

von Birgit Gressner

## Angebotsausschluss oder Aufklärung? Was tun bei abweichenden AGB trotz Abwehrklausel?

**Ist es unzulässig, ein Angebot auszuschließen, wenn es entgegen den Vergabeunterlagen und einer AGB-Abwehrklausel abweichende Zahlungsbedingungen des Bieters enthält? Handelt es sich um einen vermeidbaren Irrtum des Bieters, der nicht gravierend formal ist, sodass dieses Angebot weiter im Wettbewerb um den Zuschlag bleiben muss? Wir meinen "nein" und stehen damit im Widerspruch zu BGH, Urt. v. 18.06.2019 - X ZR 86 / 17. Lesen Sie unsere Argumente!**

### 1. BGH: Kein Angebotsausschluss bei abweichenden Bedingungen

Der BGH sieht sein Urteil in konsequenter Linie zu seinen Urteilen "Uferstützmauer" (BGH, Urteil vom 19. Juni 2018 X ZR 100/16, VergabeR 2019, 57 Rn. 11 Uferstützmauer, zur Veröff. in BGHZ 219, 108 vorgesehen) und "Tischlerarbeiten" (Urteil vom 29. November 2016 X ZR 122/14, NZBau 2017, 176 Rn. 20 Tischlerarbeiten), mit denen er seine frühere, vom Gedanken formaler Ordnung geprägte, strenge Rechtsprechung zur Handhabung der Angebotsausschlussgründe ändert. Er ist der Meinung, dass die gesetzliche Grundlage für die frühere, strenge Rechtsprechung mit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2009 am 11. Juni 2010 (vgl. Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 10. Juni 2010 B 15 8163.6/1) entfallen ist.

Weichen Zahlungsbedingungen des Bieters im Preiskapitel seiner Leistungsbeschreibung von den Vergabeunterlagen ab, so hält der BGH einen Ausschluss des Angebots für nicht erforderlich und nicht zulässig. Und zwar dann, wenn der Auftraggeber in einer Abwehrklausel seiner AGB und in einem zu unterzeichnenden Formblatt widersprechende Bedingungen bzw. AGB ausschließt.

Die konkrete Abwehrklausel lautete wie folgt, und parallel dazu hat der Bieter einen AGB-Ausschluss auf einem separaten Formular unterzeichnet:

*"1.3 Ausschluss sonstiger Bestimmungen und Regelungen zu den Vertragsbestandteilen. Etwaige Vorverträge, unter § 1.2 nicht aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des AN sind nicht Vertragsbestandteil."*

Öffentliche Auftraggeber seien nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, die allgemein und öffentlich für die Auftragsvergabe formulierten Grundsätze zu missachten (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1991 - VII ZR 203/90, BGHZ 116, 149). Nach der Logik des BGH hat sich der Auftraggeber über die von ihm selbst gesetzten rechtlichen Vorgaben für Vertrags-schluss und -abwicklung (nämlich die beiden "AGB-Abwehr-Regelungen") hinweggesetzt, als er von der Geltung der widersprüchlichen Fälligkeitsabrede des Bieters ausgehend, einen Widerspruch zu den Vergabeunterlagen gesehen und daher einen Ausschluss des Angebots vorgenommen hat.

Laut BGH ist damit das Angebot des Bieters nur noch "uneindeutig". Er argumentiert, dass der Auftraggeber "solche und ähnliche Abweichungen von den Vergabeunterlagen" sogar ohne die Abwehrklausel oder das AGB-Abwehr Formular, aufklären und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückführen könne und zwar ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Das Gericht ist der Ansicht:

*"Einem unvoreingenommenen Auftraggeber musste sich schon nach Art, Gegenstand und Ort der Anbringung der Zahlungsklausel am Ende des Kurztext-Leistungsverzeichnisses die Möglichkeit aufdrängen, dass ihre Verwendung auf einem Missverständnis über die in Vergabeverfahren einseitige Maßgeblichkeit der vom Auftraggeber vorgegebenen Vergabe- und Vertragsbedingungen (oben Rn. 13 f.) beruhte."*

Der BGH ist der Auffassung, dass ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot vorliegt, wenn der Bieter von beigegebenen eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Abstand nimmt. Offenbar soll ihm im Wege der Aufklärung dazu Gelegenheit gegeben werden.

Insoweit lägen solche Fallgestaltungen grundsätzlich anders als manipulative Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne. Diese seien dadurch gekennzeichnet, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben werde und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliege.

**Nach diesem Urteil stehen somit Abwehrklauseln in den Vergabeunterlagen einem Ausschluss von Angeboten mit abweichend gestellten Vertragsbedingungen grundsätzlich entgegen. Auch ohne Abwehrklausel scheidet ein Angebotsausschluss aus, wenn nach bloßer Streichung der bieterseitigen Bedingungen noch ein wertungsfähiges Angebot vorliegt.**

## 2. Wie argumentiert das Gericht im Einzelnen?

1. Der BGH begründet, dass der Auftraggeber aufgrund des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes einer Bindung an die Wirkung seiner Abwehrklausel unterliegt. Diese wehrt zivilrechtlich widersprüchliche AGB bzw. Korrespondenz wirksam ab. Als Bieter zu glauben, die Abwehrklausel würde die eigene Fälligkeitsregelung nicht "killen" war ein Missverständnis, das der AG hätte aufklären können. Sogar ohne Aufklärung wäre die Situation aufgrund des zivilrechtlich eindeutigen Vorrangs der Auftraggeber-AGB ohne Ausschluss des Angebots gelöst worden wäre. Der Irrtum wäre vermeidbar und der Verstoß nicht gravierend formal, sodass das Angebot weiter im Wettbewerb um den Zuschlag hätte bleiben müssen.

2. Im Konflikt der Erklärung des Bieters auf einer vorformulierten Erklärung der Ausschreibungsunterlagen, er verwende keine eigenen AGB, mit seiner im Preisteil eingefügten Fälligkeitsabrede entscheidet der BGH darüber, was der Unterschied zwischen dem Ausschlussgrund "Widerspruch/ Nicht Entsprechung" zu Vergabebedingungen (§ 16 EU Nr. 2 VOB/A) und dem Aufklärungsanlass "uneindeutiges Angebot" (§ 15 EU Abs. 1 Nr.1 VOB/A) ist. Der BGH testet, ob ohne die Änderung durch den Bieter ein **vollständiges oder ein lückenhaftes Angebot (wegen manipulativer Eingriffe in die Vergabeunterlagen) verbleibt**.

Im Fall der Fälligkeitsabrede habe das Angebot keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern sei in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig gewesen. Es liege ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot vor, wenn der Bieter von beigegebenen eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Abstand nehme. Insoweit lägen solche Fallgestaltungen grundsätzlich anders als bei manipulativen Eingriffen in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne, die dadurch gekennzeichnet seien, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben werde und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliege.

Die Vergabestelle dürfe und müsse dann, wenn sie durch Abwehrklauseln gegen fremde "Korrespondenz" verhindere, dass diese Vertragsbestandteil werden, bei einer Abweichung von dieser Anforderung von einem Missverständnis des Bieters ausgehen und nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eine Aufklärung des Angebotsinhalts verlangen.

### 3. Schafft das Urteil Rechtsunsicherheit für Auftraggeber?

Hilft das Urteil wirklich, den Gesetzestext gemäß dem aufgezeigten Wertewandel angepasst auszulegen und anzuwenden?

Sind die Kriterien des Gerichts für den Ausschluss von Bieterangeboten hilfreich, wenn ein Ausschluss "aus Gedanken der formalen Ordnung" abzulehnen ist und im Wege der Aufklärung möglichst viele Angebote im Wettbewerb bleiben sollen?

Lesen wir das Gesetz:

*"§ 16 EU VOB/A Ausschluss von Angeboten. Auszuschließen sind [...] 2. Angebote, die den Bestimmungen des § 13 EU Absatz 1 Nummer 1, 2 und 5 nicht entsprechen, [...]"*

und

*"§ 13 EU VOB/A Form und Inhalt der Angebote. (1) [...] 5. Das Angebot ist auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. [...]"*

**Ist es überzeugend, die Änderung einer Fälligkeitsabrede in die Kategorie der Abweichung von der "formalen Ordnung" einzuordnen, wenn die Vergabeunterlagen Abwehrklauseln enthalten?**

Hat ein Bieter, der von einer anderen Vergütungsfälligkeit ausgeht, tatsächlich denselben Endpreis im Kopf oder hätte er bei korrekter Fälligkeit die Zinsen des veränderten Cashflow berücksichtigt? Liegt hier nur Schusseligkeit vor, oder versucht der Bieter, seine kommerziellen Interessen in Abweichung von den Vergabebedingungen durchzusetzen und muss daher von der Wertung ausgeschlossen werden?

Hat ein Angebot mit geänderten Zahlungsbedingungen wirklich keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern war in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig? Wann liegt bei Hinwegdenken der Abweichung von den Vergabeanforderungen ein lückenhaftes Angebot vor? Bleiben hierfür nur Änderungen von Preis- und Leistungsvorgaben übrig, weil alle bieterseitigen Bedingungen durch die Abwehrklausel des Auftraggebers von seinen AGB ersetzt werden und dies jedem Bieter objektiv einleuchten musste?

**Kann es dem Auftraggeber wirklich zugemutet werden, zwischen manipulativen Absichten und fahrlässigem Verhalten zu mutmaßen, um zwischen Ausschluss und Aufklärung zu unterscheiden?**

**Wo ist die Grenze zwischen einem Ausschluss aus vielfach nur formalen Gründen, der dadurch willkürlich erscheint, und einer bewussten inhaltlichen Abweichung?**

Wir halten in dem entschiedenen Fall die Einordnung in die Kategorie der formalen Abweichung nicht für denklogisch zwingend. Hierunter würden wir eher Fälle einordnen, in denen Parteien lange über einen Vertrag verhandelten, in den das Angebot ohne AGB einbezogen wurde. Wenn der Bieter beim finalen Angebot aus Schusseligkeit seine AGB mitschickt, sollte dies nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufgeklärt werden. Ein Ausschluss nach §§ 13 EU Abs. 1 Nr. 5, 16 EU Nr. 2 VOB/A 2012 erscheint hier willkürlich.

Die BGH-Rechtsprechung würde darüber hinaus Tür und Tor für Abweichungen des Bieters von den Vergabeunterlagen öffnen, deren Streichung das Angebot weiterhin vollständig und lückenlos belässt. Wird die Änderung nicht beanstandet, wird sie ggf. Vertragsbestandteil und der Bieter vergaberechtswidrig bevorzugt. Wird die Änderung beanstandet, hat der Bieter die Möglichkeit, sie konsequenzlos zu streichen.

## 4. Zusammenfassung und Fazit

Der BGH sieht dieses Urteil in der liberalisierenden Tradition der VOB 2009 und seiner darauf bezogenen neueren Rechtsprechung mit dem Ziel, den Ausschluss von Angeboten aus allzu formalen Gründen zu vermeiden und nicht eindeutige Angebote nach Aufklärung in der Wertung zu belassen.

Neu ist, dass der BGH mit dem Argument der Wirkung einer Abwehrklausel auch inhaltliche Abweichungen von Vergabebedingungen in die Kategorie der Uneindeutigkeit verweist, weil kein manipulativer Eingriff in die Vergabebedingungen und somit kein lückenhaftes Angebot vorliege.

**Wir sind nicht davon überzeugt, Abwehrklauseln diese weitgehende Wirkung zuzusprechen, und halten einen Ausschluss von Angeboten wegen Änderung der Fälligkeitsregelung nach wie vor für gerechtfertigt wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen.**

Autor:

**Birgit Gressner**

freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei