

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning und Hoffmann sowie die Richterinnen Dr. Kober-Dehm und Dr. Marx

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Oktober 2016 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger betreibt ein Bauunternehmen. Er nimmt die beklagte Stadt nach dem Ausschluss seines Angebots in einem Vergabeverfahren betreffend die Stützmauersanierung am ...-Ufer und Vergabe des Auftrags an einen Konkurrenten auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Der Streit um den Angebotsausschluss betrifft die Einzelpreise des Klägers bei folgenden Positionen des Leistungsverzeichnisses:

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

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

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

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

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

3 Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Danach war das Angebot des Klägers mit 320.948,45 € brutto das günstigste. Die Beklagte erteilte den Zuschlag jedoch ohne weiteres auf das rund 8.000 € teurere zweitbilligste Angebot. Auf Nachfrage des Klägers begründete sie diese Entscheidung zunächst damit, die Vorhaltekosten für das Stahlrohrgerüst bei witterungsbedingter Unterbrechung (Position 01.000210) seien signifikant hoch; da eine Verzögerung wegen Hochwassers naheliegend sei, drohe eine enorme Verteuerung der Baukosten, weshalb das Angebot nicht das wirtschaftlichste sei. In der weiteren vorprozessualen Korrespondenz berief die Beklagte sich für den Ausschluss des Angebots auf eine darin enthaltene vergaberechtswidrige Mischkalkulation.

4 Das Landgericht hat die auf Erstattung des positiven Interesses gerichtete Schadensersatzklage abgewiesen; das Berufungsgericht hat die dagegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung verneint, auf das Angebot des Klägers hätte der Zuschlag nicht erteilt werden können, weil er die den Turmdrehkran und den Einsatz der Gerätschaften betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses mit unzutref-

fenden Einheits- und Gesamtpreisen angeboten habe und das Angebot jedenfalls deswegen auszuschließen gewesen wäre.

6 Soweit der Kläger seine niedrigen Preise für die Vorhaltung des Turmdrehkrans und die Zusatzkosten bei eventuellen Unterbrechungen mit der geplanten Anschaffung eines eigenen Krans und den dadurch ersparten Kosten für die Anmietung eines solchen Krans erklärt habe, wären als Vorhaltekosten mindestens auch die Abschreibung auf Abnutzung (AfA) sowie die Kapitalverzinsung anzusetzen gewesen. Unter den betreffenden Positionen 01.000120 und 01.000130, unter denen entsprechende Angaben allein zu machen gewesen wären, könnten diese Vorhaltekosten aber jedenfalls nicht vollständig kalkuliert worden sein.

7 Zudem seien die vom Kläger unter den Positionen 08.000010 bis 08.000050 geforderten Einheitspreise offensichtlich unzutreffend und unvollständig, weil viel zu niedrig angesetzt. Allein der Einsatz eines LKW-Kippers mit acht Tonnen Tragkraft und Fahrer (mit Bedienung) sei mit 2,05 € pro Stunde illusorisch gering und unzutreffend angegeben. Seinen eigenen Erklärungen zufolge habe er hier zudem spekulativ in der Erwartung angeboten, die fraglichen Leistungen würden auf der Baustelle gar nicht auszuführen sein. Die Erklärung, Stundenlohnarbeiten wären gegebenenfalls zu den angegebenen Einheitspreisen erbracht worden, sei unvollständig und könne unzutreffende Preisangaben nicht heilen, weil der Geräteeinsatz und die Kosten dabei unberücksichtigt geblieben seien.

8 II. Mit dieser Begründung kann die ausgesprochene Klageabweisung keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat seine Annahme, der Kläger habe unzutreffende Einheits- und Gesamtpreise angegeben, rechtsfehlerhaft allein aus den niedrigen Preisen für die den Turmdrehkran und den Geräteeinsatz betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses abgeleitet.

9 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Bieter in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt die Befugnis ein

festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04, BGHZ 159, 186, 196). Dabei ist zwar die Regelung in § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu beachten, wonach die Angebote die geforderten Preise enthalten müssen. Aus diesem Erfordernis lässt sich aber nicht ableiten, dass der Bieter jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkulieren müsste, insbesondere der für jede Position verlangte Preis mindestens den hierfür entstehenden Kosten entsprechen müsste.

10 a) Der Bundesgerichtshof hat mit Blick auf die entsprechende Regelung in älteren Fassungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen als der Ausgabe 2009 (vgl. z.B. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A 2000) angenommen, dass ein Angebot nur gewertet werden dürfe, wenn alle darin verlangten Erklärungen, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belaste, abgegeben und wenn die in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preise so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag angegeben sind, der für die betreffende Position beansprucht werde. Er hat dies auf die Erwägung gestützt, ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren sei nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden Hinsicht und grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben würden (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 7. Juni 2005 - X ZR 19/02, VergabeR 2005, 615 ff.; Urteil vom 24. Mai 2005 - X ZR 243/02, NZBau 2005, 594 ff.).

11 b) Diese vom Gedanken formaler Ordnung geprägte Rechtsprechung ist nicht mehr uneingeschränkt anwendbar, weil sich ihre rechtlichen Grundlagen verändert haben. Seit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Ausgabe 2009 am 11. Juni 2010 (vgl. Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 10. Juni 2010 - B 15 - 8163.6/1) kann es grundsätzlich nicht mehr als ohne weiteres den Ausschluss des betreffenden Angebots gebietende Vergaberechtswidrigkeit angesehen werden, wenn in einem Vergabeverfahren für Bauleistungen Erklärungen oder ein Preis in einer einzelnen unwesentlichen Position fehlen (vgl. §§ 16a, 16 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A 2016 und § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016). Für die

Vergabe von Leistungen gilt mit gewissen Modifikationen das Gleiche (vgl. § 56 Abs. 2, § 57 Abs. 1 Nr. 2 und 5 VgV). Sinn und Zweck dieser liberalisierenden Novellierung der Vergaberegeln war, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren (vgl. die Eingangshinweise des Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen, BAnz 155a vom 15. Oktober 2009 und Einführungserlass des BMVBS vom 10. Juni 2010 - B 15 - 8163.6/1 S. 7).

12 Es ist den Bietern - was den Regelungen in § 16d Abs. 1 Nr. 1, § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und § 60 Abs. 1 VgV zugrunde liegt - auch nicht schlechthin verwehrt, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Fixkosten verspricht (Unterkostenangebote, vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010 - Verg 2/10, VergabeR 2010, 992, 1008). Der öffentliche Auftraggeber ist bei solchen Angeboten vielmehr gehalten sorgfältig zu prüfen, ob eine einwandfreie Ausführung und Haftung für Gewährleistungsansprüche gesichert ist (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, BGHZ 214, 11 Rn. 29 - Notärztliche Dienstleistungen). Das Angebot ist auszuschließen, wenn der niedrige Preis nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden kann (§ 60 Abs. 3 VgV, vgl. dazu BGHZ 214, 11 Rn. 31 - Notärztliche Dienstleistungen).

13 Grundsätzlich nichts anderes kann gelten, wenn der Bieter lediglich einzelne Positionen unter seinen Kosten anbietet. Dementsprechend kann ein Angebot auch nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden, weil einzelne Positionen darin zu Preisen angeboten sind, welche die diesbezüglichen Kosten nicht vollständig decken. Das Interesse des Auftraggebers an einwandfreier Ausführung und Haftung für die Gewährleistungsansprüche wird grundsätzlich nicht dadurch gefährdet, dass bestimmte Einzelpositionen "zu billig" angeboten werden, sondern dass der Auftragnehmer infolge eines zu geringen Gesamtpreises in Schwierigkeiten gerät.

14 c) Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Bieter seine zu deckenden Gesamtkosten nach Belieben einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zuordnen dürfte.

15 Abgesehen von den in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV geregelten Fällen haben die öffentlichen Auftraggeber nach wie vor selbst bei einem im Ergebnis gleich bleibenden Endpreis grundsätzlich ein - durch § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A geschütztes - Interesse daran, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden. Diese Regelung trägt nämlich auch dem Umstand Rechnung, dass die Zahlungspflichten der Auftraggeber durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipuliert werden können. Verlagert der Bieter die für einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen, greift § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A deshalb grundsätzlich ein. Ob das über den in der Bestimmung genannten Ausnahmefall hinaus auch bei Bagatellverlagerungen von Preisbestandteilen gilt, bedarf hier keiner Entscheidung.

16 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 eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.

17 Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in der vom Berufungsgesicht herangezogenen Entscheidung vom 18. Mai 2004 (X ZB 7/04, BGHZ 159, 186) das Angebot des dortigen Antragstellers deshalb für ausschlussreif erachtet, weil sein Angebot auf einer Mischkalkulation beruhte, bei der bestimmte ausgeschriebene Leistungen auf einen Einheitspreis von 0,01 € "abgepreist" und die Einheitspreise anderer Positionen damit korrespondierend "aufgepreist" waren, so dass die den jeweiligen Leistungen eigentlich zugeordneten Preise unstreitig weder vollständig noch zutreffend angegeben waren (BGHZ 159, 186, 193 f.).

18 d) Erst recht verhält sich ein Bieter vergaberechtswidrig, wenn er den Preis für einzelne Positionen - etwa in der Erwartung, dass die dafür im Leistungsverzeichnis angesetzten Mengen bei der Leistungsausführung überschritten werden - drastisch erhöht und den daraus resultierenden höheren Gesamtpreis zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit seines Angebots im Wege einer Mischkalkulation dadurch kompensiert, dass er andere Positionen - vorzugsweise solche, bei denen gegebenenfalls Mindermengen zu erwarten sind - mehr oder minder deutlich verbilligt (Spekulationsangebote, vgl. BGHZ 159, 195; Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 60 Rn. 82 ff.). Dies ist zwar kein Fall von § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, weil sowohl der überhöhte als auch der korrespondierend heruntergesetzte Preis dem eigentlich Gewollten entsprechen. Es ist auch nicht von vornherein in jedem Fall anstößig, wenn ein Bieter Unschärfen des Leistungsverzeichnisses bei den Mengenanätzen erkennt und durch entsprechende Kalkulation Vorteile zu erringen sucht, sondern Sache und Risiko des Auftraggebers, solche Spielräume zum Nachteil der öffentlichen Hand im Leistungsverzeichnis auszuschließen. Dies findet im Vergabewettbewerb aber mit Blick auf dessen Zweck, das günstigste Angebot hervorzubringen, und die Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - X ZR 143/10, BGHZ 190, 89 - Rettungsdienstleistungen II) nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) seine Grenzen dort, wo ein Bieter die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses zu unredlicher Spekulation ausnutzt.

19 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, bei der in der Ausführung nicht unerhebliche Mehrmengen anfallen können, 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 verpflicht-

teten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen. Der Bieter kann sich nämlich auf diese Weise bei der Wertung nach dem Preis einen geringfügigen, aber gegebenenfalls für die Rangfolge der Angebote ausschlaggebenden Vorteil verschaffen, der mit der Chance eines deutlich erheblicheren wirtschaftlichen Nachteils für den Auftraggeber bei der Abrechnung des Auftrags verbunden ist. In einem solchen Fall ist der Auftraggeber nicht zur Zuschlagserteilung verpflichtet, auch wenn das fragliche Angebot formal-rechnerisch als das preiswerteste erscheint.

20 2. Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung das Vorbringen des Klägers zugrunde gelegt, der niedrige Preis in den Positionen 01.000120 erkläre sich daraus, dass der Kran im Falle der Zuschlagserteilung an ihn erst angeschafft werden sollte und nur Aufbauleistungen (durch Subunternehmer) berücksichtigt seien. Die für die Bejahung der Ausschlussreife des Angebots maßgebliche Begründung des Berufungsgerichts, die Preise für die den Kran betreffenden Positionen 01.000120 und 01.000130 und für die Positionen 08.000010 bis 08.000050 seien schlechterdings zu niedrig und unvollständig kalkuliert, ist für sich allein nicht tragfähig.

21 a) Nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts steht im Streitfall für das klägerische Angebot kein im Verhältnis zu der ausgeschriebenen Gesamtleistung unverhältnismäßig oder ungewöhnlich niedrig erscheinender Endpreis im Raum (§ 16d Abs. 1 Nr. 1, § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 60 Abs. 1 VgV; vgl. dazu BGHZ 214, 11, Rn. 13 ff. - Notärztliche Dienstleistungen).

22 b) Der Umstand, dass die Kosten des Klägers für den Turmdrehkran in den betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht abgebildet werden, rechtfertigt für sich den Ausschluss nicht.

23 Der Kläger hat sich mit Blick auf den geringen Preis für den Turmdrehkran gegenüber dem im Prozess zur Rechtfertigung des Angebotsausschlusses erhobenen Vorwurf, es seien die darauf entfallende AfA und die Kapitalzinsen jedenfalls nicht vollständig eingerechnet, mit dem Hinweis verteidigt, diese Pos-

ten seien bei den allgemeinen Geschäftskosten berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat demgegenüber angenommen, AfA und Kapitalzinsen für den im Falle der Auftragserteilung anzuschaffenden Turmdrehkran hätten bei den Positionen 01.000120 und 01.000130 kalkuliert werden müssen, nicht aber als allgemeine Geschäftskosten berücksichtigt werden können. Diese auf einer unangelegenen und revisionsrechtlich auch nicht zu beanstandenden Auslegung der Vergabeunterlagen beruhende Erwägung rechtfertigt den Ausschluss jedoch nicht ohne weiteres. Wie ausgeführt (oben Rn. 15) darf der Bieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar keine Preisbestandteile einer Position des Leistungsverzeichnisses in andere verlagern. Um einen solchen Fall handelt es sich nach den Angaben des Klägers aber nicht, weil die Positionen des Leistungsverzeichnisses sich auf die Einzelheiten des nachgefragten Gegenstands beziehen, während die allgemeinen Geschäftskosten ein Faktor in der Kalkulation der Preise sind. Ob es die schützenswerten Belange des Auftraggebers in einem den Angebotsausschluss rechtfertigenden Maße berührt, wenn der Bieter AfA und Kapitalzinsen eines im Falle der Auftragserteilung erst noch anzuschaffenden Geräts (Turmdrehkran) bei den allgemeinen Geschäftskosten berücksichtigt statt bei den Positionen im Leistungsverzeichnis für den Auf- und Abbau dieses Krans und seine Vorhaltung bei witterungsbedingten Unterbrechungen, kann fraglich sein. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht zumindest Feststellungen dazu treffen müssen, ob im Angebot des Klägers bestimmte dem Turmdrehkran zuzuordnende Beträge für AfA und Kapitalkosten preiswirksam bei den allgemeinen Geschäftskosten eingestellt sind. Die pauschale Schutzbehauptung des Klägers, die Vorhaltung des Turmdrehkrans sei dort berücksichtigt, lässt nämlich offen, ob er tatsächlich diesem Gerät zuzuordnende Beträge für AfA und Kapitalzinsen kalkuliert und seinen allgemeinen Geschäftskosten zugeschlagen hat, oder ob er mit seinem diesbezüglichen Hinweis nur formal dem Angriff der Beklagten, sein Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen, die Grundlage entziehen wollte. Seine ursprüngliche Rechtfertigung der Ansätze bei den Positionen 01.000120 und 01.000130 mit der beabsichtigten Anschaffung eines Krans spricht für letzteres Verständnis.

24 c) Die Erwägungen des Berufungsgerichts zu den vom Kläger bei den Positionen 08.000010 bis 08.000050 verlangten Preisen tragen seine Entscheidung ebenfalls nicht.

25 Soweit es bemängelt, dabei seien der Geräteeinsatz und die Kosten unberücksichtigt geblieben, gilt das zur allgemeinen Kalkulationsfreiheit Ausgeführte (oben Rn. 9) sinngemäß. Soweit die Einheitspreise von 2,05 € bzw. 9,20 € dem Berufungsgericht viel zu niedrig erschienen, mag eine solche Preisbildung grundsätzlich Anlass zu einer genauen Prüfung des gesamten Preisgefüges des Angebots geben. Darüber hinaus mag, insbesondere nach Inkrafttreten des - im Streitfall noch nicht anwendbaren - Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns je nach Fall veranlasst sein zu prüfen, ob der in dieser Weise kalkulierende Auftragnehmer bei Ausführung des Auftrags seinen Pflichten aus § 128 Abs. 1 GWB in Bezug auf die Zahlung des Mindestlohns genügen wird. In eine entsprechende Prüfung ist das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, indes nicht eingetreten. Es hat offen gelassen, ob es sich bei den fraglichen Leistungen um Bedarfspositionen handelt und die Preise des Klägers vielmehr mit Blick auf dessen Einschätzung, dass die fraglichen Positionen wohl gar nicht zur Ausführung kommen würden, als spekulativ bezeichnet. Insoweit ist folgende Klarstellung angezeigt:

26 Bedarfspositionen durften seit Inkrafttreten der Verdingungsordnung für Bauleistungen Ausgabe 2000 nur noch ausnahmsweise (§ 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A aF) und dürfen seit Inkrafttreten der auch im Streitfall anwendbaren Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2009 grundsätzlich gar nicht mehr in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Der Grund dafür ist die Gefahr, dass die Leistung andernfalls nicht mehr so eindeutig und erschöpfend beschrieben ist, dass alle Unternehmen ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und eine wettbewerblich korrekte Angebotswertung beeinträchtigt sein kann (vgl. Schraner in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 43 ff.). Nimmt der öffentliche Auftraggeber Bedarfspositionen dennoch und

unbeanstandet (§ 160 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 GWB) in die Leistungsbeschreibung auf, kann der Vorwurf vergaberechtlicher Unredlichkeit nicht allein darauf gestützt werden, dass ein Bieter solche Positionen besonders preiswert anbietet. Ohne weiteres bewegt er sich damit vielmehr in dem vom Auftraggeber selbst für die Angebotserstellung gesteckten, nur mit entsprechenden Unwägbarkeiten behafteten Rahmen. Diesen verlässt der Bieter, wenn seinem Angebot ein zusätzliches unrechtsbegründendes Element wie die korrespondierende spekulative Aufpreisung anderer Positionen anhaftet.

27 III. Nach allem ist die Entscheidung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft begründet. Gleichwohl ist das Berufungsurteil nicht aufzuheben. Es stellt sich vielmehr aus anderen Gründen als richtig dar, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO). Der Senat kann selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht erforderlich und nicht zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO entsprechend).

28 1. Mit den auffällig niedrigen, nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts deutlich unter den Kosten des Klägers liegenden Preisen in den Positionen 01.000120 und 01.000130 sowie 08.000010 bis 08.000050 korrespondiert ein überproportional hoher Preis in der Position 01.000210 betreffend die wöchentlichen Vorhaltekosten für das Gerüst bei eventueller, nach den Feststellungen des Landgerichts nicht fernliegender witterungsbedingter Unterbrechung. Während sich für die wöchentliche Standzeit des Gerüsts während der regulären Standzeit (Position 01.000200) - unter Vernachlässigung der Kostenanteile für den Auf- und Abbau und Transport sowie der sonstigen Nebenkosten zugunsten des Klägers - ein Durchschnittspreis von etwas unter 5.300 € errechnet, müsste der Auftraggeber für jede Woche wetterbedingter Unterbrechung 12.678 € zahlen. Darin liegt, wie schon das Landgericht in seiner vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidung erkannt hat, eine erhebliche spekulative Aufpreisung, zumal dieser Preis sich für den Auftraggeber progressiv umso nachteiliger auswirken kann, je länger die Unterbre-

chung andauert. Damit hat der Kläger gegen seine Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen.

29 Dafür ist es entgegen der Ansicht des Klägers grundsätzlich unerheblich, dass es sich bei der Position 01.000210 um eine Bedarfsposition handelte. Gerade der bedarfsweise Einsatz kann in der einen wie in der anderen Richtung Gegenstand spekulativer Gewinnerwartungen des betreffenden Bieters sein. Ob das auch bei Bagatellpositionen und auch dann gilt, wenn nur eine entfernte Möglichkeit dafür besteht, dass diese Position zur Ausführung kommen wird, kann hier dahinstehen, weil in Bezug auf die Position 01.000210 eine relativ hohe Anfallwahrscheinlichkeit festgestellt ist und der Wochenpreis, wie bereits erwähnt, zudem leicht mehrmals anfallen kann, was die Wirtschaftlichkeit des Angebots des Klägers zunehmend beeinträchtigt. Derlei mit der Position 01.000210 verbundene Probleme hätte die Beklagte zwar vermeiden können, wenn sie von der Aufnahme dieser Position in das Leistungsverzeichnis gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A abgesehen hätte; an der Ausschlussreife des Angebots ändert das aber nichts.

30 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Meier-Beck

Gröning

Hoffmann

Kober-Dehm

Marx

Vorinstanzen:

LG Wuppertal, Entscheidung vom 10.09.2015 - 7 O 390/14 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.10.2016 - I-27 U 21/15 -