

## **GPA-Mitteilung Bau 3/2004**

**Az. 600.532**

01.12.2004

### **Vergabe von Bauleistungen auf unangemessen niedrige Preise, Kalkulationsfehler**

#### **1 Einführung**

Nach § 25 VOB/A erfolgt die Angebotswertung in folgenden **vier Wertungsstufen**, die im Vergabevermerk (§ 30 VOB/A) dokumentiert werden:

- Formale Prüfung der Angebote (§ 25 Nr. 1 VOB/A)
- Prüfung der Eignung der Bieter bzw. der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (§ 25 Nr. 2 VOB/A)
- Prüfung der Angemessenheit der Preise (§ 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A)
- Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A)

Die dritte Wertungsstufe bereitet den Vergabestellen Probleme, weil bei Bauleistungen, die jeweils als „individuelle Leistung“ ausgeschrieben werden - anders als beispielsweise bei der Beschaffung von Waren - meist objektive Vergleichsmaßstäbe für Preise bzw. für andere Angebote fehlen und die Preisbildung wesentlich auch von äußeren Einflüssen abhängt (z.B. von der allgemeinen Konjunkturlage).

Probleme bereitet den Vergabestellen insbesondere die Wertung von Angeboten mit auffallend niedrigen Preisen.<sup>1</sup> In solchen Fällen stellt sich für die Vergabestellen sowie für die beschließenden Gremien immer wieder die Frage, welchem Kriterium Priorität eingeräumt werden soll, der „Einsparungsmöglichkeit“ oder der „Qualität der Bauausführung“. Nach-

---

<sup>1</sup> Angebote mit unangemessen hohen Preisen scheiden in der Regel aus dem Wettbewerb aus oder sind ggf. der Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 c VOB/A.

stehend wird auf die **Problematik der sog. Unterkostenangebote** im Rahmen der Angebotswertung näher eingegangen.

## 2 Vergabebestimmungen

§ 2 Nr. 1 VOB/A

„**Bauleistungen sind an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Der Wettbewerb soll die Regel sein. Ungesunde Begleiterscheinungen, wie z.B. wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, sind zu bekämpfen**“.

§ 25 Nr. 3 VOB/A

„(1) **Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.**  
(2) **Erscheint ein Angebot unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist vom Bieter schriftlich Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.**“

Nach § 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A sind Bauleistungen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Dieser allgemeine Vergabegrundsatz wiederholt sich in § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A, wonach auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder **niedrigen Preis** der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Nach dem Wortlaut der VOB/A handelt es sich um zwingende Vergabebestimmungen. Gleichwohl lässt die derzeitige Rechtsprechung für die öffentlichen Auftraggeber erhebliche Ermessensspielräume bei der Angebotswertung zu (vgl. Abschn. 3 und 4).

Unter dem **Begriff „Preis“** versteht man die angebotene Gesamtvergütung. Die Vergabebestimmungen der VOB/A beziehen sich nicht auf die Einheitspreise einzelner Leistungsverzeichnis-(LV-)Positionen, sondern auf den **Endpreis** in einem Angebot (einhellige Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung).

**Beurteilungsmaßstab** ist nicht das Verhältnis eines Angebotspreises zum Angebotspreis eines nachrangigen Bieters (z.B. nicht die Preisdifferenz zwischen einem erst- und zweitplatzierten Bieter), sondern stets das **Verhältnis „Angebotspreis zur ausgeschriebenen Leis-**

tung“. Insofern sind auch größere Preisabstände innerhalb einer Bierrangfolge nicht entscheidungserheblich.

Die Bestimmungen des § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A gelten sowohl für die Unterschwellenwertvergaben als auch für die Vergaben ab den EG-Schwellenwerten, für Letztere allerdings mit folgender Besonderheit:

### **3 Aufklärungspflichten der Auftraggeber bei Unterkostenangeboten**

Zwischen dem EG-Vergaberecht und den Bestimmungen des § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A bestehen z.Z. noch Widersprüche. Nach den EG-Vergaberichtlinien ist der Auftraggeber verpflichtet, einem Bieter, bevor dessen Angebot wegen eines unauskömmlich niedrigen Preises ausgeschlossen werden soll, innerhalb einer angemessenen Frist zuvor stets Gelegenheit zu geben, die „Seriosität“ seiner Preise zu erläutern.

Dagegen besteht nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A eine **Prüfungs- /Aufklärungspflicht** nur dann, wenn nach vorliegenden Unterlagen die Angemessenheit der Preise nicht beurteilt werden kann. Insofern ist das EG-Vergaberecht durch den § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A nicht ganz konform in nationales Recht umgesetzt worden (vgl. dazu die ausführlichen Hinweise von Stolz in VergabeR 2002, 219). Bei EG-Ausschreibungen ist deshalb darauf zu achten, dass § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A insofern europarechtskonform gehandhabt wird, als stets eine Nachfrage durchgeführt wird.

Dessen ungeachtet wird aber auch bei den Unterschwellenwertvergaben dringend empfohlen, denjenigen Bietern, die Angebote mit auffallend niedrigen Angebotspreisen abgegeben haben, in Aufklärungsgesprächen stets Gelegenheit zur Erläuterung ihrer Kalkulation bzw. Preise zu geben, bevor solche Angebote angenommen oder ausgeschlossen werden. Die Praxis lässt auch eine andere Vorgehensweise kaum zu, weil allein aus den im Zeitpunkt des Eröffnungstermins vorliegenden Angebotsunterlagen (z.B. Kalkulationsblättern) grundsätzlich noch keine abschließende und gesicherte Preisbeurteilung möglich ist.

**Hilfsmittel für die Prüfung der Angemessenheit** der Preise sowie für Aufklärungsgespräche sind u.a.

- der Preisspiegel (Spiegelung der einzelnen Einheitspreise des LV)

- die Kommunalen Einheitlichen Formblätter KEFB Preis 1 und 2 (kalkulatorische Aufgliederung der Angebotssumme und wichtiger Einheitspreise),<sup>1</sup>
- die Originalkalkulation der Bieter,
- Preisvergleiche aus anderen inhaltsgleichen und möglichst auch zeitgleichen Vergaben und
- eigene Kostenanschläge der Verwaltung bzw. der beauftragten Architekten/Ingenieure (Vergleiche der Angebotssumme mit eigenen Kostenanschlägen haben aber nur dann eine Aussagekraft, wenn die **Kostenanschläge** mit großer Sorgfalt, vollständig und reell unter Berücksichtigung der augenblicklichen Konjunkturlage erstellt worden sind).

Erste Zweifel an der Angemessenheit eines Angebotspreises ergeben sich in der Regel dann, wenn die Angebotssumme eines erstplatzierten Bieters erheblich unter der Angebotssumme eines zweitplatzierten Mitbieters liegt (z.B. bei ca. 10 v.H. oder mehr je nach Höhe der Auftragssumme). Dann ist es grundsätzlich angezeigt, vertieft zu prüfen bzw. mit den betreffenden Bietern Aufklärungsgespräche zu führen (§§ 24 Nr. 1 und 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A). Dabei hat es sich bewährt, zunächst den **Preisspiegel** zu sichten und **auszuwerten**<sup>2</sup>.

Ergibt beispielsweise die Auswertung eines Preisspiegels, dass bei einem erstplatzierten Bieter die Preise bei einigen **gewichtigen LV-Positionen** augenfällig erheblich unter Wert kalkuliert bzw. angeboten worden sind, ohne dass bei den anderen LV-Positionen (z.B. bei der „Baustelleneinrichtung“) ein „Preisausgleich“<sup>3</sup> erkennbar ist, sind Aufklärungsgespräche zwingend notwendig. Dabei ist dem Bieter Gelegenheit zu geben, die Kalkulationsansätze der betreffenden unterkalkulierten LV-Positionen (ggf. aber auch aller LV-Positionen) einschließlich der LV-Position „Baustelleneinrichtung“ zu erläutern (z.B. Erläuterung der Einzellohnkosten einschließlich der kalkulierten Zeitansätze für die Arbeitskräfte und des Kalkulationsmittellohns, der Einzelstoffkosten, der Einzelgerätekosten, der Baustellengemeinkosten, der Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn).

---

<sup>1</sup> Siehe Teil III des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau -.

<sup>2</sup> Preisspiegel werden häufig nicht erstellt, sind aber regelmäßig Teil der Grundleistungen der Architekten/Ingenieure und für eine gründliche Wertung der Angebote unentbehrlich.

<sup>3</sup> Zum Thema „spekulative Preisgestaltungen“ in Angeboten vgl. die GPA-Mitt. Bau 1/1998 Az. 600.532; wegen der neueren BGH-Rechtsprechung wird hierzu noch eine gesonderte Mitteilung herausgegeben.

Sind danach die niedrigen Kalkulationsansätze noch (einigermaßen) **wettbewerlich begründet**, bestehen meist keine Bedenken, auch auf Unterkostenangebote Aufträge zu erteilen. Von einem unauskömmlichen Unterkostenangebot kann jedenfalls nicht schon dann gesprochen werden, wenn ein Bieter es unterlassen hat, in seiner Kalkulation verschiedene Kostenanteile (z.B. Abschreibungen, Verzinsungen, Teile der Allgemeinen Geschäftskosten oder Wagnis und Gewinn) nicht anzusetzen. Im Übrigen können beispielsweise auch sog. Minuspreise bei Bodenpositionen<sup>1</sup> durchaus wettbewerlich begründet sein.

Bei Aufklärungsgesprächen kann es sich aber auch herausstellen, dass ein Bieter bei seiner Kalkulation das LV nicht verstanden bzw. nicht richtig ausgelegt hat. Beispielsweise ist es gelegentlich der Fall, dass ein Bieter

- die Art einer LV-Position falsch verstanden hat (z.B. bei seiner Kalkulation von einer Zulageposition anstatt von einer Grundposition ausgegangen ist),
- die geforderte Bauleistung in einer LV-Position qualitativ unterschätzt hat (z.B. bei der Kalkulation vom Einbau einfacher Rinnen im Außenanlagenbereich ausgegangen ist, dabei aber übersehen hat, dass erheblich teurere befahrbare Rinnen für Feuerwehrzufahrten zu kalkulieren waren),
- eine LV-Position nicht richtig ausgelegt hat (z.B. bei der Kalkulation von einer bauseitigen Lieferung ausgegangen ist, nach dem LV aber eindeutig eine Bauleistung mit „Lieferung“ verlangt wird) oder
- in seiner Kalkulation wichtige Nebenleistungen i.S. der VOB/C vergessen hat (z.B. die Kalkulation eines teuren Traggerüstes, für das im LV keine besondere Position ausgewiesen war).

Wirken sich solche Missverständnisse oder ggf. auch Kalkulationsfehler erheblich auf die Angebotsendpreise aus bzw. werden diese dadurch letztlich unauskömmlich, wird die Wertung meist zu einem Angebotsausschluss führen.

Ferner kann sich in Aufklärungsgesprächen der Verdacht erhärten, dass ein Bieter - anstatt ein offenes transparentes Nebenangebot abzugeben - im Hauptangebot bewusst eine von der ausgeschriebenen Leistung abweichende (minderwertige) Leistung kalkuliert hat. In solchen Fällen besteht dann auch die weitere Vermutung, dass ein solcher Bieter von Anfang an die Ausführung einer anderen als der ausgeschriebenen Leistung geplant hat und ggf. eigenmächtig zu realisieren versucht (z.B. die Nichtausführung oder geänderte

---

<sup>1</sup> Z.B. bei Einbau gering belasteter Böden zur Ersparnis der Deponiekosten.

Ausführung eines ausgeschriebenen Verbaues, den Einbau von minderwertigem Auffüllmaterial oder die Ausführung einer nicht gleichwertigen Bauweise wie z.B. Bodenverkalzung statt Bodenaustausch). In solchen Fällen besteht natürlich immer auch der Verdacht, dass mit solchen Angeboten der Wettbewerb gezielt manipuliert werden sollte.

Die Entscheidung, ggf. ein Unterkostenangebot auszuschließen, verdichtet sich natürlich um so mehr in den Fällen, in denen ein Auftraggeber mit einem Bieter aufgrund früherer Aufträge (mit Unterkostenpreisen) bereits negative Erfahrungen gemacht hat.

Ohnehin lässt sich die dritte Wertungsstufe - angemessene Preise - nicht ganz von der zweiten Wertungsstufe - Eignungsprüfung - abkoppeln. Es ist nämlich denkbar, dass ein Bieter ein Unterkostenangebot nur deshalb unterbreiten konnte, weil er selbst keine Fachkräfte beschäftigt bzw. die Bauleistung ausschließlich mit „billigen Arbeitskräften“ ausführen lässt (z.B. durch Nachunternehmer oder Leiharbeiter). In diesem Fall stellt sich neben der Preisprüfung die weitere Frage, ob ein Bieter im konkreten Vergabefall überhaupt die Vergabekriterien „Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“ erfüllt.

Bei einer Beauftragung von Architekten/Ingenieuren mit den Leistungsbildern der HOAI (z.B. §§ 15, 55 oder 73 HOAI) ist es vorrangig deren Aufgabe, die Angemessenheit der Preise zu prüfen und ggf. hierüber Aussagen im Vergabevorschlag zu machen. Die Architekten und Ingenieure sind nach den vertraglich vereinbarten Leistungsbildern der HOAI in der Regel auch verpflichtet, Preisspiegel zu erstellen, auszuwerten und diese zusammen mit dem Vergabevorschlag zu übergeben.

#### **4 Schutzzweck der Vergabebestimmungen**

Nach einhelliger Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung dienen die Vergabebestimmungen in erster Linie dem **Schutz des Auftraggebers** (vgl. dazu die Entscheidungssammlung in der **Anlage 1**).

Bei Zuschlagserteilung auf ein Angebot mit einem unaustrücklichen Angebotsendpreis ist nämlich nicht auszuschließen, dass der Auftragnehmer die Leistungen nicht, nicht mängelfrei oder sonst nicht vertragsgemäß ausführt bzw. ausführen kann (z.B. Mindermengen einbaut, minderwertige Einbaumaterialien verwendet, verschiedene vertraglich geforderte Arbeitsgänge nicht vollständig erbringt, Termine nicht einhält, seinen Gewährleistungsverpflichtungen nicht nachkommt oder versucht, mit unberechtigten Nachtragsforderungen einen Niedrigpreis wieder auszugleichen). Deshalb schützt § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A den

Auftraggeber, dem bei seiner Entscheidung, ob er einem Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis den Zuschlag erteilen soll, ein Ermessenspielraum zugestanden werden muss.

Umstritten ist z.Z. noch die Frage, ob und inwieweit § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A zugleich auch **bieterschützenden Charakter** hat (vgl. dazu die teilweise widersprüchlichen Entscheidungen in der Anlage 1). Die Frage ist von praktischer Bedeutung, weil sich im Falle eines Bieterschutzes ein zweitplatzierter Bieter mit einem angemessenen Preis dann auch auf § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A berufen könnte, falls einem erstplatzierten Bieter mit einem unangemessen niedrigen Preis der Auftrag erteilt werden sollte. Der zweitplatzierte Bieter könnte dann wegen fehlerhafter Vergabe beispielsweise Schadensersatzansprüche nach den §§ 280, 311 BGB geltend machen oder bei EG-Ausschreibungen im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens i.S. der §§ 102 ff. GWB erfolgreich auf Zuschlagserteilung klagen.

Die GPA schließt sich der Auffassung einiger Vergabesenate an (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.06.2002, NZBau 2002, 627 bzw. die Leitsätze in Anlage 1), wonach bei Vorlage eines Unterkostenangebots ein zwingender Ausschlussgrund zum **Schutz der Mitbieter** nur dann gegeben ist, wenn zugleich § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A verletzt ist („Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen“). Dies ist dann der Fall, wenn der Angebotsendpreis **wettbewerbslich nicht mehr begründet ist**, d.h. wenn es sich hierbei eindeutig um sog. **marktverdrängende Dumping-Preise** handelt. Eine endgültig klarstellende Entscheidung des BGH (z.B. im Rahmen einer Vorlage nach § 124 Abs. 2 GWB) bleibt abzuwarten.

Ein Angebotsausschluss zum **Schutz des erstplatzierten Bieters** selbst kann nach § 242 BGB dann greifen, wenn sein Angebot mit **beachtlichen Kalkulationsfehlern** behaftet ist, die ursächlich zu einem Unterkostenangebot geführt haben (vgl. dazu noch Abschn. 5). Dies gilt insbesondere dann, wenn zu befürchten ist, dass der betr. Bieter im Auftragsfall in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät.

## 5 Kalkulationsfehler

Der Grund für einen unangemessen niedrigen Angebotsendpreis kann auch darin liegen, dass dieser mit Kalkulationsfehlern behaftet ist (vgl. dazu schon oben Abschn. 3).

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass es im Rahmen einer Angebotswertung nicht Aufgabe der Vergabestellen ist, die Angebote stets auch daraufhin zu überprüfen, ob sie evtl. Kalkulationsfehler enthalten. Solche Fehler gehen nämlich grundsätzlich zu Lasten der Bieter

bzw. Auftragnehmer. Kalkulationsfehler berechtigen Bieter nach den §§ 119 BGB auch nicht zur Anfechtung ihres Angebots, d.h. sie bleiben trotz fehlerhaftem Angebot zunächst an ihr Angebot gebunden. Nach Auftragserteilung geltend gemachte Kalkulationsfehler berechtigen den Auftragnehmer grundsätzlich nicht zu einer Preisanpassung oder Arbeitseinstellung.

Wenn aber schon im Zeitpunkt der Angebotswertung bzw. Preisauflärung (§§ 24 Nr. 1 und 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) vom Bieter Kalkulationsfehler geltend gemacht bzw. offen dargelegt und nachgewiesen werden, also der Auftraggeber frühzeitig Kenntnis von solchen Fehlern erlangt, besteht für ihn auch eine Pflicht zum redlichen Verhalten (§ 242 BGB). Da nach § 24 Nr. 3 VOB/A Preise nicht berichtigt werden dürfen, ist bei nachgewiesenen Kalkulationsfehlern folglich im Einzelfall stets abzuwägen, ob (ggf. einvernehmlich) ein Angebotsausschluss erfolgen soll oder eine Auftragserteilung auf das fehlerhafte Angebot die richtigere Entscheidung ist (evtl. dann verbunden mit dem Risiko, dass der Auftragnehmer nachträglich Preisanpassungen fordert oder mit den Bauarbeiten nicht beginnt). Dabei ist insbesondere zu differenzieren zwischen

- unbeachtlichen Kalkulationsfehlern und
- beachtlichen Kalkulationsfehlern.

Bei **unbeachtlichen Kalkulationsfehlern** könnte einem Bieter auf sein mit Fehlern behaftetes Angebot grundsätzlich auch zwangsweise der Auftrag erteilt werden. Dies wird insbesondere dann anzuraten sein, wenn der Angebotsendpreis trotz Fehler noch angemessen ist und wenn bei einem Aufklärungsgespräch der Eindruck entsteht, dass es dem betreffenden Bieter nur darum geht, seinen Angebotspreis nachträglich aufzubessern.

Wirkt sich ein Kalkulationsfehler dagegen **wesentlich (beachtlich)** auf die Angebotsendsumme aus (z.B. bei schwerwiegenden Kalkulationsfehlern in gewichtigen LV-Positionen), dann ist im Blick auf § 242 BGB grundsätzlich anzuraten, einen Bieter nicht zwangsweise an der Angebotsbindung festzuhalten, sondern ihn (ggf. einvernehmlich) von dieser Bindung zu befreien. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Angebotspreise unangemessen niedrig i.S. des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A sind und eine Auftragserteilung für den betreffenden Bieter unzumutbar wäre.

Dazu noch folgende Leitsätze aus dem **Urteil des BGH** vom 07.07.1998, ZfBR 1998, 302:

- Ein Kalkulationsirrtum berechtigt nach dem BGB nicht zur Anfechtung eines Angebots. Die Rechtsfolgen nach § 142 BGB treten nicht ein. Ein Bieter bleibt bis zum Ablauf der



Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden (§ 19 VOB/A). Das Kalkulationsrisiko trägt allein der Bieter.

- Ein Kalkulationsirrtum berechtigt auch dann nicht zur Anfechtung, wenn der Auftraggeber den Kalkulationsfehler hätte erkennen können, ohne dass er ihn positiv erkannt hat. Dann verbleibt es bei der genannten Risikoverteilung.
- Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn der Auftraggeber den Kalkulationsirrtum gekannt oder wenn er sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzogen hat. Dann kann den Auftraggeber unter dem **Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen** (culpa in contrahendo)<sup>1</sup> eine Verpflichtung treffen, den Bieter auf einen vom ihm, dem Auftraggeber, erkannten Kalkulationsfehler hinzuweisen (nähere Ausführungen hierzu wurden nicht gemacht).
- Ferner kann es eine **unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB)** darstellen, wenn der Auftraggeber ein Vertragsangebot annimmt, obwohl er wusste, dass das Angebot mit Fehlern behaftet ist. Allein die positive Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum genügt aber nicht für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung. Dies ist nur bei einem **Irrtum von einigem Gewicht** anzunehmen. Als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar wird man die Annahme eines fehlerhaft berechneten Angebots nur dann ansehen können, wenn die Vertragsdurchführung für den Auftragnehmer **schlechthin unzumutbar** ist.
- Ein Auftraggeber ist nicht gehalten, von sich aus zu klären, ob ein Kalkulationsfehler vorliegt oder nicht. Eine **Aufklärungspflicht** kann allenfalls dann bestehen, wenn sich der **Tatbestand des Kalkulationsirrtums** mit seinen unzumutbaren Folgen für den Bieter aus dem Angebot des Bieters (selbst) oder aus dem Vergleich zu den weiteren Angeboten oder aus den dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen **geradezu aufdrängt**.

Weitere Rechtsprechungshinweise siehe **Anlage 2**.

Abt. 6/60

---

<sup>1</sup> Vgl. jetzt §§ 280, 311 BGB n.F. ab 01.01.2002.

**Anlage 1**  
**zur GPA-Mitteilung Bau 3/2004**

## **Angemessenheit der Preise**

### **Leitsätze aus Entscheidungen der Vergabekammern und -senate**

Ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo kommt nur in Betracht, wenn im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zwingende Vergaberegeln der VOB/A verletzt wurden, bei deren Einhaltung der Bauvertrag mit dem übergangenen Bieter zustande gekommen wäre. Dem Auftraggeber ist aber eine verfahrensfehlerhafte Vergabeentscheidung nicht anzulasten. Der Angebotspreis der Klägerin ist unangemessen niedrig. Die Klägerin hatte bei **wichtigen Positionen** (z.B. Verblendarbeiten, -mauerwerk oder Kalksandsteinmauerwerk) um 25 bis 44 % niedrigere Preise als der zweitplatzierte Bieter angeboten. Das Angebot der Klägerin lag im Ergebnis zwar nur knapp 7 % unter dem Angebotspreis des nächstgünstigen Bieters, dennoch war der Angebotspreis unangemessen niedrig.

**OLG Köln, Urt. v. 29.04.1997, BauR 1998, 118**

**Anmerkung:** Die Entscheidung ist eine typische Einzelfallentscheidung, die im Ergebnis ausnahmsweise zutreffend sein mag. Sie ist aber im Schrifttum heftig kritisiert worden mit dem Hinweis, dass grundsätzlich der Angebotsendpreis maßgebend ist und nicht die Unauskömmlichkeit der Preise bei einigen Positionen.

Ein beträchtlicher Preisabstand zwischen dem günstigsten Angebot und den nachfolgenden Angeboten stellt für sich allein noch kein Merkmal für ein unangemessen niedriges Angebot dar. Ein Niedrigpreis kann **wettbewerbslich begründet** sein. Beispiel:

- Verzicht auf Kostendeckung aus Gründen der Kapazitätsauslastung
- Verschaffen von Marktzugang

Auf den Gesichtspunkt der Angemessenheit oder gar Auskömmlichkeit kommt es bei der Ermittlung von zulässigen Wettbewerbspreisen nicht an. Eine wettbewerbslich begründete zulässige Preisbildung wird bei einem Niedrigpreisangebot nur in folgenden Fällen verlassen:

- Gezieltes und planmäßiges Verdrängen von Wettbewerbern
- Angebote, die auf Kalkulationsirrtümern beruhen
- Angebote ohne ernsthafte Absicht, den Auftrag erhalten zu wollen.

**VÜA Bund, Beschl. v. 14.04.1998, Vergaberechts-Report 8/98**

Bieter haben gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass auf Angebote, deren Endpreis in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht, der Zuschlag nicht erteilt wird. Ein offenes Missverhältnis liegt nicht vor, wenn sich in einem Wirtschaftsbereich (hier: Vergärung anfallender Bio-Abfälle) noch kein fester Marktpreis gebildet hat und verschiedene Techniken und Betriebsabläufe angewandt werden. Auf dem Markt der Bio-Abfallver-

wertung gibt es einen **schnellen Preisverfall**.

**OLG Celle, Beschl. v. 30.04.1999, BauR 2000, 405 = NZBau 2000, 105**

**Anmerkung:** Der Begriff „offenbares Missverhältnis“ wurde seit der VOB/A-Ausgabe 2000 ersetzt durch den Begriff „unangemessen hohe oder niedrige Preise“.

Bei der Beurteilung, wann ein Angebot als im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A anzusehen ist, ist **nicht der Preisabstand zum nächsthöheren Angebot** maßgebend. Um nicht einem Kartell zum Erfolg zu verhelfen, ist vielmehr festzustellen, ob es sich bei dem Niedrigpreis um einen Wettbewerbspreis handelt. Das ist der Fall, wenn der Preis Ausdruck der konkreten, betriebsindividuellen Verhältnisse und gleichzeitig Reaktion auf die Situation des Wettbewerbsumfelds ist. Auf die Gesichtspunkte der Angemessenheit oder Auskömmlichkeit kommt es dagegen prinzipiell nicht an, zumal die Vorschrift des § 25 Nr. 2 VOL/A ausweislich ihres Absatzes 3 gerade auch den Schutz des Preiswettbewerbs bezweckt.

**BkartA (Vergabekammer A), Beschl. v. 30.06.1999, NZBau 2000, 165**

Die Vergabebestimmung des § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A hat **bieterschützenden Charakter**. Ein offenbares Missverhältnis zwischen Preis und Leistung ist nur dann anzunehmen, wenn die erhebliche Abweichung vom angemessenen Preis ohne weiteres ins Auge fällt, wobei immer nur der Gesamtpreis, nicht aber die Einzelpreise maßgeblich sind. Diese Voraussetzungen sind bei der hier vorliegenden **Abweichung um ca. 20 v.H.** in der Regel nicht gegeben.

**OLG Jena, Beschl. v. 22.12.1999, NZBau 2000, 349**

Bei der Beurteilung eines Niedrigpreises ist hinsichtlich seiner Angemessenheit i.S. des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A allein darauf abzustellen, ob der Niedrigpreis **wettbewerbslich begründet** ist. Maßgeblich ist das konkrete Verhältnis zwischen Preis und angeordneter Leistung, nicht das Verhältnis des günstigsten Angebots zu den Angebotspreisen der Wettbewerber. Auch Unterkostenpreise können in zulässiger Weise wettbewerbslich begründet sein. Dies ist u.a. der Fall, wenn ein **Newcomer**, der sich durch Preiszugeständnisse Zugang zu einem Markt verschaffen kann, ein unterkalkuliertes Angebot macht. Lediglich eine gezielte und planmäßige Verdrängung von Wettbewerbern ist unzulässig.

**BkartA (2. Vergabekammer des Bundes), Beschl. v. 07.09.2000, NZBau 2001, 167 = Vergaberechts-Report 10/2000, 2 =IBR 2000, 588**

Die Bestimmungen des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A haben grundsätzlich keinen bieterschützenden Charakter. Sie dienen in erster Linie dem **Schutz des Auftraggebers**. Dies bedeutet, dass in einem Vergabenachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB sich ein zweitplatzierter Bieter grundsätzlich nicht darauf berufen kann, dass das Unterangebot des erstplatzierten Bieters hätte ausgeschlossen werden müssen. **Bieterschützenden Charakter** haben aber die Bestimmungen des § 2 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A, wonach der Auftraggeber verpflichtet ist, ungesunde Begleiterscheinungen im Wettbewerb zu bekämpfen (**z.B. auch marktverdrängende Dumping-Preise**).

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2000, VergabeR 2001, 128 = NZBau 2002, 112; vgl. dazu aber insbesondere die widersprüchlichen Entscheidungen von OLG Celle, NZBau 2000, 105 und BayObLG, VergabeR 2001, 65).**

Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Angebotspreis und Leistung i.S. von § 25 VOL/A ergibt sich nicht schon daraus, dass das günstigste Angebot 14% unter dem zweitgünstigsten liegt. Hinzukommen müssen Anhaltspunkte dafür, dass der Niedrigpreis nicht **wettbewerblich** begründet ist.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2001, NVwZ 2000, 714**

Der öffentliche Auftraggeber kann sog. Unterkostenpreise akzeptieren, wenn der Bieter zu diesen Preisen zuverlässig liefern kann. Voraussetzung für einen Angebotsausschluss ist nicht nur ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, sondern es muss darüber hinaus zu erwarten sein, dass der Auftragnehmer deswegen in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführen kann.

**KG Berlin, Beschl. v. 07.11.2001, VergabeR 2002, 95**

Bei der Feststellung, ob ein sog. Unterangebot vorliegt, ist grundsätzlich auf den **Endpreis** abzustellen, auf Einzelpositionen ausnahmsweise nur dann, wenn diese einen gewichtigen Teil des Gesamtangebots ausmachen.

**OLG Celle, Beschl. v. 08.11.2001, VergabeR 2002, 176**

§ 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A hat lediglich insoweit bieterschützenden Charakter, als Niedrigangebote vom Auftraggeber nicht nur zum Selbstschutz, sondern auch im Blick auf seine weitere Verpflichtung aus § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen im Wettbewerb zu bekämpfen, unterbunden werden müssen. Dazu gehören Angebote unter Einstandspreis, die in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere Mitbewerber vom **Markt ganz verdrängt werden**. Ferner sind dazu Unterkostenangebote zu rechnen, deren Ausführung den Bieter selbst in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** bringen wird, sodass der Auftrag nicht durchgeführt werden kann.

Im konkreten Urteilsfall waren weder Marktverdrängungsabsichten noch wirtschaftliche Schwierigkeiten erkennbar.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.06.2002, NZBau 2002, 627 = baurecht aktuell 2002, 1754**

Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Unterangebots waren nicht ersichtlich. Ein Preisabstand von 21,35 v.H. zwischen dem niedrigsten und dem nachfolgenden Angebot ist für sich genommen kein hinreichendes Merkmal dafür, dass der niedrige Preis auch im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig ist. Hinzu kommen müssen vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass der Niedrigpreis **wettbewerblich** nicht **begründet** ist.

**BayObLG, Beschl. v. 03.07.2002, Vergaberecht-Report 2002, 2 = VergabeR 2002, 637**

Erfolgt die Fertigung der Ausschreibungsgegenstände in einem Land, in dem die Kosten einer industriellen Fertigung deutlich unter inländischem Niveau liegen, kann nicht von einem Unterkostenangebot i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOL/A ausgegangen werden, auch nicht bei einer Preisdifferenz von ca. 30 v.H.; Marktverdrängungsabsichten waren nicht erkennbar.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.09.2002, Monatsinfo 10/2002, Anlage 2**

Die Möglichkeit, unangemessen niedrige Angebote zu übergehen, soll dem **Schutz des Auftraggebers** dienen, da bei einem Angebot mit einem unausträglichem Preis die Gefahr besteht, dass der Bieter entweder in qualitativ schlechte oder in unberechtigte Nach-

forderungen auszuweichen versucht. Die Regelung dient dagegen nicht dem Schutz der Mitbewerber.

Dieser Schutzzweck ist aber nur berührt, wenn das Gesamtangebot so niedrig erscheint, dass es den Bieter in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** bringen könnte; er ist dagegen nicht berührt, wenn das Gesamtangebot - ungeachtet einzelner niedriger Einheitspreise - nur um wenig unter dem zweitgünstigsten Angebot und deutlich über der Kostenschätzung der Vergabestelle liegt. Es ist daher richtig, bei der Beurteilung eines Angebots nach § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A auf das **Gesamtangebot** abzustellen, nicht auf Einzelpositionen.

**BayObLG, Beschl. v. 12.09.2000, VergabeR 2001, 65; vgl. ferner VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 13.02.2001, ZfBR 2002, 414**

Der Senat weist ferner darauf hin, dass es bei wettbewerbskonformer Auslegung von § 25 Nr. 3 VOB/A nicht bereits deshalb zum Ausschluss eines Bieters kommen darf, weil sein Angebot nicht „auskömmlich“ ist. Nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen reicht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung nicht aus, den Zuschlag zu versagen. Es muss darüber hinaus zu erwarten sein, dass der Bieter wegen dieses Missverhältnisses in so große wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, dass er den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführen könnte.

**KG Berlin, Beschl. v. 22.08.2001, BauR 2001, 392; vgl. ferner KG Berlin, Beschl. v. 07.11.2001, VergabeR 2002, 96**

Ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung ist anzunehmen, wenn der Preis von den Erfahrungswerten **wettbewerblicher Preisbildung** so grob abweicht, dass dieses sofort ins Auge fällt. Es ist nicht auf einzelne Positionen, sondern auf den Gesamtpreis abzustellen. Das Missverhältnis ist anzunehmen, wenn der Preis eine eindeutige Unterbietung ist. Wer daher objektiv erkennbar mit dem von ihm für die Leistung geforderten Preis nicht auskommen kann, ist ungeeignet. Im konkreten Falle hat der Bieter nachvollziehbar erklärt, sein Angebot sei so niedrig, weil er überschüssige Kapazitäten nutzen könne.

**OLG Rostock, Beschl. v. 10.05.2000, NZBau 2001, 285**

Bei der Prüfung eines unangemessen niedrigen Angebots ist auf die Angebote der anderen Bieter im laufenden Vergabeverfahren abzustellen. Der Auftraggeber ist aufgrund einer Abweichung von mehr als 10 v.H. zum nächsten preiswerten Bieter gehalten, die Unangemessenheit aufzuklären. Der Bieter muss das Aufklärungsverlangen mit sachlichen Gründen beantworten können. Allgemeine Aussagen zur Auftragslage ersetzen dies nicht. Die Prüfung, ob das Angebot eines Bieters unangemessen niedrig i.S. des § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A ist, muss auf sachgerechte Weise erfolgen. Nicht sachgerecht ist der Vergleich der Angebotsendsumme des Bieters aus dem laufenden Vergabeverfahren mit der Angebotssumme eines anderen Bieters bei einem anderen, angeblich gleichartigen Vergabeverfahren.

§ 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A ist **bieterschützend** i.S. des § 97 Abs. 7 GWB.

**VK Sachsen, Beschl. v. 26.07.2001, ZfBR 2002, 91**

Die Vorschrift des § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A dient in erster Linie dazu, spätere Schäden beim Auftraggeber zu vermeiden und keinesfalls den unauskömmlich bietenden Bieter zu schützen (so auch BGH, Urt. v. 04.10.1979, NJW 1980, 180). Der BGH führte hierzu aus, dass sich der Auftraggeber für den Fall einer Fehlkalkulation nicht auf § 242 BGB berufen könne. Die Vorschrift sei zum Schutz des Auftraggebers vorgesehen, sie schütze nicht den Bieter

„vor sich selbst“. Über die anderen Wettbewerbsteilnehmer ist damit jedoch noch keine Aussage getroffen. Es ist davon auszugehen, dass ein unangemessen niedrig kalkuliertes Angebot wettbewerbswidrig ist und ausgeschlossen werden muss. Für die weiteren Teilnehmer muss es die Möglichkeit geben, dies im Nachprüfungsverfahren zu beanstanden.  
**VK Sachsen, Beschl. v. 28.05.2001, ZfBR 2002, 414**

**Anlage 2**  
**zur GPA-Mitteilung Bau 3/2004**

**Kalkulationsfehler**

**Leitsätze aus Entscheidungen**

**Sachverhalt:** Eine Stadt schrieb Fliesenarbeiten aus. Die Angebotssumme des erstplatzierten Bieters betrug rd. 494.000 DM (die Angebotssumme des zweitplatzierten Bieters betrug rd. 583.000 DM). Vor Zuschlagserteilung teilte der erstplatzierte Bieter mit, dass ihm bei der Kalkulation des Hilfsarbeiterlohns ein Fehler unterlaufen sei. Der Tariflohn müsste 15,02 DM statt 10,02 DM betragen. Der gesamte kalkulatorische Verlust würde rund 65.000 DM betragen. Die Stadt hatte diesen Kalkulationsfehler nicht beachtet bzw. das mit Fehlern behaftete Angebot in Auftrag gegeben. Nachdem die Firma mit den Bauarbeiten nicht begonnen hatte, folgte eine Kündigung und eine Nachbeauftragung an den seinerzeit zweitplatzierten Bieter. Die Stadt verlangte von dem gekündigten Auftragnehmer Schadensersatz nach § 8 Nr. 3 VOB/B (Ersatz der Mehrkosten).

**Entscheidung:** Dem Auftraggeber stehen Schadensersatzansprüche nicht zu. Es widerspricht dem vom Auftraggeber zu fordernden redlichen Verhalten (§ 242 BGB), den erstplatzierten Bieter an einem erkannten fehlerhaften Angebot festzuhalten und ihm den Zuschlag zu erteilen. Der Auftraggeber darf den Bieter nicht zur Durchführung des Auftrags zu einem auf einer Fehlkalkulation beruhenden Niedrigpreis zwingen.

**OLG Köln, Urt. v. 25.11.1982, NJW 85, 1475**

**Leitsätze:** Kalkulationsfehler berechtigen nicht zur Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB. Das Risiko einer Fehlkalkulation verbleibt beim Anbieter. Dem Bieter stehen auch keine Schadensersatzansprüche zu. Solche Ansprüche setzen entweder positive Kenntnis des Auftraggebers von dem Kalkulationsfehler voraus oder verlangen besonders auffällige Kalkulationsfehler.

**OLG Köln, Urt. v. 06.07.1994, BauR 95, 98**

**Leitsätze:** Das Risiko einer Fehlkalkulation trifft grundsätzlich den Anbieter. Der Anbieter kann sich daher nicht darauf berufen, dass sein Angebot nach § 25 VOB/A hätte ausgeschieden werden müssen. Ein Auftraggeber, der einen Kalkulationsfehler des Anbieters vor Vertragsabschluss (tatsächlich) erkennt, muss ihn aber darauf hinweisen. Er darf sonst den Auftragnehmer gemäß § 242 BGB nicht am Vertrag festhalten.

**BGH, Urt. v. 04.10.1979, VKBl. 80, 32**

**Sachverhalt:** Ein Staatliches Hochbauamt schrieb Rohbauarbeiten aus. Bieterfolge:

Bieter A	116.000 DM
Bieter B	143.000 DM
Bieter C	147.000 DM.

Der Bieter A wurde beauftragt. Nach Vertragsabschluss machte der Auftragnehmer Kalkulationsfehler geltend und verweigerte die Bauausführung. Es kam zur Kündigung und zur Beauftragung des seinerzeit zweitplatzierten Bieters B. Der Auftraggeber forderte vom gekündigten Auftragnehmer Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten (Differenz zum zweitplatzierten Bieter B). Der gekündigte Auftragnehmer hält dem entgegen, dass der Auftraggeber das Angebot gemäß § 25 VOB/A wegen unauskömmlich niedriger Preise hätte überhaupt nicht annehmen bzw. von der Wertung ausschließen müssen.

**Entscheidung:** „Ein offenkundiges Missverhältnis“ zwischen Preis und Leistung ist nur dann gegeben, wenn das grobe Abweichen sofort **ins Auge fällt**. Der Kostenanschlag des Staatlichen Hochbauamts betrug rund 126.000 DM. Preisunterschiede zwischen 116.000 DM bis 143.000 DM sind keineswegs ungewöhnlich. Dem Schadensersatzanspruch des Klägers steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht entgegen.

**BGH, Urf. v. 21.10.1976, BauR 77, 52**

**Leitsatz:** Die Klausel in Allgemeinen Vertragsbestimmungen eines Bauträgers, „der Einwand eines Preis- oder Kalkulationsirrtums seitens des Auftragnehmers ist ausgeschlossen“, benachteiligt die Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

**BGH, Urf. v. 28.04.1983, NJW 83, 1671**

**Sachverhalt:** Ein Staatliches Bauamt schrieb im Jahr 1993 Tischlerarbeiten aus. Bieterfolge.

Bieter A	305.000 DM
Bieter B	312.000 DM
Bieter C	349.000 DM
Bieter D	405.000 DM
Bieter E	476.000 DM

Nach dem Eröffnungstermin (28.04.1993) teilte der Bieter A dem Auftraggeber Folgendes mit: „**Wir müssen Ihnen zu unserem Bedauern mitteilen, dass bei der Kalkulation des Angebots die Transport- und Montagekosten irrtümlich nicht eingerechnet wurden.**“

Der Bieter B hatte einen Kalkulationsfehler überzeugend nachgewiesen. Der Bieter C fiel in Konkurs. Der Auftraggeber erteilte am 13.05.1993 dem Bieter A den Auftrag mit dem Hinweis, dass der geltend gemachte Kalkulationsirrtum unbeachtlich und auch nicht zu erkennen sei. Nachdem der Bieter A mit den Arbeiten nicht fristgerecht begonnen hatte, wurde der Auftrag gekündigt. Er wurde an Dritte freihändig erneut vergeben. Die Mehrkosten wurden bei Bieter A eingeklagt (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B).

**Entscheidung:** Der Auftraggeber hatte keine Kenntnis von den Kalkulationsfehlern. Das Schreiben des Bieters vom 28.04.1993 enthielt lediglich den Hinweis, dass Transport- und Montagekosten nicht enthalten seien. Eine solche Darlegung reicht nicht aus. Der Auftraggeber hat sich auch einer weiteren Aufklärung nicht treuwidrig verschlossen. Allein aus dem Schreiben des Bieters vom 28.04.1993 erwuchs keine Pflicht des Auftraggebers, der Sache nachzugehen. Eine solche Pflicht ergab sich auch nicht wegen der Streuung der Angebote. Eine breite Streuung ist bei Ausschreibungen nichts Ungewöhnliches.



Auch aus dem Umstand, dass der Bieter B seinerzeit beim Auftraggeber vorgesprochen und einen Kalkulationsfehler überzeugend dargelegt hatte, ergibt sich keine Aufklärungspflicht des Auftraggebers gegenüber dem Bieter A. Aus dem nachgewiesenen Kalkulationsfehler des Bieters B ergab sich nicht die Wahrscheinlichkeit, dass auch dem Bieter A ein Fehler unterlaufen sein muss.

Auch der Umstand, dass der Auftraggeber die Auftragssumme selbst auf rund 350.000 DM geschätzt hatte, lässt keinen Rückschluss dahingehend zu, ob ein von der Schätzung abweichendes Angebot fehlerhaft kalkuliert ist (Schätzungen dienen nur der Bereitstellung ausreichender Mittel im Haushalt).

Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden. Das Berufungsgericht hatte vor allem zu prüfen, in welcher Höhe der vom Auftraggeber geltend gemachte Schadensersatzanspruch gerechtfertigt ist, insbesondere ob der Auftraggeber bei der Vergabe seiner Schadensminderungspflicht aus § 254 BGB nachgekommen ist.

**BGH, Urt. v. 07.07.1998, ZfBR 98, 302 = BauR aktuell 10/98, 1089 = NJW 98, 3192**

**Sachverhalt:** Bei der Ausschreibung einer Autobahnbrücke behauptete der erstplatzierte Bieter, er habe in der Pos. 18 aufgrund eines Kalkulationsfehlers 1,7 Mio. DM zu wenig eingesetzt und außerdem eine Lohnerhöhung nicht berücksichtigt, die preislich 840.000 DM ausmacht. Die vom Bauamt verlangten näheren Angaben wolle er aber nur machen, wenn er zu dem „berichtigten Preis“ den Zuschlag erhalte. Daraufhin erteilte das Amt den Auftrag auf das fehlerhafte Angebot, setzte eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung, entzog den Auftrag nach § 8 VOB/B und verklagte den Auftragnehmer auf Schadensersatz (2,7 Mio. DM Mehrkosten bzw. Differenz zum zweitplatzierten Bieter).

**Entscheidung:** Das OLG bejahte eine Erstattung der Mehrkosten. Eine Anfechtung wegen **Kalkulationsfehlers** ist nicht möglich. Auch § 242 BGB greift hier nicht (z.B. unzulässige Rechtsausübung). Diese setzt u.a. positive Kenntnis des Auftraggebers von den Kalkulationsfehlern voraus. Dies kann hier schon deshalb nicht angenommen werden, weil dem Auftraggeber keine Unterlagen zur Überprüfung zur Verfügung gestanden haben und die Pos. 18 im Vergleich zu anderen Angeboten nicht unangemessen niedrig erschien. Im Übrigen ist der Unterschied im Gesamtpreis nicht so groß, dass man von einer unzumutbaren Härte sprechen kann.

**OLG Nürnberg, Urt. v. 30.05.1996, NJW-RR 98,595 = IBR 1998, 284**

**Anmerkung:** Der Gesamtpreis war aus den Informationen nicht zu entnehmen. Dem Urteil ist aber nach dem vorliegenden Sachverhalt zuzustimmen. Dem erstplatzierten Bieter ging es offenbar nur darum, sein Angebot nach der Submission noch aufzubessern.