

## **Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen**

Rechtsanwalt Dr. Martin Büdenbender, Köln\*

Öffentliche Baumaßnahmen im Hochbau und im Infrastrukturbereich liegen buchstäblich im Blickfeld der Öffentlichkeit. Die Aufregung ist groß, wenn sich Baumaßnahmen verzögern oder mit Mängeln behaftet sind, vor allem aber dann, wenn sie – was oftmals mit diesen Auffälligkeiten einhergeht – teurer werden als ursprünglich geplant. Eine Ursache hierfür ist in vielen Fällen eine mangelhafte oder unvollständige Planung des Bauherrn. Schnell steht dann der Vorwurf im Raum, das ausführende Unternehmen habe in seinem Angebot unter Ausnutzung einer fehlerbehafteten Leistungsbeschreibung auf das Entstehen von Mehrkosten spekuliert, um in unlauterer Weise einen Gewinn zu realisieren. Wie gut wäre es – gewissermaßen vorbeugend – bereits im Vergabeverfahren eine solche Spekulation des Bieters festzustellen, das Angebot auszuschließen und so Kostenprobleme, die sonst erst nach Vertragsschluss während der Baudurchführung auftreten oder sich bei der Abrechnung stellen, gar nicht entstehen zu lassen.

In der Tat soll das Vergaberecht seit jeher dazu dienen, Probleme bei der Vertragsdurchführung von vornherein zu verhindern. Beispiele sind die Möglichkeiten des Ausschlusses des Angebots eines ungeeigneten Bieters oder eines unauskömmlichen Angebots. Schon im Circular-Erlass des preußischen Ministers für öffentliche Arbeiten von 1885 hieß es: *„Der Zuschlag eines öffentlichen Auftrags darf nur auf ein in jeder Beziehung annehmbares, die tüchtige und rechtzeitige Ausführung der betreffenden Arbeit oder Lieferung gewährleistendes Gebot erteilt werden.“*

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit seinem Urteil vom 19.06. 2018 (X ZR 100/16) Feststellungen getroffen, die – vermeintlich einen Weg zur Lösung der Misere aufzeigen.<sup>1</sup> In der Sache hat der BGH der Kalkulationsfreiheit der Bieter Grenzen gesetzt. Spekulative Preisangaben, welche beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen zu erheblichen Vergütungsvorteilen des Bieters führen können, sind nach Ansicht des BGH vergaberechtlich unzulässig. Angebote, welche solche Angaben enthalten, seien „nicht zuschlagsfähig“ und daher „ausschlussreif“.

In der Praxis wurden Angebote wegen angeblicher Spekulation bislang noch nicht per se ausgeschlossen. Wenn der BGH daher in seiner Entscheidung einen neuen Ausschlussgrund, der bereits im Vergabeverfahren angewandt werden kann, schaffen wollte, hat er mit der Entscheidung rechtliches Neuland betreten.

In dem vorliegenden Beitrag wird der Ansatz des BGH vergaberechtlich gewürdigt und aufgezeigt, dass der Ausschlussgrund des spekulativen Angebots sowohl in vergaberechtlicher Hinsicht als auch in der praktischen Handhabung problematisch ist. Die Chance, mit dem Verdikt der Spekulation behaftete Angebot bereits ex ante aus dem Wettbewerb zu nehmen, dürfte als eher gering einzuschätzen sein.

### **1. Sachverhalt**

Ein Bieter, der spätere Kläger, beteiligte sich im Jahr 2011 an einer öffentlichen Ausschreibung für die Vergabe von Leistungen zur Sanierung einer Stützmauer am Wupperufer.

Grundlage der Ausschreibung war der 1. Abschnitt der VOB/A. Das einzige Zuschlagskriterium war der Preis. Das Angebot des späteren Klägers lag mit ca. 320.000 EUR brutto nur rund 8.000 EUR vor dem preislich zweitplatzierten Bieter.

In dem Leistungsverzeichnis waren verschiedene Positionen aufgeführt, und zwar zum Teil als Eventualpositionen, deren Bepreisung durch den Bieter den Auslöser des Rechtsstreits bildeten. Im Wesentlichen ging es um folgende Positionen:

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

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

Der Auftraggeber schloss das Angebot des erstplatzierten Bieters ohne vorhergehende Aufklärung aus und erteilte den Zuschlag an den zweitplatzierten Bieter.

Auf Nachfrage des Klägers begründete der Auftraggeber diese Entscheidung zunächst damit, dass die Vorhaltekosten für das Stahlrohrgerüst bei witterungsbedingter Unterbrechung (Position 01.000210) signifikant zu hoch seien. Da eine Verzögerung wegen Hochwassers naheliegend sei, drohe eine enorme Verteuerung der Baukosten, weshalb das Angebot nicht das wirtschaftlichste sei. Des Weiteren berief sich der Auftraggeber auf eine darin enthaltene vergaberechtswidrige Mischkalkulation, um den Ausschluss zu rechtfertigen.

Der erstplatzierte Bieter machte geltend, dass der Zuschlag zwingend auf sein Angebot hätte erteilt werden müssen. Aus diesem Grunde habe er einen Schadensersatzanspruch darauf, finanziell so gestellt zu werden, als hätte er den Zuschlag erhalten. Diesen Schaden bezifferte er mit ca. 89.000 EUR. Nachdem der Auftraggeber einer entsprechenden Zahlungsaufforderung nicht nachkam, verklagte der Bieter den Auftraggeber vor dem Landgericht Wuppertal. Das Gericht wies die Klage ab.<sup>2</sup> Auch die anschlie-

Büdenbender: Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen (ZfBR 2020, 30)

31 ▲

▼

ßende Berufung vor dem OLG Düsseldorf blieb für den Kläger ohne Erfolg.<sup>3</sup> Daher wandte er sich an den BGH.

## 2. Wesentliche Aspekte der Entscheidung

Voraussetzung dafür, dass ein Bieter einen Schadensersatzanspruch nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gegen den Auftraggeber wegen Verletzung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses durch diesen geltend machen kann, ist grundsätzlich, dass der Auftraggeber während der Durchführung des Vergabeverfahrens das Vertrauen des Bieters, der Auftraggeber werde die Regeln des Vergaberechts einhalten, verletzt hat.<sup>4</sup> Es kommt also darauf an, ob der Ausschluss des Angebots im vorliegenden Fall vergaberechtlich zulässig war.

Der BGH stellt zunächst im Hinblick auf die vergaberechtlich erforderliche Auskömmlichkeit eines Angebots fest, der Umstand, dass das Angebot des Bieters bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses Preise enthalte, die deutlich unter den Kosten des Bieters liegen, rechtfertige für sich genommen nicht die Annahme, der Bieter habe die geforderten Preise nicht angegeben.

Des Weiteren war nach Ansicht des BGH die Begründung des OLG Düsseldorf, das Angebot des Klägers sei aufgrund einer unzulässigen Mischkalkulation auszuschließen, unzutreffend. Zwar indiziere eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses gegenüberstehen, eine vergaberechtlich unzulässige Verlagerung von Preisangaben auf hierfür nicht vorgesehene Positionen. Wenn der Bieter in einem solchen Fall die Indizwirkung nicht erschüttern könne, rechtfertige dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthalte. Hier habe der Bieter jedoch dargelegt, dass er die Preise so wie angeboten kalkuliert habe.

Allerdings habe der Bieter die Grenzen der ihm zustehenden Kalkulationsfreiheit unter Verletzung von Rücksichtnahmepflichten dadurch verletzt, dass er bei einer Eventualposition (den Vorhaltekosten für das Gerüst bei eventueller witterungsbedingter Verzögerung für eine Woche verlängerter Standzeit) einen derart hohen Preis eingetragen hatte, welcher ihm am Ende nicht gerechtfertigte erhebliche Vergütungsansprüche hätte zukommen lassen können. Ein Angebot, das spekulativ so ausgestaltet sei, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, sei nicht zuschlagsfähig. Vielmehr verletze der betreffende Bieter seine Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, wenn er für eine Position einen Preis ansetze, der so überhöhte Nachforderungen nach sich ziehen könne, dass aus Sicht eines verständigen Teilnehmers am Vergabeverfahren das Ziel verfehlt werde, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen. Dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber könne auch nicht mehr zugemutet werden, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen.

Der Angebotsausschluss war somit nach Auffassung des BGH berechtigt, dem Bieter stand kein Anspruch auf Schadensersatz zu.

### **3. Ausgangspunkt: Kalkulationsfreiheit des Bieters**

Einem Bieter steht auch dann, wenn er sich an einem förmlichen Vergabeverfahren beteiligt, die Kalkulationsfreiheit zu. Auch nach der Rechtsprechung des BGH sind die Bieter in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt ihre Befugnis ein, festzulegen zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen.<sup>5</sup> Die Angebotskalkulation jedes Bieters berührt „den Kernbereich unternehmerischen Handels im Wettbewerb um öffentliche Aufträge und damit die Freiheit des Wettbewerbs in diesem Marktgeschehen schlechthin. Vorschriften, auf welche Weise der Unternehmer zu kalkulieren hat, kann es in einer freien Wirtschaftsordnung nicht geben“.<sup>6</sup>

### **4. Bisherige Grenzen der Kalkulationsfreiheit**

Allerdings sieht das Vergaberecht vor, dass das Angebot eines Bieters unter bestimmten Voraussetzungen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Es handelt sich zum einen um den Fall eines unauskömmlich kalkulierten Angebots und zum anderen den Fall einer sog. Mischkalkulation.

#### **a) Unauskömmlichkeit des Angebots**

Öffentliche Auftraggeber können Angebote nach § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A oder § 60 Abs. 1 VgV, § 44 UVgO ausschließen, wenn der Bieter sein Angebot unauskömmlich kalkuliert hat. Diese Vorschrift dient in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers. Sie hat zudem eine bieterschützende Funktion insoweit, als ein Bieter ei-

nen Anspruch gegen den öffentlichen Auftraggeber hat, dass dieser das Angebot eines Wettbewerbers im Falle von Auffälligkeiten prüft und ggf. vom Vergabeverfahren ausschließt.<sup>7</sup> Der öffentliche Auftraggeber ist bei solchen Angeboten gehalten, sorgfältig zu untersuchen, ob eine einwandfreie Ausführung und die Haftung für etwaige Gewährleistungsansprüche gesichert ist.<sup>8</sup> Das Angebot ist erst auszuschließen, wenn der niedrige Preis nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden kann (vgl. § 60 Abs. 3 VgV).<sup>9</sup>

Insofern bildet die Unauskömmlichkeit von jeher eine im Vergaberecht ausdrücklich normierte Grenze der Kalkulationsfreiheit. Zwar kann der Bieter Preise anbieten, bei denen er keinen Gewinn oder sogar einen Verlust kalkuliert, also ein Unterkostenangebot abgibt.<sup>10</sup> Die Gründe für eine solche Preisoffensive müssen jedoch zum einen wirtschaftlich lauter sein (keine Marktverdrängungsabsicht) und sie dürfen zum anderen die Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht gefährden. Kalkuliert der Bieter seine Preise so, dass er andere schädigt oder aufgrund der niedrigen Preise

Büdenbender: Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen (ZfBR 2020, 30)

32 ▲  
▼

nicht die Gewähr bietet, die Leistung vertragsgemäß zu erbringen, muss er mit einem Angebotsausschluss rechnen.<sup>11</sup>

Allerdings ist es grundsätzlich unbeachtlich, wenn der Bieter lediglich einzelne Leistungspositionen unter seinen tatsächlichen Kosten anbietet. Eine ordnungsgemäße Ausführung der Leistung wird in der Regel durch vereinzelt zu billig angebotene Positionen nicht gefährdet. Das Interesse des Auftraggebers an einwandfreier Ausführung und Haftung für die Gewährleistungsansprüche sind in diesem Falle grundsätzlich nicht gefährdet.<sup>12</sup>

Überhaupt geht es bei der Frage der Auskömmlichkeit eines Angebots nur darum, ob der Bieter „zu billig“ angeboten hat, weil die Besorgnis besteht, dass der Auftragnehmer infolge eines zu geringen Gesamtpreises bei der Auftragsdurchführung in Schwierigkeiten gerät. Damit betrifft diese Fallgruppe das genaue Gegenteil dessen, was beim Ausschluss spekulativer Angebote verhindert werden soll, nämlich die Übervorteilung des Auftraggebers.

## **b) Mischkalkulation**

Öffentliche Auftraggeber haben grundsätzlich ein durch § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 41 Abs. 3 UVgO geschütztes Interesse daran, dass die Bieter die Preise in ihrem Angebot durchweg korrekt, d.h. wie im Leistungsverzeichnis beschrieben, angeben. Sie dürfen daher Angebote, die eine Mischkalkulation beinhalten, grundsätzlich vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn der Bieter sich bei seiner Preisbildung nicht an die Vorgaben des Auftraggebers hält und bei der Abrechnung der Leistungen überhöhte Forderungen drohen.<sup>13</sup>

Das sog. Verbot der Mischkalkulation hat die vergaberechtliche Rechtsprechung etabliert. Hiernach kann eine Preisbildung sanktioniert werden, wenn Bieter die Kosten, die bei einer bestimmten Position des Leistungsverzeichnisses anfallen, nicht dort ausweisen, sondern in anderen Positionen verpreisen. Der BGH hat hierzu u.a. festgestellt: „Ein Bieter, der in seinem Angebot Positionen des Leistungsverzeichnisses mit Preisen versieht, bei denen Teile des tatsächlich geforderten Entgelts nicht bei der jeweils ausgewiesenen Position erklärt werden, sondern in andere Positionen eingerechnet werden, ohne dass aus dem An-

gebot der tatsächlich geforderte Preis für die Leistung etwa infolge erläuternder Zusätze ersichtlich wird, gibt schon objektiv die geforderten Erklärungen nicht vollständig ab".<sup>14</sup>

Diese Rechtsprechung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Bieter insbesondere beim Einheitspreisvertrag die Zahlungspflichten des Auftraggebers durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipulieren kann. Bei einer Mischkalkulation nutzt der Bieter das Prinzip des Einheitspreisvertrages aus, 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 bei der Wertung dadurch kompensiert, dass er andere Positionen – vorzugsweise solche, bei denen gegebenenfalls Mindermengen zu erwarten sind – verbilligt. Die Einheitspreise, die der erfolgreiche Bieter angeboten hat, bilden nämlich die Grundlage für die Berechnung sowohl der Vergütung als auch einer ggf. nachträglich notwendig werdenden Preisanpassung (vgl. § 2 Nr. 3 VOB/B) sind.

Eine Mischkalkulation liegt jedoch nicht vor, wenn der Bieter sowohl den erhöhten als auch den herabgesetzten Preis tatsächlich für die ausgeschriebene Leistung abrechnen will, ohne dass er Preisbestandteile zwischen den einzelnen Positionen verschiebt. Dann kommt ein Ausschluss des Angebots, wie auch in dem vom BGH entschiedenen Fall, nicht in Betracht.

Dabei bestand immer Einigkeit, dass das Verbot der Mischkalkulation nicht dahingehend verstanden werden darf, dass dem Bieter Vorgaben dazu gemacht würden, was er bei einer Leistungsposition kalkulatorisch zu berücksichtigen hat. Wie er sein Angebot kalkuliert, bleibt vielmehr jedem Bieter selbst überlassen. Insbesondere kann auch nicht erwartet werden, dass vergleichbare Leistungen, etwa Leistungen in unterschiedlichen Losen, immer zum gleichen Preis angeboten werden. Die Kalkulation des Bieters kann vielmehr von einer Vielzahl auch unternehmensbezogener, wettbewerblich aber nicht zu beanstandender Umstände beeinflusst werden.<sup>15</sup>

## **5. Spekulation als neue Grenze der Kalkulationsfreiheit**

Jenseits dieser Ausschlussgründe setzt der BGH der Kalkulationsfreiheit in vergaberechtlicher Hinsicht mit seiner aktuellen Entscheidung rechtsfortbildend eine neue Grenze: die Spekulation.

Spekulation, abgeleitet vom lateinischen *speculari*, bedeutet spähen, beobachten, von einem erhöhten Standpunkt aus in die Ferne schauen. Darunter wird – laut Duden – eine auf bloßen Annahmen oder Mutmaßungen beruhende Erwartung verstanden. Im Bereich der Wirtschaft wird Spekulation angenommen, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer eine Sache oder ein Wertpapier kauft oder verkauft, weil er annimmt, dass diese bzw. dieses in absehbarer Zeit im Wert steigt oder sinkt, mit dem Ziel, einen wirtschaftlichen Gewinn zu realisieren. Das ist als solches nichts Verwerfliches, sondern Ausdruck ökonomischen Handelns. Gleichwohl suggeriert der Begriff Spekulation ein verwerfliches Handeln, was man abwertend im Sinne von Geschäftemacherei beschreiben kann. Das scheint, wie in der einschlägigen Entscheidung zum Ausdruck kommt, auch die Vorstellung des BGH zu sein, und soll dazu führen, dass ein Angebot nicht „zuschlagsfähig“ bzw. „ausschlussreif“ ist.

### **a) Notwendigkeit einer rechtlichen Grundlage für einen Angebotsausschluss**

Betrachtet man die erwähnten Ausschlussgründe der Unauskömmlichkeit und der Mischkalkulation, so ist festzustellen, dass sich der Auftraggeber, wenn er das Vorliegen der

entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen feststellt, hierbei auf gesetzlich normierte Ausschlussstatbestände stützen kann. Dies entspricht dem grundgesetzlichen Verständnis vom Vorbehalt des Gesetzes, wonach Eingriffe in Freiheitsrechte grundsätzlich einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen. Eine solche Ermächtigung für den Eingriff in die Kalkulationsfreiheit des Bieters gibt es jedoch für den Fall der Spekulation nicht.

Büdenbender: Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen (ZfBR 2020, 30)

33

Der BGH geht daher in seinem Urteil einen anderen Weg und erklärt einen Angebotsausschluss im Falle einer Verletzung nebenvertraglicher Pflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB für zulässig. Zwar ist anerkannt, dass mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zwischen diesem und den Unternehmen entsteht, die sich an dem Verfahren beteiligen. Hieraus wurde bislang – soweit ersichtlich – indes nur die Konsequenz gezogen, dass es einen Schadensersatzanspruch des Bieters begründen kann, wenn der Auftraggeber die vergaberechtlichen Regelungen nicht beachtet. Das vorvertragliche Schuldverhältnis verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zur Einhaltung des jeweils anwendbaren Vergaberechtsregimes.

Nun meint der BGH, auch der Bieter könne vorvertragliche Nebenpflichten verletzen, nämlich dann, wenn er ein spekulatives Angebot abgibt. Die Ansicht des BGH, der Bieter verhalte sich in einem solchen Fall vergaberechtswidrig, kann jedoch rechtlich nicht zutreffend sein.

Der Normadressat des Vergaberechts ist allein der öffentliche Auftraggeber. Folglich kann auch nur er sich vergaberechtswidrig verhalten.<sup>16</sup> Für die Unternehmen wirken sich die vergaberechtlichen Regelungen nur als Reflex aus. Sie können bei der Angebotserstellung Fehler machen, die zu einem Ausschluss ihrer Angebote führen können. Sie können aber nicht unmittelbar gegen das Vergaberecht verstoßen. In den vergaberechtlichen Regelungswerken gibt es eine Vielzahl von unternehmens- und angebotsbezogenen Ausschlussgründen. Ein Ausschlussgrund der Spekulation ist vergaberechtlich nicht normiert.<sup>17</sup> Insbesondere stellt die vermeintliche Missachtung von vorvertraglichen Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB als solche keinen vergaberechtlichen Ausschlussgrund dar. So wird aus der Entscheidung des BGH auch nicht völlig klar, ob der BGH mit dem Rücksichtnahmegebot überhaupt einen Ausschlussgrund im laufenden Vergabeverfahren schaffen will. Der BGH spricht allerdings, wie erwähnt, von der fehlenden Zuschlagsfähigkeit eines Angebots und der Ausschlussreife.

Auch wenn Bieter einer vorvertraglichen Pflichtenbindung unterliegen und es hierbei zu Nebenpflichtverletzungen gekommen ist, kann dies keinen Ausschluss des Angebots begründen, soweit durch das Verhalten des Bieters kein entsprechender Ausschlussstatbestand erfüllt ist.<sup>18</sup> In den bisherigen Entscheidungen vorvertraglicher Nebenpflichtverletzungen durch den Bieter ging es um Ansprüche des Auftraggebers nur auf der Ebene der Vertragsdurchführung nach Abschluss des Vergabeverfahrens. Das klassische Beispiel ist, ob der unterlassene Hinweis eines – letztlich beauftragten – Bieters auf einen Planungsmangel in den Ausschreibungsunterlagen eine Schadensersatzpflicht auslöst. Einer generellen Prüf- und Hinweispflicht des Bieters im Ausschreibungs- und Angebotsstadium erteilt die Rechtsprechung eine Absage. Denn der Bieter nimmt die Prüfung der Vergabe- und Vertragsunterlagen in Vorbereitung seines eigenen Angebots nur unter kalkulatorischen Aspekten vor. Etwas anderes soll nur gelten, wenn die Vergabeunterlagen evident

fehlerhaft und sie ersichtlich ungeeignet sind, das mit dem Vertrag verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>19</sup>

### **b) Konturenlosigkeit des Ausschlusskriteriums „Spekulation“**

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Begriff der Spekulation nicht um ein gesetzlich normiertes Tatbestandsmerkmal eines Ausschlussstatbestandes handelt, verwundert es nicht, dass auch nach dem Urteil des BGH unbestimmt und unkonturiert bleibt, wann entsprechende Sachverhalte vorliegen sollen, die einen Ausschluss rechtfertigen können.<sup>20</sup>

Nach den Feststellungen des BGH soll ein Auftraggeber nunmehr ein Angebot offenbar bereits dann ausschließen können, wenn er ein Szenario darstellen kann, bei dem dieses Angebot zu Kosten führt, welche „einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden“ kann. Das soll der Fall sein, wenn dem Auftraggeber „bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen“.

Im vorliegenden Fall hat der Bieter für die Eventualposition der verlängerten Gerüstvorhaltung das 2,4-fache der angebotenen wöchentlichen Kosten für die Vorhaltung während der vorgesehenen Bauzeit angeboten. Für die Feststellung einer unredlichen Ausnutzung des Leistungsverzeichnisses genügt dem BGH zudem eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Eventualpositionen überhaupt zum Tragen kommt. Weitere Tatsachenfeststellungen hält der BGH nicht für erforderlich.

Damit besteht eine erhebliche Unschärfe, die offen lässt, anhand welcher Kriterien die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Spekulation eigentlich gezogen werden könnte. Offen bleibt damit auch, wann eine Spekulation derart unredlich sein soll, dass diese einen Angebotsausschluss rechtfertigt.

Diese Problematik entsteht aus dem Umstand, dass im Rahmen eines Schadensersatzprozesses rechtsfortbildend ein Ausschlussgrund geschaffen wird, der bereits im Vergabeverfahren gelten soll. Immerhin erklärt der BGH den Ausschluss eines Angebotes für zulässig, ohne dass sich die darin enthaltene Kalkulation – wie bei den Entscheidungen zur sittenwidrigen Schädigung wegen überhöhter Mehrmengenpreise<sup>21</sup> – bereits zu Lasten des Auftraggebers niedergeschlagen hat. Allein die „relativ hohe Anfallwahrscheinlichkeit“ eines längeren Hochwassers und damit eines Umstands, der Mehrkosten auslösen kann, soll schon den Ausschluss des jeweiligen Angebotes erlauben.

### **c) Sittenwidrigkeit als Ausschlussgrund**

Während die Unauskömmlichkeit und die Mischkalkulation im laufenden Vergabeverfahren, namentlich im Rahmen der Angebotswertung, offenbar werden und im Ergebnis zu einem Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen, werden überhöhte Einheitspreise im Rahmen der Vertragsdurchführung sanktioniert, wenn sie sich als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB darstellen. Wird nach erfolgter Leistungserbringung vom Auftragnehmer die (überhöhte) Rechnung gestellt, erkennt der Auftraggeber erst im Zeitpunkt der Rechnungsprüfung eine mögliche Überhöhung einer

oder mehrerer Preispositionen aufgrund von Mehrmengen. Haben diese dann ein Ausmaß erreicht, in dem die Rechtsprechung Sittenwidrigkeit annimmt, kann dies im Ergebnis zur Nichtigkeit des Vertrages führen.

Zwar erscheint es denkbar, dass ein Angebot bereits im Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, weil die ihm zugrunde liegende Willenserklärung nach § 138 BGB unwirksam ist. Wenn die Voraussetzungen dieser Regelung vorliegen, liegt in der Tat ein nicht zuschlagsfähiges Angebot vor.

Was die Frage des Vorliegens sittenwidriger Einheitspreise anbelangt, decken sich die Ausführungen des für Vergaberecht zuständigen X. Zivilsenats des BGH jedoch nicht mit der Rechtsprechung des für Bausachen zuständigen VII. Zivilsenats. In dessen Rechtsprechung<sup>22</sup> ist anerkannt, dass die nach § 2 Abs. 3 VOB/B (Mengenänderungen) oder § 2 Abs. 5 VOB/B (geänderte Leistungen) zu bestimmende Vergütung anhand des für die jeweilige Position angebotenen Einheitspreises unzulässig ist, wenn dieser Einheitspreis in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Leistung steht. Der BGH nimmt eine wucherähnliche Auswirkung einer Preisänderungsvereinbarung nur dann an, wenn bei Anwendung eines objektiv überhöhten Einheitspreises bei der Preisfindung im Ergebnis objektiv auch ein außerordentlicher Gewinn vom Auftragnehmer erzielt werden würde. Selbst wenn eine einzelne Preisermittlungsregelung nach § 2 Nr. 3, 5 oder 6 VOB/B für sich genommen an dem Maßstab der Sittenwidrigkeit zu messen ist, kann von einer wucherähnlichen Auswirkung nur gesprochen werden, wenn der Werklohn insgesamt in nennenswerter Weise beeinflusst wird. Bei einer vermeintlichen Preisüberhöhung ist daher auf den letztlich vereinbarten Gesamtpreis des Vertrages abzustellen, der sich aus der Summe der abzurechnenden Positionspreise bildet.<sup>23</sup> Unter diesen Voraussetzungen besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers. In diesen Fällen betrug die vom Bieter verlangte Vergütung das 8-fache bzw. 22-fache des üblichen Preises. Kann der Bieter die Vermutung eines sittenwidrigen Gewinnstrebens entkräften, bleibt es ihm dennoch nach Treu und Glauben untersagt, sich auf den überhöhten Preis zu berufen. An die Stelle der Vereinbarung über die Vergütung soll die Vereinbarung treten, die Leistungen nach dem üblichen Preis zu vergüten. Somit ist eine unterschiedliche Beurteilung dieses Grundsatzes durch die verschiedenen Senate des BGH festzustellen.<sup>24</sup>

Eine Übertragung der Lösung des VII. Zivilsenats des BGH auf die vergaberechtliche Angebotsprüfung wäre nur denkbar, wenn nicht nur ein Einheitspreis erheblich über dem üblichen Preis für die geforderte Leistung liegt, sondern sich durch die Preisgestaltung auch das Gesamtpreisgefüge des Vertrages grundlegend ändert. Das dürfte im Stadium des Vergabeverfahrens jedoch kaum mit hinreichender Sicherheit festzustellen sein.

Hinzukommt, dass Voraussetzung der Sittenwidrigkeit die Unzumutbarkeit ist. Selbst wenn man eine Übertragung der auf der Vertragsdurchführungsebene geltenden Grundsätze auf die vergaberechtlich determinierte Ebene der Vertragsanbahnung annimmt, spricht manches dagegen, in der hier vorliegenden Konstellation eine Unzumutbarkeit für den Auftraggeber anzunehmen, ein solches Angebot überhaupt zu bezuschlagen. Der Auftraggeber selbst hat dem Bieter durch die Ausgestaltung der Ausschreibung mit Bedarfs- bzw. Eventualpositionen ermöglicht – oder ihn sogar geradezu animiert – ein gewinnbringendes Angebot zu kalkulieren. Bedarfspositionen dürfen nämlich gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A 2019 grundsätzlich nicht mehr in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. 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 wettbewerb-

lich korrekte Angebotswertung beeinträchtigt sein kann.<sup>25</sup> Nimmt der öffentliche Auftraggeber Bedarfspositionen dennoch in die Leistungsbeschreibung auf, kann der Vorwurf der vertragsrechtlichen Unzumutbarkeit und der vergaberechtlichen Unredlichkeit nicht allein darauf gestützt werden, dass ein Bieter solche Positionen mit vergleichsweise hohen Preisen anbietet. Immerhin bewegt sich der Bieter in dem Rahmen, den der Auftraggeber – mit entsprechenden Unwägbarkeiten zu Lasten der Bieter behaftet – für die Angebotserstellung gesteckt hat. Diesen verlässt der Bieter grundsätzlich nur, wenn sein Angebot ein zusätzliches unrechtsbegründendes Element – wie etwa im Falle der Mischkalkulation – beinhaltet.

## 6. Lösungsansätze

Kern des Problems ist die verbreitete und sicher auch nicht gänzlich zu vermeidende Praxis öffentlicher Auftraggeber, in ihren Leistungsverzeichnissen mit Bedarfs- bzw. Eventualpositionen zu arbeiten. Gerade der bedarfsweise Ansatz kann jedoch Gegenstand spekulativer Gewinnerwartungen des betreffenden Bieters sein.

Hängt die Beauftragung der betreffenden Leistungspositionen von Umständen ab, die von außen kommen (hier mögliche Hochwasserlagen) und die Ausführung der Leistung (hier die verlängerte Vorhaltung des Gerüsts) überhaupt erst erfordern, dann spricht vergaberechtlich nichts dagegen, zur Wertung der Angebote mit höheren Vordersätzen bei den betreffenden Eventualpositionen zu arbeiten.<sup>26</sup> Dabei kann dann die ggf. bestehende hohe Anfallwahrscheinlichkeit für die betreffende Position berücksichtigt werden. Denn die für Bedarfspositionen abgefragten und angegebenen Preise sind vom Auftraggeber grundsätzlich in die Angebotswertung einzustellen. Dies hat jedenfalls dann zu gelten, wenn ein Bedarf im Zeitpunkt der Angebotswertung weiterhin nicht voraussehbar ist und die Notwendigkeit einer Beschaffung auch bei sorgsamer Ausschöpfung der dem Auftraggeber bis dahin zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>27</sup> Berücksichtigt der öffentliche Auftraggeber auf diese Weise die Eventualposition bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit in angemessener Weise, nimmt er dem Bieter von vornherein den „Anreiz“, einen vergleichsweise hohen Preis anzubieten.

Büdenbender: Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen (ZfBR 2020, 30)

35 ▲  
▼

Darüber hinaus hat der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, das Leistungsverzeichnis im laufenden Vergabeverfahren zu korrigieren<sup>28</sup> und dieses zurückzusetzen, wenn er erkennt, dass aufgrund von Missverständnissen der Leistungsbeschreibung (hier der zu niedrig angegebenen Anfallwahrscheinlichkeit der Hochwasserlagen) die Preise nicht sachgerecht angeboten wurden. Zum einen ist ein öffentlicher Auftraggeber nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Er kann dieses vielmehr jederzeit aufheben, vorausgesetzt, dass dies diskriminierungsfrei und nicht willkürlich, gewissermaßen zum Schein, geschieht.<sup>29</sup> Zum anderen ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung allgemein eine Änderungsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers im laufenden Vergabeverfahren in Bezug auf alle Bestandteile der Vergabeunterlagen anerkannt. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gehindert, die ursprüngliche Ausschreibung zu ändern. Er ist vielmehr berechtigt, die Vergabeunterlagen im laufenden Vergabeverfahren zu ändern, sei es zur Korrektur von Vergaberechtsverstößen oder aus Gründen der Zweckmäßigkeit, sofern dies nur in einem transparenten Verfahren und diskriminierungsfrei geschieht.<sup>30</sup> Die Än-

derungsbefugnis des Auftraggebers bezieht sich auf alle Bestandteile der Vergabeunterlagen, so die Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien, Unterkriterien und Gewichtungen.<sup>31</sup> Ist dem Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung ein Fehler hinsichtlich der zu kalkulierenden Eintrittswahrscheinlichkeit unterlaufen und erkennt er im Rahmen der Angebotswertung, dass bei Eintritt der – im wohl verstandenen Sinne – spekulativen Annahmen durch den Bieter erhebliche Mehrkosten auf ihn zukommen können, sollte er nicht das spekulative Angebot ausschließen, sondern sein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis korrigieren. Sodann hat der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsöffnung zurückzusetzen. Dadurch ermöglicht er sämtlichen Bietern, ihr Angebot auf der Grundlage des nunmehr berichtigten Leistungsverzeichnisses erneut abzugeben.

Hätte der Auftraggeber im Streitfall beispielsweise die verlängerten Vorhaltezeiten des Gerüsts bei Hochwasser „pro Woche“ nicht mit dem Vordersatz „1“, sondern mit dem Vordersatz „3“ abgefragt, hätte der Bieter einen realistischen Einheitspreis für diese Position wählen müssen, weil er ansonsten die Wettbewerbsfähigkeit seines Angebotspreis torpediert hätte.

## 7. Fazit

Der neue Ausschlussgrund des spekulativen Angebots wird, sollte er sich in der vergaberechtlichen Praxis durchsetzen und in laufenden Vergabeverfahren angewandt werden, zu erheblicher Rechtsunsicherheit beitragen.

Das hängt zum einen mit der offenen Kontur seiner Voraussetzungen zusammen, die sich gerade nicht aus den vergaberechtlichen Regelungen, sondern aus der Einzelfallentscheidung des BGH ergeben.

Zum anderen betraf die Entscheidung von ihrer Konstellation her einen Schadensersatzanspruch eines unterlegenen Bieters, den dieser erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens geltend gemacht hat. In solchen Fällen könnte in der Tat die Annahme der Unwirksamkeit des Angebots nach § 138 BGB in Betracht kommen. Dann sollten aber die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit bei überhöhten Einheitspreisen entwickelt hat, synchronisiert werden. Das erscheint auch möglich, weil im Falle eines bereits erfolgten Vertragsschlusses in den meisten Fällen feststehen wird, ob es sich bei dem kritisierten Preis überhaupt um einen spekulativen Preis gehandelt hat, der – im Falle der Bezuschlagung – erhebliche Auswirkungen auf den Gesamtpreis gehabt hätte und daher dem § 138 BGB unterfällt. Im laufenden Vergabeverfahren wird dies nicht möglich sein.

Hat der Auftraggeber durch eine vergaberechtswidrige Leistungsbeschreibung Spekulationsmöglichkeiten eröffnet und erkannt, dass Bieter diese zum eigenen Vorteil nutzen wollen, gibt es im laufenden Vergabeverfahren die aufgezeigten Korrekturmöglichkeiten. So werden Rechtsunsicherheiten sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite hinsichtlich eines im Raum stehenden Angebotsausschlusses vermieden.

Ansonsten bleibt nur, die Konstellation einer spekulativen Angebotsgestaltung mit den Mitteln des Vertragsrechts einzudämmen. Hierzu hat die Rechtsprechung praktikable Korrekturmechanismen für den Fall des Vorliegens sittenwidrig überhöhter Einheitspreise entwickelt, die auch die öffentlichen Haushalte schützen.

---

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht und im Kölner Büro der Kanzlei Leinemann Partner Rechtsanwälte mbB tätig.

1 Vgl. Herrmann, VergR 2019, 57 ff., nach dessen Ansicht Auftraggeber sonst kein wirksames Mittel haben, spekulative Angebote auszuschließen.

2 LG Wuppertal, Urteil vom 10. 09. 2015, 7 O 390/14.  
3 OLG, Düsseldorf, Urteil vom 05. 10. 2016, 27 U 21/15.  
4 OLG Naumburg, Urteil vom 18. 08. 2017, 7 U 17/17; OLG Hamm, Urteil vom 06.  
08. 2015, U 130/12, 17.  
5 BGH, Beschluss vom 18. 05. 2004, X ZB 7/04, BGHZ 159, 186, 196.  
6 OLG Düsseldorf vom 22. 12. 2010, VII Verg 33/10; vgl. auch VK Bund, Beschluss  
von 28. 09. 2016, VK 2-91/16.  
7 BGH, Beschluss vom 31. 01. 2017, X ZB 10/16.  
8 BGH, Beschluss vom 31. 01. 2017, X ZB 10/16.  
9 Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl., 2016, Rn. 697 ff.  
10 Vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 21. 05. 2010, Verg 2/10, VergabeR  
2010, 992, 1008.  
11 Vgl. VK Bund, Beschluss vom 22. 11. 2017, VK 1-129/17.  
12 Vgl. aber auch OLG Koblenz, Beschluss vom 01. 01. 2018, Verg 3/17.  
13 Vgl. Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 60 Rn. 82 ff.  
14 BGH, Urteil vom 18. 05. 2004, X ZB 7/04.  
15 VK Bund, Beschluss vom 31. 07. 2017, VK2-68/17.  
16 Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16  
VOB/A 2016, Rn. 91: „Den Ausschlussgrund der Unanständigkeit, der Anstößig-  
keit oder der möglichen Übervorteilung sucht man vergeblich.“  
17 Vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, §  
16 VOB/A 2016, Rn. 91.  
18 Vgl. Friton, JurisPraxisReport-VergR 12/2018, der auf die unionsrechtliche Proble-  
matik bei Vergaben im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts hinweist.  
19 OLG Naumburg, Urteil vom 18. 08. 2017, 7 U 17 / 17.  
20 So auch Friton, JurisPraxisReport-VergR 12/2018.  
21 BGH, Urteil vom 14. 03. 2013, VII ZR 116/12.  
22 BGH, Urteil vom 14. 03. 2013, VII ZR 116/12; Urteil vom 07. 03. 2013, VII ZR  
68/10.  
23 OLG Celle, Urteil vom 05. 08. 2010, 16 U 11/10, zustimmend Bröker, ibr-online  
2010, 3416.  
24 So auch Geitel, Vergabeblog.de vom 29/10/2018, Nr. 38817.  
25 Vgl. Schraner in: Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 43 ff.  
26 Vgl. Franz, IBR 2018, 639, die unter Hinweis auf die Unbilligkeit einer Abwälzung  
des Planungsrisikos auf den Bieter eine Aufhebung und Neuausschreibung für  
geboten ansieht.  
27 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. 2. 2010, VII-Verg 36/09.  
28 VK Bund, Beschluss vom 13. 02. 2019, VK 2-118/18; Wagner in: Heier-  
mann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 57 VgV, Rn. 111,  
112.  
29 BGH, Urteil vom 18. 02. 2003, X ZB 43/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.  
11. 2010, VII-Verg 28/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. 10. 2013, Verg  
16/13.  
30 OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 12. 01. 2015, Verg 29/14 und vom 05. 01.  
2012, VII Verg 46/10; OLG München, Beschluss vom 04. 04. 2013, Verg 4/13;  
VK Bund, Beschluss vom 13. 02. 2019, VK 2-118/18.  
31 BGH, Beschluss vom 26. 09. 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom  
02. 05. 2018, Verg 3/18, Beschluss vom 21. 10. 2015, VII-Verg 28/14.