

Leitsätze:

1. Ein Kalkulationsirrtum berechtigt selbst dann nicht zur Anfechtung, wenn der Erklärungsempfänger diesen erkannt oder die Kenntnisnahme treuwidrig vereitelt hat; allerdings kann der Erklärungsempfänger unter den Gesichtspunkten des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen oder der unzulässigen Rechtsausübung verpflichtet sein, den Erklärenden auf seinen Kalkulationsfehler hinzuweisen.
2. Während eines Ausschreibungsverfahrens ist der öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht verpflichtet, Angebote der Bieter auf Kalkulationsfehler zu überprüfen oder weitere Ermittlungen anzustellen; ausnahmsweise kann eine solche Pflicht bestehen, wenn sich der Tatbestand eines Kalkulationsirrtums und seiner unzumutbaren Folgen für den Bieter aus dessen Angebot oder den dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen geradezu aufdrängt.

Wesentliche Aussagen:

Nach § 119 BGB kann eine Willenserklärung wegen Inhaltsirrtums (Auseinanderfallen von Wille und Erklärung; § 119 Abs. 1 1. Altern. BGB), wegen Erklärungsirrtums (§ 119 Abs. 1 2. Altern. BGB) oder wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person oder der Sache (§ 119 Abs. 2 BGB) angefochten werden. Ein Kalkulationsirrtum betrifft dagegen schon das Stadium der Willensbildung (Motivirrtum) und wird von keinem der gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsgründe erfasst wird. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Erklärungsempfänger den Kalkulationsirrtum des Erklärenden hätte erkennen können, ohne dass er ihn positiv erkannt hat.

Bei einem vom Erklärungsempfänger positiv erkannten Kalkulationsirrtums bzw. bei dem nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB gleichzustellenden Fall der treuwidrigen Vereitelung positiver Kenntnis vertritt die Lit. dagegen eine Analogie zu § 119 I bzw. II BGB. Jedoch wäre dann nach § 121 BGB entscheidend, wann der Erklärende Kenntnis von der Kenntnis des Erklärungsempfängers erhält. Diese Häufung subjektiver Umstände führt jedoch zu einer unzutraglichen Rechtsunsicherheit. Eine Analogie zu § 119 BGB ist somit abzulehnen.

Vielmehr ist eine Lösung über die *cic* (mögliche Verpflichtung zur Aufklärung über den Irrtum) bzw. über § 242 BGB (unzulässige Rechtsausübung, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt und auf der Durchführung des Vertrages besteht, obwohl er wusste, dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum beruht) zu suchen. Allein die positive Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden genügt für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung jedoch noch nicht. Es sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu beachten (z.B. Ausmaß des Irrtums, Vertragsausführung schlechthin unzumutbar wegen erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten für den Erklärenden). Eine Aufklärungs- und Nachfragepflicht besteht nicht, dies wäre eine einseitige Verschiebung des Kalkulationsrisikos zulasten des Erklärungsempfängers.

Bei dem Fall des treuwidrigen sich Verschließens ist erforderlich, dass es der Betreffende es versäumt, eine gleichsam auf der Hand liegende, durch einfache Nachfrage zu realisierende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen und letztlich das sich Berufen auf die Unkenntnis als Förmelerei erscheine, weil jeder andere in der Lage des Geschädigten die Kenntnis gehabt hätte.

Sachverhalt:

Der Kläger schrieb im Frühjahr 1993 durch das Staatliche Bauamt B. Tischlerarbeiten für einen Neubau öffentlich zu Einheitspreisen aus. Die Angebotsfrist endete am 15. April 1993, die Zuschlagsfrist am 15. Mai 1993. Der Kläger hatte die Angebotssumme auf 350.758,- DM geschätzt. Am 13./15. April 1993 reichte die Beklagte ein Angebot ein, dem u.a. die VOB/B zugrunde lag und das mit einer Endsumme von 305.812,60 DM abschloss. Die nächstfolgenden Angebote lauteten auf 312.094,70 DM, 349.014,10 DM, 403.344,10 DM, 405.202,50 DM und auf 476.209,83 DM.

Nach Eröffnung der Angebote erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 28. April 1993 dem Staatlichen Bauamt B.:

"Wir müssen Ihnen zu unserem Bedauern mitteilen, daß uns bei der Kalkulation des Angebots zum o.a. Bauvorhaben ein Fehler unterlaufen ist. Die Transport- und Montagekosten wurden irrtümlich nicht einberechnet infolge einer momentanen Umstellung unserer EDV-Anlage. Wir bitten Sie deshalb, unser Angebot aus der Wertung zu nehmen und den Auftrag anderweitig zu vergeben."

Das Bauamt entsprach dem nicht. Nach Abstimmung mit dem Regierungspräsidenten in D. erteilte es der Beklagten mit Schreiben vom 13. Mai 1993 den Auftrag mit der Begründung, der geltend gemachte interne Kalkulationsirrtum sei unbeachtlich und auch nicht zu erkennen. Die Beklagte verwies auf ihr Schreiben vom 28. April 1993, erklärte, sie sei nicht in der Lage, den Auftrag kostendeckend durchzuführen, und sandte das Auftragsschreiben zurück. Die weitere Aufforderung des klagenden Landes, mit den Arbeiten bis spätestens 11. Juni 1993 zu beginnen, wurde von der Beklagten zurückgewiesen. Daraufhin wurde ihr der Auftrag entzogen.

Nachdem der Bieter zu 2) ebenfalls noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist einen Kalkulationsirrtum geltend gemacht und zur Überzeugung des Klägers nachgewiesen hatte und der zunächst mit der Ausführung der Arbeiten betraute Bieter zu 3) in Konkurs gefallen war, wurde der Auftrag freihändig an zwei andere Unternehmen vergeben. Nach Behauptung des Klägers sind hierdurch gegenüber dem Angebot der Beklagten Mehrkosten in Höhe von 248.254,19 DM entstanden. Diese verlangt der Kläger von der Beklagten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung blieb erfolglos. Mit seiner Revision beantragt das klagende Land, das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Beklagte zur Zahlung von 248.254,19 DM nebst 6,1 % Zinsen seit 29. Dezember 1994 zu verurteilen. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B gegebenenfalls ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten zustehen kann, die nach der Entziehung des Auftrages infolge der Durchführung der vertragsgegenständlichen Werkleistungen durch zwei Drittunternehmen entstanden sind.

II. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass das Angebot der Beklagten vom 13./15. April 1993 fehlerhaft kalkuliert war, weil die Transport- und Montagekosten in die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen nicht eingerechnet waren, und dass die Beklagte insoweit einem Irrtum unterlegen ist. Die Revision erhebt hiergegen keine Rügen. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

III. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, ein Bieter könne sich unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss unter Umständen darauf berufen, dass sein Angebot aus der Wertung hätte ausgeschieden werden müssen. Mit der Ausschreibung von Bauleistungen und der Abgabe von Angeboten werde für die Beteiligten eine Pflicht zu redlichem Verhalten begründet. Der ausschreibende Auftraggeber verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er vor Vertragsschluss einen Kalkulationsirrtum des Bieters erkenne, diesen aber nicht darauf hinweise, sondern am Vertrag festhalte. Zwar genüge es insoweit nicht, dass der Auftraggeber einen Kalkulationsirrtum des Bieters lediglich habe erkennen können. Positiver Kenntnis sei es aber gleichzustellen, wenn sich der Auftraggeber solcher Kenntnis treuwidrig verschließe. Dies sei hier der Fall gewesen. Schon der große Preisunterschied der Angebote (305.812,60 DM bei der Beklagten, 476.209,83 DM bei dem Bieter zu 6)) habe für das Vorliegen des behaupteten Kalkulationsirrtums gesprochen. Des weiteren habe das klagende Land selbst die Angebotssumme mit 350.758,-- DM deutlich höher geschätzt als das Angebot der Beklagten. Von großem Gewicht sei schließlich, dass der nächsthöhere Bieter zu 2) sich ebenfalls auf einen Kalkulationsirrtum berufen habe, was vom Kläger akzeptiert worden sei. Bei dieser Sachlage habe der Kläger der Beklagten Gelegenheit geben müssen, den behaupteten Kalkulationsirrtum näher darzulegen. Da-

für habe zwischen dem Zugang des Schreibens der Beklagten vom 28. April 1993 am 29. April 1993 und dem Ende der Zuschlagsfrist am 15. Mai 1993 auch ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden. Es sei davon auszugehen, dass es der Beklagten seinerzeit gelungen wäre, den behaupteten Kalkulationsirrtum nachzuweisen.

IV. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, daß die Klage nicht bereits deswegen abzuweisen ist, weil die Beklagte ihr Angebot, an das sie seit dem Ablauf der Angebotsfrist am 15. April 1993 (§ 18 Nr. 3 VOB/A) bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist am 15. Mai 1993 gebunden war (§ 19 Nr. 3 VOB/A i.V.m. Ziff. 1 d. Angebots), mit ihrem Schreiben vom 28. April 1993 wirksam angefochten hat, so daß durch den späteren Zuschlag ein Vertrag nicht zustande gekommen wäre (§ 142 Abs. 1 BGB). Das erweist sich als zutreffend. Dabei kann zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, daß sie in ihrem Schreiben hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht hat, ihr Angebot solle wegen eines Willensmangels nicht bestehen bleiben, sondern rückwirkend beseitigt, mithin nach § 143 Abs. 1 BGB angefochten werden. Jedenfalls hatte sie keinen Anfechtungsgrund. Ein interner, einseitiger Kalkulationsirrtum, wie er im vorliegenden Fall allein in Betracht kommt, berechtigt auch dann nicht zur Anfechtung, wenn er vom Erklärungsempfänger positiv erkannt wird oder der Erklärungsempfänger - wie das Berufungsgericht angenommen hat - sich wegen treuwidriger Kenntnisvereitelung so stellen lassen muß.

a) Außer in den in §§ 120, 123 BGB geregelten Fällen kann nach § 119 BGB eine Willenserklärung wegen Inhaltsirrtums (Auseinanderfallen von Wille und Erklärung; § 119 Abs. 1 1. Altern. BGB), wegen Erklärungsirrtums (§ 119 Abs. 1 2. Altern. BGB) oder wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person oder der Sache (§ 119 Abs. 2 BGB) angefochten werden, sofern der Erklärende die Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (§ 119 Abs. 1 2. Halbsatz BGB). Demgegenüber handelt es sich bei dem von der Beklagten geltend gemachten (einseitigen) Kalkulationsirrtum um einen schon im Stadium der Willensbildung unterlaufenden Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum), der von keinem der gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsgründe erfaßt wird (BGH LM § 119 BGB Nr. 21 (Bl. 2)). Er berechtigt grundsätzlich nicht zur Anfechtung, weil derjenige, der aufgrund einer für richtig gehaltenen, in Wirklichkeit aber unzutreffenden Berechnungsgrundlage einen bestimmten Preis oder eine Vergütungsforderung ermittelt und seinem Angebot zugrunde legt, auch das Risiko dafür trägt, daß seine Kalkulation zutrifft (st. Rspr. u. a. BGH, Urt. v. 19.12.1985 - VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569, 570; Urt. v. 25.06.1987 - VII ZR 107/86, NJW-RR 1987, 1306, 1307). Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, wenn die falsche Berechnung auf Fehlern einer vom Erklärenden verwendeten Software beruht (vgl. Köhler, AcP 1982, 126, 135; Pawlowski, JZ 1997, 741, m.w.N.).

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verbleibt es bei der genannten Risikoverteilung zu Lasten des Erklärenden regelmäßig auch dann, wenn der Erklärungsempfänger den Kalkulationsirrtum des Erklärenden hätte erkennen können, ohne daß er ihn positiv erkannt hat (BGH, Urt. v. 13.07.1995 - VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360; Urt. v. 19.12.1985 - VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569 f.; Urt. v. 04.10.1979 - VII ZR 11/79, NJW 1980, 180). Auch das Schrifttum lehnt eine Anfechtung wegen Irrtums für diesen Fall ab (Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, S. 493; Giesen, JR 1971, 403, 406 Fn. 21; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., A, § 19 Nr. 3 Rdn. 27; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 119 Rdn. 20 u. 69; Wieser, NJW 1972, 708, 710; a.A. Münch-Komm./Kramer, BGB, 3. Aufl., § 119 Rdn. 109; Pawlowski, aaO, 745).

c) Ausdrücklich offengelassen hat der Bundesgerichtshof dagegen bisher die Möglichkeit der Anfechtung wegen eines vom Erklärungsempfänger positiv erkannten Kalkulationsirrtums (BGH, Urt. v. 19.12.1985 - VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569, 570). Dem gleichzustellen ist nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB der vom Berufungsgericht vorliegend - wenn auch zu Unrecht - angenommene Fall treuwidriger Vereitelung positiver Kenntnis; denn es macht rechtlich keinen Unterschied, ob jemand positive Kenntnis von etwas hat oder ob er sich - aus Rechtsgründen - so stellen lassen muß, als ob dies der Fall sei.

aa) Die Auffassungen im Schrifttum sind hierzu geteilt. Vertreten wird zum einen, daß in diesem Fall eine Anfechtung in Analogie zu § 119 Abs. 1 BGB eröffnet sei. Die Begründung setzt bei der Überlegung an, daß die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Kalkulationsirrtums ihren Grund im Schutz des Verkehrsinteresses finde. Das berechtigte Vertrauen des Gegners in den Bestand des Rechtsgeschäfts dürfe nicht enttäuscht werden. Wo ein Vertrauen des Erklärungsempfängers dagegen fehle oder nicht berechtigt sei, weil der Erklärungsempfänger bemerke, daß der genannte Preis nicht stimmen könne, müsse auch ein interner Kalkulationsirrtum berücksichtigt werden. Keine entscheidende Bedeutung komme dem Umstand zu, daß beim Kalkulationsirrtum ein Zwiespalt im Willen vorliege, wohingegen § 119 Abs. 1 BGB von einem Zwiespalt von Wille und Erklärung ausgehe. Denn Wille und Erklärung seien gleichrangige Voraussetzungen der auf eine Rechtsänderung gerichteten Willenserklärung (Wieser, NJW 1972, 708, 709 f.; ihm folgend Heiermann, BB 1984, 1836, 1840; vgl. auch Ingenstau/Korbion, aaO, A, § 19 Nr. 3 Rdn. 29 Fn. 8). Vorgeschlagen wird weiter eine entsprechende Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB (MünchKomm./Kramer, aaO, § 119 Rdn. 106; ähnlich Pawlowski, aaO, 741, 745 f.). Wieder andere befürworten demgegenüber eine Lösung dieser Fälle außerhalb der §§ 119 ff. BGB (Flume, aaO, S. 493; Hundertmark, BB 1982, 16, 19; Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 119 Rdn. 29; Staudinger/Dilcher, aaO Rdn. 69; vgl. auch schon RG JW 1925, 1633, 1634).

bb) Die letzte Auffassung verdient im Ergebnis den Vorzug. Gegen eine analoge Anwendung des § 119 BGB auf den Fall des erkannten Kalkulationsirrtums spricht allerdings nicht schon die in den §§ 119 ff. BGB zum Ausdruck kommende teleologische Grundwertung, daß der Kalkulationsirrtum als Motivirrtum in die Risikosphäre des Erklärenden falle. Dies trifft zwar zu. Der Erklärungsempfänger hat, auch wenn er den Irrtum des Erklärenden erkennt, im Regelfall keinen Einfluß auf die Berechnungen und den diesen etwa zugrundeliegenden Erwägungen des Erklärenden. Indessen gehören auch die in den §§ 119 Abs. 1, 120 BGB anerkannten Anfechtungsgründe ausschließlich der Risikosphäre des Erklärenden an; allenfalls bei § 119 Abs. 2 BGB trifft dies nicht in gleichem Maße zu. Trotzdem eröffnet das Gesetz die Anfechtung. Der das Verkehrsschutzinteresse zur Geltung bringende Risikoausgleich findet erst bei den Anfechtungsfolgen in Form eines Schadensersatzanspruchs des Anfechtungsgegners statt (§ 122 Abs. 1 BGB), wobei nach § 122 Abs. 2 BGB dieser Schadensersatzanspruch insbesondere bei positiver Kenntnis des Erklärungsempfängers vom Anfechtungsgrund gerade wieder entfällt. Nur der (schuldlos) unerkannt gebliebene Kalkulationsirrtum (Motivirrtum) ist damit abschließend in die Risikosphäre des Erklärenden verwiesen. Eine Wertung, dass auch der erkannte Kalkulationsirrtum stets unbeachtlich sei, lässt sich den §§ 119 ff. BGB hingegen nicht entnehmen.

Die genannte Analogie fügt sich jedoch nicht in die gesetzliche Systematik der Irrtumsanfechtung ein. Weniger störend erscheint es zwar, dass nach den §§ 119, 122 Abs. 2 BGB die Kenntnis des Erklärungsempfängers von Irrtümern des Erklärenden keine Frage des Anfechtungsgrundes, sondern der Anfechtungsfolgen ist. Bezieht man nämlich die Kenntnis des Erklärungsempfängers schon in den Anfechtungsgrund mit ein, so kann man darin einen gegenüber § 122 Abs. 2 BGB "antizipierten" Risikoausgleich sehen, wobei dann § 122 BGB insgesamt leerläuft. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Anwendung des auf rasche Klärung der Verhältnisse zielenden und insoweit ebenfalls dem Verkehrsschutz dienenden § 121 Abs. 1 BGB, wonach die Anfechtung unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Anfechtungsgrund zu erfolgen hat. Soll die Kenntnis des Anfechtungsgegners Tatbestandsmerkmal des Anfechtungsgrundes sein, käme es mithin darauf an, wann der Erklärende Kenntnis von der Kenntnis des Erklärungsempfängers erlangt. Mit einer solchen Häufung subjektiver Umstände wird jedoch die mit jeder Anfechtungsmöglichkeit ohnehin schon verbundene Rechtsunsicherheit in unzuträglichem Maße verstärkt. Überhaupt nicht mehr sinnvoll handhabbar wäre § 121 Abs. 1 BGB im Fall treuwidriger Kenntnisvereitelung, um den es vorliegend geht.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Anfechtung als allgemeines Gestaltungsrecht nicht auf solche Willenserklärungen beschränkt ist, die der Hervorbringung schuldrechtlicher Rechtsbeziehungen dienen, sondern auch dingliche Rechtsgeschäfte betreffen und damit die Interessen Dritter berühren kann. Auch dies spricht gegen eine Ausdehnung der §§ 119 ff. BGB im Wege der Analogie.

d) Sind es demnach in erster Linie systematische, nicht aber abschließend teleologisch-wertende Gründe, die einer Berücksichtigung des erkannten Kalkulationsirrtums als Anfechtungsgrund entgegenstehen, so bestehen keine Bedenken, in diesen Fällen je nach Sachlage auf die allgemeinen Rechtsinstitute der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen und der unzulässigen Rechtsausübung zurückzugreifen.

2. a) Das Berufungsgericht knüpft bei seinen Ausführungen an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an, wonach den Auftraggeber aufgrund des mit der Ausschreibung und der Abgabe von Angeboten entstehenden, Vertrauensschutz fordernden Rechtsverhältnisses (BGHZ 60, 221, 224) unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) eine Verpflichtung treffen kann, den Bieter auf einen von ihm, dem Auftraggeber, erkannten Kalkulationsfehler hinzuweisen (BGH, Urt. v. 04.10.1979 - VII ZR 11/79, NJW 1980, 180; Urt. v. 19.12.1985 - VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569). Die Voraussetzungen dieses Ausgangspunktes sind hier jedoch nicht gegeben; denn die Beklagte hat ihren Kalkulationsfehler selbst bemerkt und dem Kläger davon Mitteilung gemacht. Eines Hinweises des Klägers bedurfte es insoweit nicht.

b) Es kann indessen eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt und auf der Durchführung des Vertrages besteht, obwohl er wußte (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), daß das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht (BGH, Urt. v. 28.04.1983 - VII ZR 259/82, NJW 1983, 1671, 1672; vgl. auch BGHZ 46, 268, 273; LM § 119 BGB Nr. 8, Bl. 1; Staudinger/Dilcher, aaO Rdn. 69; Soergel/Hefermehl, aaO Rdn. 29; a.A. Ingenstau/Korbion, aaO Rdn. 27).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis des Erklärungsempfängers ist, wie § 122 Abs. 2 BGB zeigt, der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, hier also des Zuschlags (so zur unzulässigen Rechtsausübung schon RG JW 1925, 1633, 1634; RGZ 55, 367, 371 f.; zum Verschulden bei Vertragsverhandlungen ebenso BGH, Urt. v. 4.10.1979 - VII ZR 11/79, NJW 1980, 180; Urt. v. 19.12.1985 - VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569; Freese, BB 1982, 1271, 1272; Heiermann, aaO, 1839; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkomm. z. VOB, 8. Aufl., Teil A § 25.3 Rdn. 49; Ingenstau/Korbion, aaO Rdn. 27).

Allein die positive Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden genügt für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung jedoch noch nicht. Ob ein Verhalten des Erklärungsempfängers treuwidrig ist, läßt sich nur anhand aller Umstände des Einzelfalles beurteilen. Dabei kommt dem Ausmaß des Kalkulationsirrtums wesentliche Bedeutung zu. Wie sich nämlich schon aus § 119 Abs. 1 2. Halbsatz BGB ergibt, ist ein Irrtum rechtlich nur dann relevant, wenn die Erklärung bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden wäre. 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 Erklärenden schlechthin unzumutbar ist, etwa weil er dadurch in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete (Hundertmark, aaO, 19; Ingenstau/Korbion, aaO, A, § 19 Nr. 3 Rdn. 28; vgl. auch BGH, Urt. v. 13.07.1995 - VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360; a.A. Heiermann/Riedl/Rusam, aaO, B, § 2 Rdn. 21). Dabei muß sich die Kenntnis des Erklärungsempfängers im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch auf diese Umstände beziehen (vgl. §§ 119 Abs. 1 2. Halbsatz, 122 Abs. 2 BGB).

3. a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Kläger im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis der einen Kalkulationsirrtum und eine Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung begründenden Tatsachen. Dem Angebot der Beklagten war nicht zu entnehmen, daß die Transport- und Montagekosten nicht in die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen eingerechnet waren. Darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Das Schreiben vom 28. April 1993 enthielt lediglich den Hinweis, daß die Transport- und Montagekosten irrtümlich nicht in dem Angebot der Beklagten enthalten seien. Die Beklagte stellt dies aufgrund der mündlichen Verhandlung nicht mehr in Frage.

b) Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, daß es der positiven Kenntnis eines Kalkulationsirrtums im Einzelfall gleichzustellen sein kann, wenn sich der Erklärungsempfänger einer solchen Kenntnis treuwidrig verschließt, indem er naheliegende Rückfragen unterläßt. Das ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 162 BGB. Aus dieser Vorschrift läßt sich allerdings unmittelbar nur herleiten, daß der Eintritt nachteiliger Umstände nicht treuwidrig von einer Partei vereitelt und umgekehrt vorteilhafte Umstände nicht treuwidrig herbeigeführt werden dürfen. Im vorliegenden Fall geht es dagegen um die weiterreichende Frage, ob und inwieweit nach Treu und Glauben eine Obliegenheit einer Partei angenommen werden kann, einen ihr nachteiligen Umstand, nämlich positive Kenntnis, durch entsprechende Erkundigungen herbeizuführen. Dies steht indessen einem Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht entgegen. So hat der Bundesgerichtshof im Hinblick auf den ebenfalls an positive Kenntnis anknüpfenden und insoweit der vorliegenden Fallgestaltung vergleichbaren Beginn der deliktischen Verjährung nach § 852 Abs. 1 BGB mehrfach ausgesprochen, daß die Möglichkeit, sich die erforderliche Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe zu verschaffen, grundsätzlich genutzt werden muß. Er hat jedoch zugleich mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß dies nicht in dem Sinn mißverstanden werden dürfe, daß bereits eine verschuldete, sei es auch grob fahrlässige Unkenntnis der vom Gesetz geforderten Kenntnis gleichstehe; es gehe vielmehr nur um die Fälle, in denen es der Geschädigte versäume, eine gleichsam auf der Hand liegende, durch einfache Nachfrage zu realisierende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen und letztlich das sich Berufen auf die Unkenntnis als Förmerei erscheine, weil jeder andere in der Lage des Geschädigten die Kenntnis gehabt hätte (BGH, Urt. v. 10.04.1990 - VI ZR 174/89, VersR 1991, 1032 m.w.N.; Urt. v. 16.05.1989 - VI ZR 251/88, VersR 1989, 914, 915; Urt. v. 05.02.1985 - VI ZR 61/83, NJW 1985, 2022, 2023)

Der Senat läßt offen, ob diese Rechtsprechung im vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter trotz der Unterschiede anwendbar ist. Während nämlich das gesetzliche Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung ohne Zutun des Geschädigten entstanden ist, erwachsen die hier in Rede stehenden Aufklärungsobliegenheiten aus einem vorvertraglichen, von beiden Parteien gewollten Schuldverhältnis. Im Fall der unerlaubten Handlung dient die Kenntnis des Geschädigten von der Person des Schädigers und vom Tathergang unter dem Gesichtspunkt des Verjährungsbeginns nicht nur den Interessen des Schädigers, sondern auch denen des Geschädigten, der einen Schadensersatzanspruch geltend machen will. Dagegen besteht eine etwaige Obliegenheit, aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter dem behaupteten Irrtum des Bieters näher nachzugehen, allein in dessen Interesse. Auf eine nähere Abgrenzung der Fallgruppen kommt es hier nicht an. Jedenfalls wird der Rechtsgedanke aus § 162 BGB in Fällen der vorliegenden Art nur mit äußerster Zurückhaltung herangezogen werden können.

c) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht eine Aufklärungs- und Nachfragepflicht des Klägers bejaht und dadurch die Grenzlinie zwischen schädlicher positiver Kenntnis und grundsätzlich unschädlicher bloßer Erkennbarkeit des behaupteten Kalkulationsirrtums rechtsfehlerhaft zu Lasten des Klägers verschoben hat.

aa) Ausgangspunkt der Beurteilung muß sein, daß eine fehlerhafte Kalkulation bei Ausschreibungen im Risikobereich des Bieters liegt; grundsätzlich hat der Bieter das Risiko seiner Fehlkalkulation zu tragen. Daraus folgt, daß es grundsätzlich allein Sache des Bieters ist, den Auftraggeber von einem Kalkulationsfehler und von dessen unzumutbaren wirtschaftlichen Auswirkungen auf seinen Betrieb umfassend und für diesen nachprüfbar in Kenntnis zu setzen. Deshalb ist der Auftraggeber während des Ausschreibungsverfahrens nicht verpflichtet, ohne offenbare Anhaltspunkte in den abgegebenen Angeboten diese auf etwaige Kalkulationsfehler zu überprüfen oder weitere Ermittlungen anzustellen. Der Auftraggeber ist nicht gehalten, von sich aus zu klären, ob ein Kalkulationsfehler vorliegt oder nicht. Eine Pflicht zur Aufklärung kann allenfalls dann bestehen, 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. Nur in einem solchen Ausnahmefall kann es nach den Grundsätzen von

Treu und Glauben gerechtfertigt sein, den Auftraggeber entgegen eigenen Interessen als verpflichtet anzusehen, an der Aufklärung eines Kalkulationsfehlers eines Bieters mitzuwirken.

bb) Unter diesen strengen Maßstäben hat das Berufungsgericht den von den Parteien vorgetragene Sachverhalt nicht geprüft. Auch die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen tragen seine Annahme nicht, der Kläger sei zur weiteren Aufklärung verpflichtet gewesen und habe sich treuwidrig der Kenntnisnahme eines Kalkulationsfehlers verschlossen. Die nicht näher begründete Mitteilung der Beklagten im Schreiben vom 28. April 1993, man sei einem Kalkulationsirrtum unterlegen, die Kosten für Transport und Montage seien nicht eingerechnet, reicht nicht aus. Das Schreiben enthält keine Mitteilung von Tatsachen, die den behaupteten Kalkulationsfehler und daraus erwachsende unzumutbare Folgen für den Auftraggeber nachprüfbar begründen könnten. Aus der nicht durch Tatsachen belegten Behauptung eines Kalkulationsfehlers erwuchs daher keine Pflicht des Klägers, der Sache nachzugehen und weitere Einzelheiten zu erforschen.

Eine solche Pflicht folgte in Kenntnis des Schreibens der Beklagten aber auch nicht aus den vorgetragenen und vom Berufungsgericht festgestellten weiteren Umständen.

Der Streuung der Angebote, insbesondere der vom Berufungsgericht hervorgehobene große Preisunterschied zwischen den Angeboten der Beklagten (305.812,60 DM) und des Bieters zu 6) (476.209,83 DM), gab dem Kläger keinen Anlaß, einen Kalkulationsfehler der Beklagten ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Eine breite Streuung der Angebote ist bei Ausschreibungen nichts Ungewöhnliches (vgl. BGH, Urt. v. 21.10.1976 - VII ZR 327/74, BauR 1977, 52, 53). Ein Unternehmen, das an sich ausgelastet ist, das aber zusätzliche Aufträge übernehmen will, wenn sie hohe Gewinne versprechen und an Subunternehmen weitergegeben werden können, wird eher ein hohes Angebot abgeben. Ein Unternehmen, das eine betriebliche Flaute überbrücken muß, wird eher zu einem Billigangebot neigen. Eine gewisse Bedeutung kann allenfalls dem Abstand zum nächsthöheren Bieter zukommen. Eine auffällige Differenz lag insoweit nicht vor.

Ebensowenig kommt dem Umstand, daß der Bieter zu 2) ebenfalls einen Kalkulationsirrtum behauptet und zur Überzeugung des Staatlichen Bauamtes B. nachgewiesen hatte, das ihm vom Berufungsgericht beigemessene Gewicht zu. Das Berufungsgericht stellt insoweit darauf ab, daß das Bauamt diesem persönlich vorsprechenden Bieter geglaubt habe. Dann aber habe auch der Beklagten die Chance zur näheren Darlegung des von ihr behaupteten Irrtums eingeräumt werden müssen. Dies geht fehl. Das Berufungsgericht verkennt, daß der Kläger der Beklagten nicht eine Chance zur näheren Darlegung genommen hat. Die Beklagte war nicht gehindert, den behaupteten Kalkulationsfehler nachzuweisen. Es geht allein um die Frage, ob der - aus Sicht des klagenden Landes - nachgewiesene Kalkulationsirrtum des Bieters zu 2) den behaupteten Kalkulationsirrtum der Beklagten in irgendeiner Hinsicht wahrscheinlicher machte, und zwar so wahrscheinlich, daß - abweichend von der regulären Interessenlage und Risikoverteilung - dem klagenden Land die Obliegenheit erwuchs, von sich aus im Wege einer Nachfrage tätig zu werden. Dafür ist nichts ersichtlich. Daß dem Bieter zu 2) ein Kalkulationsfehler unterlaufen war, berührte den behaupteten Kalkulationsirrtum der Beklagten nicht.

Schließlich meint das Berufungsgericht zu Unrecht auch dem Umstand, daß das Staatliche Bauamt die Auftragssumme selbst auf 350.758,- DM und damit deutlich höher als das Angebot der Beklagten geschätzt hatte, Gewicht beimessen zu können. Kostenschätzungen öffentlicher Auftraggeber dienen der Bereitstellung ausreichender Mittel im Haushalt, lassen aber keine Rückschlüsse dahin zu, ob ein von der Schätzung abweichendes Angebot fehlerhaft kalkuliert ist.

V. Das angefochtene Urteil kann demnach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird bei der weiteren Behandlung der Sache vor allem zu prüfen haben, in welcher Höhe der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gerechtfertigt ist. Da der Kläger bei seiner Schadensberechnung von einer Auftragssumme ausgegangen ist, die weit über dem höchsten Angebot des Bieters zu 6) liegt, wird das Berufungsgericht zunächst sorgfältig klären müssen, ob die freihändig an Drittunternehmen vergebenen Leistungen den Ausschreibungsbedingungen entsprachen und ob

der Kläger bei der Vergabe seiner Schadensminderungspflicht aus § 254 BGB nachgekommen ist. Hin-  
gegen ist der Umstand, daß der Kläger den Bieter zu 2) aus der Wertung entlassen hat, für die Frage  
der Schadenshöhe ohne Bedeutung.