

Rundbrief 8 – Dezember2014**Zur Behandlung eines Kalkulationsirrtums im Vergabeverfahren**

Es stellt sich häufiger die Frage, ob der Unternehmer, der sich als Bieter an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt hat und dann auch den Zuschlag erhält, die Durchführung der beauftragten Arbeiten verweigern darf mit dem Hinweis, er habe sich bei Abgabe des Angebots verkalkuliert; oder setzt er sich in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch auf die „Mehrkosten“ aus, die der öffentliche Auftraggeber als zusätzliche Vergütung an den dann beauftragten Unternehmer zahlen muss, der für die entsprechende Werkleistung dann diese höhere Vergütung fordert.

Generell gilt:

1. *Eine fehlerhafte Kalkulation liegt im Risikobereich des Bieters. Grundsätzlich hat daher der Bieter das Risiko seiner Fehlkalkulation selbst zu tragen (BGH Urt. v. 07.07.1998, X ZR 17/97; NJW 1998, 3192).*
2. *Der Auftraggeber ist während des Ausschreibungsverfahrens nicht verpflichtet, ohne offenbare Anhaltspunkte in den abgegebenen Angeboten diese auf etwaige Kalkulationsfehler zu überprüfen oder weitere Ermittlungen anzustellen.*
3. *Eine Pflicht zur Aufklärung besteht **aber dann**, wenn sich der Tatbestand des Kalkulationsirrtums mit seinen **unzumutbaren Folgen für den Bieter***
 - *aus dem Angebot des Bieters*
 - *oder aus dem Vergleich zu den weiteren Angeboten*
 - *oder aus den dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen geradezu aufdrängt. In einem solchen Ausnahmefall ist es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gerechtfertigt, den Auftraggeber entgegen eigenen Interessen als verpflichtet anzusehen, an der Aufklärung eines Kalkulationsfehlers eines Bieters mitzuwirken.*
4. *Wenn das Ausmaß des Kalkulationsirrtums von einigem Gewicht ist, ist es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar die Annahme des fehlerhaft berechneten Angebots anzunehmen, wenn die Vertragsdurchführung für den Erklärenden schlechthin unzumutbar ist, etwa weil er dadurch in erhebliche Schwierigkeit geriete.*
5. *Die Kenntnis des Erklärungsempfängers muss sich auf diese Umstände im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beziehen.*

Das OLG Celle Urt. v. 20.02.2014 hat dies nochmals bestätigt. Das gegen diese Entscheidung des OLG Celle Rechtsmittel hat der BGH durch Urteil v. 11.11.2014 – X ZR 32/14 zurückgewiesen.

In der Begründung führt der BGH aus, der öffentliche Auftraggeber gegen die ihm durch § 241 Abs. 2 BGB auferlegte Rücksichtnahmepflichten verstößt, wenn er den Bieter an der Ausführung des Auftrags zu einem Preis festhalten will, wenn vom Bieter aus der Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht mehr erwartet werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als eine noch annähernd äquivalenten Gegenleistung zu begnügen.

Im zu entscheidenden Fall hatte er Bieter nach der Submission, da er einen wesentlich geringeren Preis für die ausgeschriebenen Leistungen als die anderen Bieter geboten hatte, seine Kalkulation nochmals überprüft **und** unmittelbar danach den Auftraggeber auf den Kalkulationsirrtum hingewiesen, der erheblich war – **nur 1/6 des üblichen Preises zur Pos. 0.2.9. des LV. Das Gesamtangebot lag damit bei nur 455.000,00 €, das des zweitgünstigsten Bieters bei 620.000,00 €, mithin 27% günstiger.** In diesem Fall ist es nach Ansicht des OLG Celle und des BGH unerheblich, dass der Bieter auf Aufforderung die wirtschaftlichen Folgen des Kalkulationsirrtums bei etwaiger Beauftragung nicht näher begründete.

- Die wirtschaftliche Existenz bei Auftragserteilung müsse nicht auf dem Spiel stehen.
- Ausreichend sei, dass die Durchführung des Auftrags für den Bieter zu einem erheblichen wirtschaftlichen Verlust führe, der bei dem festgestellten Preisunterschied zu den üblichen Preisen zu bejahen gewesen sei

Praxishinweis:

1. Sollten sich bei der Submission eine eklatante Differenz zum zweitgünstigsten Bieter ergeben ist es zu empfehlen, die eigene Kalkulation sofort auf Kalkulationsfehler zu überprüfen und diesen auch sofort dem Auftraggeber mitzuteilen.
2. Wann ein wesentlicher Kalkulationsirrtum vorliegt ist eine Wertung im Einzelfall.
3. Wenn nach ihrer Auffassung der Fehler wesentlich ist und sich wirtschaftlich erheblich auswirkt, dies sofort – auf jeden Fall vor der Erhalt des Zuschlag – dem Auftraggeber mitteilen und darauf hinweisen, dass bei Zuschlagserteilung der Auftrag nicht durchgeführt wird, wenn keine „Anpassung“ des Preises erfolgt, was aber im Vergabeverfahren nur bedingt möglich ist. **Nach Zuschlagerteilung ohne vorherige Mitteilung des Kalkulationsirrtums** ist die Abwendung der Pflicht zur Durchführung des Auftrages nur noch von geringer Aussicht auf Erfolg, denn es muss ja auch für den Auftraggeber der Kalkulationsirrtum offenkundig sein.
4. **Aber unbedingt das hohe Risiko beachten, dass bei Nichtdurchführung des Auftrags besteht (Schadensersatzanspruch des Auftraggebers), denn ob die Beauftragung des öffentlichen Auftraggebers gegen Treu und Glauben verstieß hat im Streitfall der Richter zu entscheiden.**

Erstellt März 2015

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt – Notar a.D.

Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht