

Im Newsletter Vergaberecht vom November 2014 haben wir Sie über die Änderungen beim Anwendungsbereich der neuen Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU sowie bei den Vergabeverfahren informiert. Heute nun befasst sich der Newsletter Vergaberecht mit den Neuerungen bei der Eignungsprüfung und bei der Zuschlagserteilung. Außerdem gehen wir der Frage nach, ob und inwieweit künftig die e-Vergabe verbindlich wird.

Die Besprechung eines neuen BGH-Urteils zum Umgang mit fehlkalkulierten Angeboten rundet den Newsletter ab.

Inhalt

Die neuen EU-Vergaberechtlinien Teil 2: Worauf muss sich die Praxis einstellen?

1. Was hat sich bei der Eignungsprüfung geändert?.....	1
1.1 Ausschlussgründe	1
1.2 Eignungskriterien	2
1.3 Nachweis durch Eigenerklärungen	3
2. Wie ist der Zuschlag künftig zu erteilen?.....	3
2.1 Zuschlagskriterien	3
2.2 Eignungs- oder Zuschlagskriterium?	4
2.3 Lebenszykluskosten	4
3. Wird die e-Vergabe verbindlich?.....	4
3.1 Kommunikation und Informationsaustausch mithilfe elektronischer Mittel	4
3.2 Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen	5
3.3 Elektronische Bekanntmachung	5
3.4 Aufschubmöglichkeit für die elektronische Kommunikation.....	5
Neues aus der Rechtsprechung:	5
Umgang mit fehlkalkulierten Angeboten (BGH, Urteil vom 11.11.2014, X ZR 32/14)	

1. Was hat sich bei der Eignungsprüfung geändert?

1.1 Ausschlussgründe

- Bei den **zwingenden Ausschlussgründen** werden folgende neue Tatbestände hinzugefügt:
 - Kinderarbeit und andere Formen von Menschenhandel (Art. 57 Abs. 1 f)

- Nichterfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen, wenn dies durch eine endgültige und verbindliche Gerichts- oder Verwaltungsentcheidung festgestellt wurde (Art. 57 Abs. 2). Nach der Richtlinie 2004/18/EG stellte dieser Tatbestand bislang lediglich einen facultativen Ausschlussgrund dar. Dies gilt auch nach der neuen Richtlinie weiterhin, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar Kenntnis davon hat, dass ein Unternehmen den entsprechenden Zahlungsverpflichtun-

gen nicht nachgekommen ist, dies aber noch nicht gerichtlich oder behördlich festgestellt wurde. Der Ausschlussgrund entfällt, wenn das Unternehmen seine Verpflichtungen erfüllt hat, sei es, dass es die Zahlungen vorgenommen hat oder eine verbindliche Vereinbarung hierüber eingegangen ist.

- Bei den **fakultativen Ausschlussgründen** ist eine ganze Reihe neuer Sachverhalte aufgenommen worden:
 - Verstöße gegen geltendes EU-Recht oder mit diesem im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. der in Anhang XI der Richtlinie aufgeführten internationalen Sozial - und Umweltrechtsvorschriften (Art. 57 Abs. 4 a)
 - wettbewerbswidrige Absprachen durch Unternehmen (Art. 57 Abs. 4 d)
 - Interessenkonflikte i.S. d. Art. 24, die nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen gelöst werden können (Art. 57 Abs. 4 e)
 - Wettbewerbsstörungen aufgrund der Beteiligung von Projektanten (Art. 41), die ebenfalls nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen kompensiert oder egalisiert werden können (Art. 57 Abs. 4 f)
 - bei der Durchführung eines früheren öffentlichen Auftrags hat das Unternehmen erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, welche die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben (Art. 57 Abs. 4 g)
 - unzulässige Beeinflussung der Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers durch Unternehmen (Art. 57 Abs. 4 i)
- Art. 57 Abs. 6 sieht nunmehr auch vor, dass von einem Ausschluss des Unternehmens ab-

gesehen werden soll, wenn das Unternehmen **Compliance-Maßnahmen** ergriffen hat, um die Folgen etwaiger strafrechtlicher Verstöße oder eines Fehlverhaltens zu beseitigen und weiteres Fehlverhalten wirksam zu verhindern. Nach Erwägungsgrund 102 der Richtlinie kann es sich dabei insbesondere um Personal- und Organisationsmaßnahmen handeln, wie den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystmen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen.

- Außerdem wurde klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber ein Unternehmen zu **jedem Zeitpunkt des Verfahrens ausschließen** können, wenn sich herausstellt, dass das Unternehmen einen zwingenden Ausschlussstatbestand erfüllt (Art. 57 Abs. 5).

1.2 Eignungskriterien

Auch nach der neuen Richtlinie können die **Eignungskriterien** - wie bisher - die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen. Neu ist allerdings, dass die Auftraggeber von den Unternehmen nur noch die in der Richtlinie ausdrücklich genannten Kriterien als Teilnahmebedingungen auferlegen können (Art. 58 Abs. 1). Gerade übermäßig strenge Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit haben in der Vergangenheit oft ein Hindernis insbesondere für die Teilnahme von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren dargestellt. Künftig ist es daher den öffentlichen Auftraggebern beispielsweise nicht mehr gestattet, von Unternehmen einen **Mindestumsatz** zu verlangen, der nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand steht (Art. 58 Abs. 3). Deshalb soll der geforderte Mindestumsatz den geschätzten Auftragswert nicht um höchstens das Zweifa-

che übersteigen dürfen. In hinreichend begründeten Fällen können allerdings auch höhere Anforderungen gestellt werden, etwa wenn die Ausführung des Auftrags mit hohen Risiken verbunden ist oder eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Auftragsausführung von ganz entscheidender Bedeutung ist.

1.3 Nachweis durch Eigenerklärungen

Nach Auffassung vieler Unternehmen ist eines der Haupthindernisse für ihre Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten. Eine Beschränkung der entsprechenden Anforderungen beispielsweise auf **Eigenerklärungen** (wie es § 7 EG Abs. 1 S. 2 VOL/A bereits vorsieht) bedeutet eine erhebliche Vereinfachung zum Nutzen sowohl der öffentlichen Auftraggeber als auch der Unternehmen. Deshalb sieht die neue Richtlinie nunmehr in Art. 59 eine „**Einheitliche europäische Eigenerklärung**“ vor, die aus aktualisierten Eigenerklärungen der Unternehmen besteht und zum Zeitpunkt der Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten als vorläufiger Eignungsnachweis dienen soll. Die EU-Kommission will hierzu ein entsprechendes Standardformular entwickeln. Der Auftraggeber soll allerdings jederzeit zusätzliche Unterlagen verlangen dürfen, wenn dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Von dem Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, fordert der Auftraggeber die Beibringung der zusätzlichen Nachweise, damit er abschätzen kann, ob der Bieter tatsächlich in der Lage ist, den Auftrag auszuführen. Von dieser Aufforderung kann der Auftraggeber nur absehen, wenn er sich entweder die Nachweise über elektronische Systeme besorgen kann oder bereits im Besitz der Unterlagen ist. Diese Beibringungspflicht des Bestbieters stellt eine wichtige Abweichung vom nationalen Modell dar, wonach auch von diesem grundsätzlich nur Eigenerklärungen verlangt werden können.

Ebenfalls neu ist die Einrichtung eines **Online-Dokumentenarchivs (e-Certis)** in Art. 61, mit dem grenzüberschreitende Ausschreibungen weiter

erleichtert werden sollen. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Informationen über Bescheinigungen und andere Formen dokumentarischer Nachweise, die in e-Certis gespeichert sind, kontinuierlich aktualisiert werden. Außerdem haben die öffentlichen Auftraggeber auf e-Certis zurückzugreifen und in erster Linie die Bescheinigungen und dokumentarischen Nachweise vorzuschreiben, die von e-Certis abgedeckt sind. Die EU-Kommission soll eine Version der einheitlichen Europäischen Eigenerklärung in allen Amtssprachen in e-Certis verfügbar machen.

2. Wie ist der Zuschlag künftig zu erteilen?

2.1 Zuschlagskriterien

Wichtige Änderungen bringt Art. 67 der Richtlinie zu den Zuschlagskriterien. Anders als bisher muss sich der Mitgliedstaat bei der Umsetzung nicht zwischen dem Preis und der Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium entscheiden. Oberbegriff ist nunmehr das wirtschaftlich günstigste Angebot, das entweder (allein) auf der Grundlage des Preises oder anhand des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ermittelt werden kann. Dabei können dann qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte einbezogen werden, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies sind beispielsweise Qualität, (darunter der technische Wert), Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, "Design für alle", Umwelteigenschaften und soziale Eigenschaften, der innovative Charakter, die Bedingungen für die Vermarktung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfrist.

Zuschlagskriterien stehen nach Art. 67 Abs. 3 a der neuen Richtlinie mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags dann in Verbindung, wenn sie sich in jeder Hinsicht und in jeder Phase ihres Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen, einschließlich Faktoren, die zusammenhängen mit

- dem konkreten Prozess der Herstellung, Bereitstellung oder Vermarktung solcher Leistungen oder
- einem bestimmten Prozess in Bezug auf eine andere Phase des Lebenszyklus,

auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind.

Die Mitgliedstaaten können künftig vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber **nicht den Preis oder die Kosten als einziges Zuschlagskriterium** verwenden dürfen. Es bleibt abzuwarten, ob und ggf. für welche Branchen der deutsche Gesetzgeber von dieser Option Gebrauch macht.

2.2 Eignungs- oder Zuschlagskriterium?

Wenn die **Qualität des eingesetzten Personals** erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, können nach Art. 67 Abs. 2 b auch die Organisation, die Qualifikation und die Erfahrung des mit der Durchführung des betreffenden Auftrags betrauten Personals berücksichtigt werden. Hierdurch wird die bisherige strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien etwas gelockert. Diese Regelung wurde in der siebten Änderungsverordnung zur VgV vom 15.10.2013 gewissermaßen im Vorgriff auf die neue Richtlinie bereits aufgegriffen, jedoch – im Gegensatz zur Richtlinie – zunächst auf sog. B-Dienstleistungen beschränkt. § 4 Abs. 2 S. 2 VgV sieht bei der Vergabe von Dienstleistungen nach Anlage 1 Teil B der VgV vor, dass die Organisation, die Qualifikation und die Erfahrung des bei der Durchführung des betreffenden Auftrags eingesetzten Personals als Kriterien bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden können, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Kriterien erheblichen Einfluss auf die Qualität der Auftragsausführung haben können. Nach § 4 Abs. 2 S. 3 VgV können bei der Bewertung dieser Kriterien insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Dienstleistungen berücksichtigt werden. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 4 VgV soll die Gewichtung dieser Kriterien zusammen allerdings 25 Prozent der Gewichtung aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten.

2.3 Lebenszykluskosten

Je nach Wahl des öffentlichen Auftraggebers können die Kosten entweder nur auf der Grundlage des Preises oder mittels eines Kosten-Wirksamkeit-Ansatzes, z.B. **Lebenszykluskosten** bewertet werden (Art. 68). Die Lebenszykluskostenrechnung umfasst

- die von dem **öffentlichen Auftraggeber oder anderen Nutzern getragenen Kosten**, wie Anschaffungskosten, Nutzungskosten (z.B. Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen), Wartungskosten und Kosten am Ende der Nutzungsdauer (wie Abholungs- und Recyclingkosten);
- Kosten, die **ökologischen Externalitäten** zugeschrieben werden, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann. Diese Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen. Die Methoden, die von den öffentlichen Auftraggebern für die Bewertung der ökologischen Externalitäten zugeschriebenen Kosten verwendet werden, sollten in einer objektiven und diskriminierungsfreien Weise im Voraus festgelegt und allen interessierten Parteien zugänglich gemacht werden.

3. Wird die e-Vergabe verbindlich?

3.1 Kommunikation und Informationsaustausch mithilfe elektronischer Mittel

Nach der neuen Richtlinie (Art. 22) sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch, insbesondere die elektronische Einreichung von Angeboten, unter **Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel** erfolgen.

Allerdings enthält Art. 22 auch eine Reihe von **Ausnahmen**, in denen der Auftraggeber nicht

verpflichtet ist, die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel zu verlangen. Ein solcher Ausnahmefall liegt zum Beispiel vor, wenn zu den Unterlagen materielle Gegenstände wie z.B. Muster und Proben gehören, die nicht elektronisch übermittelt werden können, oder wenn die Kommunikation nur mit spezieller Büroausstattung verarbeitet werden kann, die öffentlichen Auftraggeber nicht generell zur Verfügung steht oder wenn der Rückgriff auf elektronische Mittel besondere Instrumente, Vorrichtungen oder Dateiformate erfordern würde, die nicht allgemein verfügbar sind. Eine weitere Ausnahmesituation liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber durch die Verwendung anderer als elektronischer Kommunikationsmittel vertrauliche Informationen schützen will. Verwendet der Auftraggeber andere als elektronische Kommunikationsmittel, so muss er die Gründe dafür dokumentieren.

3.2 Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen

Sehr praxisrelevant ist die Regelung, dass die öffentlichen Auftraggeber ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder dem Tag der Aufforderung zur Interessensbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen **Zugang anhand elektronischer Mittel zu den Auftragsunterlagen** anbieten müssen (Art. 53 Abs. 1). Eine Ausnahme davon ist nur unter engen Voraussetzungen möglich.

3.3 Elektronische Bekanntmachung

Die neue Richtlinie verpflichtet die Auftraggeber nunmehr, die **Bekanntmachungen in elektronischer Form** zu übermitteln (Art. 51 Abs. 2). Auch die Veröffentlichungen erfolgen elektronisch.

3.4 Aufschubmöglichkeit für die elektronische Kommunikation

Insgesamt erhebt die neue Richtlinie die elektronische Kommunikation also zum Regelfall. Allerdings gewährt die Richtlinie den Mitgliedstaaten für die Umstellung der Kommunikation auf elektronische Mittel eine **Übergangsfrist von 36 Monaten (bis 18.4.2017) für zentrale Beschaffungsstellen**

und von 54 Monaten (bis 18.10.2018) für sonstige Auftraggeber (Art. 90).

Diese Schonfrist gilt allerdings nicht in den Fällen, in denen der Auftraggeber Verfahren nutzt, bei denen die Verwendung elektronischer Mittel vorgeschrieben ist, wie bei

- dynamischen Beschaffungssystemen,
- elektronischen Auktionen und
- elektronischen Katalogen.

Außerdem sieht die neue Richtlinie die elektronische Übermittlung von Bekanntmachungstexten sowie die elektronische Bereitstellung der Auftragsunterlagen verbindlich und ohne Aufschubmöglichkeit vor.

Neues aus der Rechtsprechung:

Öffentliche Auftraggeber dürfen Bieter nicht um jeden Preis an einem fehlkalkulierten Angebot festhalten (BGH, Urteil vom 11.11.2014, X ZR 32/14)

Der Fall

Die Baubehörde des beklagten Landes Niedersachsen hatte Bauarbeiten zur Fahrbahnerneuerung einer Landstraße ausgeschrieben. Ein Bieter hatte im Rahmen dieser Ausschreibung mit einer Angebotssumme von rd. 455.000 Euro das weit- aus günstigste Angebot abgegeben. Das nächst- günstigste Angebot belief sich auf rd. 621.000 Euro. Nach dem Eröffnungstermin teilte der günstigste Bieter der Vergabestelle mit, er habe bei einer Position des Leistungsverzeichnisses einen falschen Mengenansatz gewählt. Statt der geforderten Abrechnungseinheit „Tonne“ habe er fälschlicherweise die Abrechnungseinheit „m²“ zu Grunde gelegt. Das Unternehmen bat, sein Angebot wegen dieses Irrtums aus der Wertung zu nehmen. Dem entsprach die Vergabestelle nicht, sondern erteilte dem Bieter den Zuschlag. Da dieser den Auftrag auf Basis seines abgegebenen Angebots nicht ausführen wollte, trat das Land vom Vertrag zurück und beauftragte ein anderes Unter-

nehmen, das die Leistung zu einem höheren Preis erbrachte. Die Mehrkosten verlangt das Land vom ursprünglich beauftragten Bieter in einem Zivilprozess als Schadensersatz. Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Schadensersatzanspruch des Landes verneint.

Die Entscheidung

Die Revision beim Bundesgerichtshof blieb ohne Erfolg. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber gegen die ihm durch § 241 Abs. 2 BGB auferlegten Rücksichtnahmepflichten verstößt, wenn er den Bieter an der Ausführung des Auftrags zu einem Preis festhalten will, der auf einem erheblichen Kalkulationsirrtum beruht.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings vorab klar gestellt, dass nicht jeder noch so geringe diesbezügliche Irrtum ausreiche und dass auch sichergestellt sein müsse, dass sich ein Bieter nicht unter dem Vorwand des Kalkulationsirrtums von einem bewusst sehr günstig kalkulieren Angebot loslöse, weil er es im Nachhinein als für ihn selbst zu nachteilig empfinde. § 241 Abs. 2 BGB sei kein Korrektiv, durch das Unternehmen sich bei der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit von jeder Verantwortung für ihr eigenes geschäftliches Handeln freizeichnen könnten. Die Regelung diene vielmehr als Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben dem Schutz eines redlichen Geschäftsverkehrs. Dieser setzte die prinzipielle Bindung an das eigene geschäftliche Handeln gerade da voraus, wo beim Leistungsaustausch die andere Seite gleichermaßen auf ihren Vorteil bedacht sein dürfe. Das sei auch in Vergabeverfahren der Fall, wo öffentliche Auftraggeber Leistungen im Wettbewerb beschafften, um die ihnen zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel effektiv einzusetzen.

Die Schwelle zum Pflichtverstoß i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB durch Erteilung des Zuschlags zu einem kalkulationsirrtumsbehafteten Preis sei im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge aber dann überschritten, wenn vom Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr erwartet werden könne, sich mit dem irrgärtulierten Preis als einer auch nur annähernd

äquivalenten Gegenleistung für die von ihm zu erbringende Leistung zu begnügen. Verhalte es sich so und führe der Auftraggeber gleichwohl den Vertragsschluss herbei, könne der Bieter vertraglichen Erfüllung- oder Schadensersatzansprüchen ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen.

Die Rücksichtnahmepflichten der Vergabestelle aus § 241 Abs. 2 BGB setzten nicht erst ein, wenn bei Durchführung des Auftrags zum Angebotspreis die wirtschaftliche Existenz des Bieters auf dem Spiel stehe. Vielmehr könne auch schon ein besonders großer Abstand zwischen dem irrtumsbehafteten Angebot und dem zweitgünstigsten Angebot eine entsprechende Rücksichtnahmepflicht des öffentlichen Auftraggebers auslösen. So verhalte es sich im vorliegenden Fall, denn das dem Preis des betroffenen Bieters von rd. 455.000 Euro nächst kommende Angebot belief sich schon auf rd. 621.000 Euro.

Aus Sicht des Bundesgerichtshof biete auch der in den Vergabe- und Vertragsordnungen seit jeher verankerte Appell, öffentliche Aufträge zu angemessenen Preisen zu erteilen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 VOL/A) Raum dafür, im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe vom Vertragsschluss nach § 241 Abs. 2 BGB abzusehen, wenn der Auftraggeber den irrtümlich kalkulierten Preis billigerweise nicht mehr als auch nur im Ansatz äquivalentes Entgelt für die erbrachte Leistung auffassen kann. Dieser Grundsatz dürfe zwar nicht als Handhabe dafür missverstanden werden, die Preisbildung in einem funktionierenden Vergabewettbewerb infrage zu stellen. Die Regelungen rechtfertigten es aber, eine unmäßige Übervorteilung eines Bieters abzuwenden, die diesem aus der Bindung an einen Preis drohe, der von einem erheblichen Kalkulationsirrtum beeinflusst sei.

Praxistipp

Es kommt in der Vergabapraxis immer wieder vor, dass Bieter im Rahmen der Angebotsabgabe einem Irrtum unterliegen. Stellen die Bieter einen solchen Irrtum noch vor Angebotsabgabe fest, können sie nach den Regelungen der VOL/A (§ 10 Abs. 2, § 12 EG Abs. 10) und VOB/A (§ 10 Abs. 3, § 10 EG Abs. 1 Nr. 8) ihr Angebot problemlos zu-

rückziehen. Nach Ablauf der Angebotsfrist sind sie demgegenüber grundsätzlich an ihr Angebot gebunden. In diesem Stadium können sie sich von ihrem Angebot nur noch lösen, wenn sie es wegen eines Irrtums nach den §§ 119 ff. BGB anfechten können (Erklärungssirrtum, Inhaltsirrtum). Eine solche Anfechtung führt dann rückwirkend zur Nichtigkeit der Willenserklärung bzw. des Angebotes (§ 142 BGB).

Bei sog. Kalkulationsirrtümern wurde in der Rechtsprechung bisher unterschieden. War dem Bieter sein eigener Irrtum nicht aufgefallen, hatte aber der Auftraggeber ihn erkannt, so leitete die Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss eine Verpflichtung des Auftraggebers ab, den Bieter auf den Kalkulationsfehler hinzuweisen. Außerdem könnte es eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellen, wenn der Empfänger eines Vertragsangebotes, dies annehme und auf der Durchführung des Vertrages bestehe, obwohl er erkannt oder sich treuwidrig der Erkenntnis verschlossen habe, dass das Angebot auf einem (erheblichen) Kalkulationsirrtum des Anbieters beruhte.

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner aktuellen Entscheidung klar, dass Schadensersatzansprüche aus einem Vergabeverfahren an die Verletzung der in § 241 Abs. 2 BGB konstituierten Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils geknüpft sind. Diese Pflichten verletzt eine Vergabestelle, wenn sie den Zuschlag auf ein Angebot erteile, obwohl ihr bekannt ist, dass dieses von einem erheblichen Kalkulationsirrtum beeinflusst war. Allerdings bedarf die Frage, ob ein Kalkulationsirrtum erheblich ist, einer alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Bewertung. Im konkreten Fall war der große Preisabstand zwischen den Angeboten aus Sicht des Bundesgerichtshofes dafür ein ausreichendes Indiz. Es ist allerdings davor zu warnen, dies pauschal auf alle Fallgestaltungen zu übertragen, zumal der Bundesgerichtshof selbst deutlich macht, dass die Erheblichkeit von Preisabständen beispielsweise auch immer am jeweiligen Auftragsvolumen zu messen ist.

Rudolf Ley