

Oberlandesgericht Nürnberg

Beschluss

vom 18.7.2007 1 U 970/07

Sachverhalt:

Der Beklagte war mit allen Architekten- und Ingenieurleistungen zur Erschließung eines Baugebiets beauftragt. Er sprach sich bei der Wertung nicht gegen eine Vergabe an die nominell günstigste Bieterin aus, obwohl deren Angebot in erheblichem Umfang vom realen Aufwand abweichende Preise, sog. Spekulationspreise enthielt. Das Landgericht Weiden i. d. Opf. kam in seinem Urteil vom 29.3.2007 (1 O 851/05) zu dem Ergebnis, dass diese Bieterin wegen Unzuverlässigkeit von der Wertung hätte ausgeschlossen werden müssen. Da der Beklagte dem Bauherrn die aus der Spekulation entstehenden Preisgefahren nicht offengelegt habe, hafte er wegen Schlechterfüllung des Ingenieurvertrages. Als Schadenssumme wurde der Unterschiedsbetrag von rd. 129.000 EUR zwischen der Abrechnung des zu Unrecht beauftragten ersten Bieters und der fiktiven Abrechnung des nicht spekulierenden, im Ergebnis günstigeren zweiten Bieters angesetzt, der nach Ausschluss des ersten den Zuschlag erhalten hätte. Die Ausführungen des Landgerichts vertiefend hat sich das Oberlandesgericht Nürnberg im Rahmen eines Hinweises nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit der Problematik befasst, worauf der Beklagte die Berufung zurücknahm.

Aus den Gründen:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Weiden i. d. Opf. vom 29.3.2007 nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen, weil keine Aussicht auf Erfolg besteht und der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Auch machen weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erforderlich.

I. Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie der Firma X und nicht der Firma H den Zuschlag erteilt hat. Die Schadensersatzpflicht des Beklagten ergibt sich dabei aus § 635 BGB in der vor dem 1. 1. 2002 gültigen Fassung.

1. Wie sich aus den nicht angegriffenen Feststellungen des Erstgerichtes ergibt, hatte sich der Beklagte gegenüber der Klägerin verpflichtet, sämtliche Architekten- und Ingenieurleistun-

.../2

gen zur Erschließung des Baugebietes ... zu erbringen. Danach oblagen ihm gemäß § 15 Abs. 2 HOAI auch sämtliche Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7. In der Leistungsphase 7 ist ein Architekt verpflichtet, die eingegangenen Angebote zu prüfen und zu werten. Dabei hat seine Prüfung der Angebote nach Maßgabe des § 23 VOB/A und seine Wertung entsprechend § 25 VOB/A zu erfolgen. Außerdem ist er gehalten, den Bauherrn bei der Auftragsvergabe umfassend zu unterstützen. Zu diesem Zweck hat er dem Bauherrn das Ergebnis der Angebotsbewertung mitzuteilen und ihn bei der Vergabeentscheidung zu beraten.

2. Dieser Verpflichtung ist der Beklagte nur mangelhaft (§ 633 Abs. 1 BGB) nachgekommen, weil er der Klägerin nicht dazu geraten hat, das Angebot der Firma X auszuschließen.

a) Das Angebot der Firma X war nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A nicht zuzulassen, weil es an der persönlichen Zuverlässigkeit des Bieters gefehlt hat. Ein Bieter erweist sich schon dann als unzuverlässig i.S. des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, wenn er eine in der Leistungsbeschreibung vorhandene Unrichtigkeit erkennt und diese durch eine willkürliche Preisgestaltung für sich auszunutzen versucht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.7.1993 NJW-RR 1994, 224; Beck'scher VOB-Komm. / Brinker/Ohler A § 25 Rn. 46; Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, 15. Aufl. [2004] VOB/A § 25 Rn. 54). Dies ist vorliegend der Fall.

In dem von dem Beklagten erstellten Leistungsverzeichnis war unter der Pos. 1.1.40 die Andeckung von lediglich 350 m³ Oberboden ausgeschrieben, die zuvor innerhalb der Baustelle gelagert worden waren. Diese Mengenangabe stand im Widerspruch zu der unter Pos. 1.1.20 ausgeschrieben Abtragung von 780 m³ Oberboden und dessen Anlagerung im Baustellenbereich. Der Beklagte hat diese Unrichtigkeit in einem Schriftsatz seines Rechtsanwaltes an die Klagepartei vom 13.7.2005 (dort unter 2. b.) ausdrücklich eingeräumt. Soweit er in seiner Klageerwiderung nunmehr behaupten lässt, dass die Mengenangabe unter Position 1.1.40 zutreffend gewesen sei, vermag ihm der Senat nicht zu folgen.

Diese unrichtige Mengenangabe hat die Firma X ausgenutzt, indem sie die Positionen 1.1.20 (780 m³ Oberboden abtragen) und 1.1.30 (710 m³ Oberboden abtragen) zu Einheitspreisen von 0,05 (= 39,--DM) und 0,09 (= 63,90 DM) anbot, dagegen aber für das Andecken von 350 m³ Oberboden einen Einheitspreis von 22,56 (= 7.896,-- DM) vorsah. Die gleichen Positionen wurden von der Firma H. im Rahmen einer stimmigen Preisgestaltung für 7,57 DM (Pos. 1.1.20), 9,95 DM (Pos. 1.1.30) und 10,88 DM (Pos. 1.1.40) angeboten. Dies hatte zur Folge, dass die Bewegung des Oberbodens im Angebot der Firma X mit nur 7.998,90 DM zu Buche schlug, während die Firma H. dafür insgesamt 16.777,10 DM in ihr Angebot aufnahm. Nach Ausführung der Arbeiten musste sowohl die Pos. 1.1.20 als auch die Pos. 1.1.40 mit 813 m³ abgerechnet werden. Bei der Pos. 1.1.30 wurde lediglich eine Masse von 178,96 m³ ermittelt. Dies hatte zur Folge, dass die Klägerin an die Firma X letztlich für diese Positionen 10.698,20 DM zu bezahlen hatte, während die Firma H. auf der Grundlage der von ihr angebotenen Preise Anspruch auf nur 10.497,35 DM gehabt hätte. Der Senat hat unter diesen Umständen keinen Zweifel daran, dass die Firma X den Mengenfehler des Beklagten bei der Ausschreibung erkannt und ihre Gestaltung der angebotenen Einheitspreise allein daran orientiert hat.

.../3

Sie hat sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschafft, ohne tatsächlich günstiger zu sein. Ob allein die Vielzahl der in dem Angebot enthaltenen Spekulationspreise geeignet ist, die Zuverlässigkeit der Firma X .in Zweifel zu ziehen, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.

b) Das Angebot der Firma X war auch deshalb auszuschließen, weil darin offenkundig auf einer Mischkalkulation beruhende Preise enthalten sind und deshalb nicht die geforderten Preise i.S.d. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A (DIN 1960 - Ausgabe 1992) genannt wurden. Ein transparentes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der gefordert werden soll (BGH, Urteil vom 16.4.2002 NJW 2002, 2558). Daran fehlt es, wenn ein Angebot auf einer sog. Mischkalkulation beruht, bei der bestimmte ausgeschriebene Leistungen auf einen niedrigen Einheitspreis herabgesetzt und die Einheitspreise für andere Leistungen kompensatorisch heraufgesetzt werden. Ein Bieter, der die von ihm für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A geforderten Preise, sondern ‚versteckt‘ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen in der Gesamtheit seines Angebotes (BGH Beschluss vom 18.5.2004, NZBau 2004, 457, 459; OLG Frankfurt/M. Beschluss vom 28.6.2006 NJOZ 2007, 249, 252).

Dabei ist es unerheblich, welches Ziel der Bieter bei der Herauf- oder Herabsetzung von Einheitspreisen verfolgt. Auch sog. Spekulationsangebote, bei denen sich der Bieter erwartete Mengenänderungen zunutze machen will, indem er die Einheitspreise bei Positionen herabsetzt, bei denen er mit einer Massenminderung rechnet und die Einheitspreise dort erhöht, wo er Massenmehrungen für wahrscheinlich hält, sind daher auszuschließen, wenn sie auf einer Mischkalkulation beruhen (BGH, Beschluss vom 18.5.2004, a.a.O., 459; Freise NZBau 2005, 135).

Ob ein auffälliger Einheitspreis lediglich das Ergebnis einer besonderen im Ermessen des Bieters stehenden positionsbezogenen Kalkulation ist oder auf einer unzulässigen Preisverlagerung beruht, ist im Einzelnen festzustellen. Dabei lässt nicht jeder unangemessene Einheitspreis ohne weiteres den Schluss auf eine Mischkalkulation zu (OLG Jena, Beschluss vom 23.1.2006 NZBau 2006, 263, 264 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.9.2005 NZBau 2006, 126, 128; Freise a.a.O. 136).

Im Hinblick auf das Angebot der Firma X ist das Vorliegen einer Mischkalkulation bei den Einheitspreisen zu den Positionen 1.1.20 bis 1.1.40 offenkundig. Die angebotenen Einheitspreise für die Positionen 1.1.20 und 1.1.30 von 0,05 DM und 0,09 DM sind als tatsächliches Entgelt für die ausgewiesene Position nicht darstellbar. Der im Vergleich zu den anderen Angeboten sehr hohe Einheitspreis von 22,56 DM für die Pos. 1.1.40 enthielt offenkundig wenigstens einen Entgeltanteil aus der Pos. 1.1.20, zumal damit gerechnet werden konnte, dass die abzurechnende Menge - wie letztlich auch geschehen - der Menge aus der ab-

.../4

gepreisten Pos. 1.1.20 entsprechen wird. Der Grund für diese Preisverlagerung lag ersichtlich in der durch die unrichtige Mengenangabe in der Ausschreibung eröffneten Chance, den Angebotspreis durch Auf- und Abpreisungen vorteilhaft verändern zu können.

Ob und inwieweit auch den angebotenen Einzelpreisen zum Rohrgrabenaushub (Pos. 1.2.110 bis 1.2.140) eine Mischkalkulation zugrunde liegt, braucht unter diesen Umständen nicht mehr erörtert zu werden.

3. Der Beklagte kann sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass die Vergabe an die Firma X von dem Gemeinderat ohne seine ausdrückliche Vergabeempfehlung beschlossen worden ist.

Der Mangel in der Architektenleistung des Beklagten besteht darin, dass er sich nicht gegen eine Vergabe an die Firma X ausgesprochen und dadurch seine vertragliche Pflicht zur Beratung verletzt hat. In der Rechtsprechung zum Kauf- und Werkvertragsrecht ist anerkannt, dass derjenige, der eine vertragliche Aufklärungs- oder Beratungspflicht verletzt, das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs insoweit zu tragen hat, als es um die Frage geht, wie der andere Teil gehandelt hätte, wenn er pflichtgemäß ins Bild gesetzt worden wäre (BGH, Urteil vom 5.3.1973 NJW 1973, 1688). Dabei spricht zu Gunsten der Klägerin die Vermutung, dass sie sich bei vertragsgrechtem Handeln des Beklagten beratungsgemäß verhalten hätte (BGH, Urteil vom 30.9.1993 NJW 1993, 3259 m.w.N.).

Der Beklagte hat auch in der Berufungsinstanz nichts vorgetragen, was geeignet gewesen wäre, diese Vermutung zu entkräften. Es ist daher auch weiterhin davon auszugehen, dass der Gemeinderat der Klägerin einer Empfehlung des Beklagten zum Ausschluss des Angebotes der Firma X gefolgt wäre.

4. Auch die weiteren Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB liegen vor.

Einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 1 BGB bedurfte es nicht, weil die Mangelbeseitigung unmöglich geworden war (§ 634 Abs. 2 BGB). Von einem Vertretenmüssen des Beklagten ist auszugehen. Anhaltspunkte, die gegen sein Verschulden sprechen könnten, hat der nach § 282 BGB darlegungspflichtige Beklagte nicht vorgetragen.

II. Die auf das eingeholte Sachverständigengutachten gestützte Schadensberechnung des Erstgerichts hat der Beklagte nicht durchgreifend in Frage stellen können.

Der Umstand, dass die Zusatzkosten für die Felsfräsarbeiten auf einem Nachtrag beruhen, stellt deren Berücksichtigung nicht in Frage. Wäre die Firma X auf den Rat des Beklagten hin von Anfang an ausgeschlossen worden, wäre auch der - in der Sache unberechtigte - Nachtrag nicht angefallen.

Die in der Höhe unstreitigen Kosten des Bayerischen Prüfungsverbandes sind zu erstatten. Grundsätzlich hat ein Schädiger auch die Kosten von Sachverständigengutachten zu ersetzen, soweit deren Einholung für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war (BGH, Urteil vom 29.11.1988 NJW-RR 1989, 953, 956 m.w.N.). Dies war vorliegend ersichtlich der Fall. Der Bericht des Prüfungsverbandes liegt der Rechtsverfolgung der Klägerin zugrunde. Über ein eigenes belastbares Fachwissen verfügte sie offenkundig nicht. Die Prüfung erfolgte ausweislich des Prüfungsberichtes auf Antrag. An dem Vorliegen eines haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang kann unter diesen Umständen kein Zweifel bestehen.