlich erforderlichen Kosten abgestellt hat. Dies wiederum hat zuletzt erneut das KG Berlin am 27.08.2019 zum Anlass genommen, um eben diese „BGH-Mehrmengenentscheidung“ auch auf Nachtragsansprüche für geänderte und zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B) zu übertragen („tatsächlich erforderliche Kosten“), mithin, um seine bereits eingeschlagene Linie vom 10.07.2018 auf diese Weise nochmals zu bekräftigen (KG, Urteil vom 27.08.2019 - 21 U 160/18). Dementsprechend bleibt mit Spannung abzuwarten, ob auch der BGH seine bereits eingeschlagene Linie zukünftig auch auf Nachtragsansprüche für geänderte und zusätzliche Leistungen gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B erweitern wird.

Bieter, welche sich im Vergabeverfahren unter Berufung auf die BGH-Entscheidung vom 19.06.2018 perspektivisch mit einem drohenden Angebotsausschluss wegen Spekulationsvorwurfes ihres Auftraggebers konfrontiert sehen, ist umgekehrt anzuraten, sich nachweislich ernsthaft und aufrichtig um eine vollständige Preistransparenz zu bemühen, mithin ihre Urkalkulation hinsichtlich vermeintlich spekulativer Preisbestandteile vollständig offenzulegen und sich diesbezüglich stets kooperationsbereit gegenüber dem Auftraggeber zu zeigen, um keinen vorzeitigen Angebotsausschluss zu riskieren. Kommt es dann wider Erwarten zum Ausschluss, mit dem Argument, das Spekulationsindiz sei nicht hinreichend erschüttert, sollten kooperierende Bieter den Ausschluss zunächst rügen und im Falle der Nichtabhilfe des Auftraggebers im Wege eines Vergabenachprüfungsverfahrens überprüfen lassen. Denn soweit ersichtlich fehlt es bisher an Entscheidungen, welche die rechtsdogmatischen Schwächen der BGH-Entscheidung selbstbewusst zum Anlass genommen hätten, um zur „alten“ Kalkulationsfreiheit des Bieters im Vergabeverfahren zurückzukehren. Hierzu liefert v.a. die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung hinreichend Argumente. Zudem hat der BGH in einer aktuellen vergaberechtlichen Entscheidung selbst nochmals eindrucksvoll betont, dass das „Wie“ der Preiskalkulation grundsätzlich Bietersache ist (BGH, Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17). ■