

# **Bauvertrag nach VOB: Außerordentlich überhöhte Einheitspreise sind nichtig, gehen Spekulationen bis zu dieser Grenze auf?**

Verfasser: Michael **Stemmer**

<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>Seite</b>
<b>Gedanken zum Urteil des BGH vom 18.12.2008, Az.: VII ZR 201/06</b>	<b>160</b>
<b>1 Einleitung</b>	<b>160</b>
<b>2 Wesentlicher Sachverhalt der BGH-Entscheidung</b>	<b>161</b>
<b>3 Wesentliche Aussagen im Urteil des BGH vom 18.12.2008</b>	<b>162</b>
3.1 Grundsätzliches	162
3.2 Prüfung der Sittenwidrigkeit, bezogen auf einzelne Einheitspreise	163
3.3 Sittenwidrigkeit eines Preises bei auffälligem Missverhältnis zur Gegenleistung	164
3.4 Eine außerordentlich überhöhte Vergütung begründet die widerlegbare Vermutung verwerflichen Gewinnstrebens	164
3.4.1 Der Ansatz des BGH	164
3.4.2 Die Besonderheiten des konkreten Falles	164
3.4.3 Besonderheiten bei Mischkalkulation, bezogen auf die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Mengen	165
3.4.4 Nicht 800-fach, sondern rd. 34.000-fach überhöhter Preis	166
3.4.5 Zur spezifischen Sittenwidrigkeit des Preisansatzes beim VOB/B-Vertrag	168
3.4.6 Sittenwidrigkeit der Preisfortschreibung als solcher	168
3.5 Häufige, jedoch nicht tragfähige Argumente zur Ausräumung des vermuteten verwerflichen Gewinnstrebens	169
3.5.1 Üblicher Preis und Beweislast	169
3.5.2 Argumente gegen verwerfliches Gewinnstreben	169
3.5.2.1 Freie Preisgestaltung und Kompensation durch unaukkömmliche Einheitspreise	169
3.5.2.2 Kalkulationsfreiheit und spekulativ überhöhte Einheitspreise	170
3.5.2.3 Unterlassene Preisaufklärung bei der Wertung	170
3.5.2.4 Sittenwidriger Einheitspreis und Gesamtpreis	170
3.5.2.5 Ausschreibungsfehler und Spekulationspreise	171

	Seite
3.5.3 Sonderfall Mischkalkulation	172
3.5.4 Weitere Argumente der Praxis gegen sittenwidrige Preisgestaltung	173
3.5.4.1 Argument hoher Wagniszuschlag	173
3.5.4.2 Einbeziehung künftiger Schwierigkeiten	174
3.6 Die Nichtigkeit der Preisvereinbarung ändert nicht die Ausführungspflicht	174
3.7 Spekulationen, wie sie in der Baupraxis zunehmend üblich sind, sind sittlich verwerflich	174
3.8 An die Stelle der nichtigen Preisvereinbarung tritt der übliche Einheitspreis	176
3.9 Der Umstand, dass es zu Mengenmehrungen kommt, führt nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage	176
3.10 Für Preisvereinbarungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B hat die Baufirma ihren Anspruch schlüssig darzulegen und dazu die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen	178
3.10.1 Grundlegende Struktur der VOB/B	178
3.10.2 Unplausible, nicht nachvollziehbare Positionskalkulation	179
<b>4 Fallgestaltungen, die nicht Gegenstand des BGH-Urteils waren</b>	<b>180</b>
4.1 Unzutreffende Kalkulation der Einheitspreisposition	180
4.2 Plausible, aber den Wettbewerb verzerrende Kalkulation	181
4.3 Preisfortschreibung und Verbrauchervertrag	183
<b>5 Zusammenfassung</b>	<b>184</b>
5.1 Besonderheit des Bauvertrages	184
5.2 Unauskömmlich niedriger Einheitspreis	185
5.3 Signifikant hoher Einheitspreis	185
5.3.1 Sittenwidrig überhöhter Einheitspreis	185
5.3.2 Unplausibel hohe Kalkulation	186
<b>6 Abschließende Gedanken</b>	<b>187</b>

## Gedanken zum Urteil des BGH vom 18.12.2008, Az.: VII ZR 201/06<sup>1</sup>

§ 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B tragen dem Umstand Rechnung, dass es bei Baumaßnahmen häufig zu Mehrmengen oder zu Leistungsänderungen kommt. Für die Mehrmengen und für die Leistungsänderungen ist auf der Grundlage des in der jeweiligen Position ausgewiesenen Einheitspreises ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Ist der ursprüngliche Einheitspreis hoch, eventuell sogar außerordentlich hoch, und liegt der Preis weit, eventuell sehr weit über den beim Auftragnehmer entstehenden Kosten, könnte dieser bei umfangreichen Veränderungen eine Vergütung erlösen, die das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung weit übersteigt. Baufirmen sind daher nicht selten bestrebt, durch entsprechende Preisgestaltung erhebliche Vorteile für künftige Veränderungen zu platzieren. Die Diskussion läuft unter dem Stichwort „fetter Preis bleibt fett, magerer bleibt mager“. Gibt es Grenzen für den „fetten“ Preis, gibt es nur die Grenze des sittenwidrig überhöhten Einheitspreises, ist darunter alles zulässig?

### 1 Einleitung

Mit Urteil vom 25.01.1996<sup>2</sup> hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Auftragnehmer bei einer Preisbildung nach § 2 Nr. 5 VOB/B an einen unauskömmlichen Einheitspreis der Vertragsposition gebunden bleibt. Bei der Preisbildung nach § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B *„sind grundsätzlich die alten Preise zum Ausgangspunkt für die Neuberechnung zu nehmen ... Der Auftragnehmer, der sich bei Abgabe seines Angebotes der Möglichkeit einer Änderung des Bauentwurfes oder einer sonstigen Anordnung des Bauherrn bewusst sein muss, hat es in der Hand, seine Preise gründlich und auskömmlich zu kalkulieren; davon darf sein Vertragspartner regelmäßig auch ausgehen. Es ist daher nicht unangemessen, den Auftragnehmer daran festzuhalten.“*

Bei dieser Vorgabe war es aus der Sicht der Auftragnehmer nicht fernliegend, eine Kompensation des Nachteils zu niedriger Kalkulation durch „gute“, d. h. weit über den eigenen Kosten liegende Preise zu erlangen. Daraus entstand wohl die Ansicht: Wer Nachteile tragen muss, soll auch Vorteile abschöpfen dürfen. Zusammengefasst wurde dies in der These: „Schlechter Preis bleibt schlecht, guter Preis bleibt gut.“ Das Dilemma bei dieser Argumentation ist nur: Ist das Risiko guter bzw. schlechter Preise in gleicher Weise auf die Vertragsparteien verteilt? Sind die Preise, deren Höhe man die dahinter stehende Motivation nicht ansieht, für künftige, bei Vertragsabschluss noch ungewisse weitere Leistungen geeignet?<sup>3</sup> Können Motive für die Preisgestaltung überhaupt eine Rolle spielen oder kommt es allein auf die jeweilige Preishöhe an? Bestehen durch das Vergabeverfahren der VOB/A zulässige Vorgaben, die die grundsätzliche Freiheit des Unternehmers, wie er seine Preise kalkuliert, einschränken? Wirken derartige Erwartungen oder Vorgaben, z. B. die Erwartung, dass jeder Einheitspreis nur den tatsächlich verlangten, im Wettbewerb gefundenen Preis ausweist, oder die Vorgabe, dass nicht mischkal-

---

<sup>1</sup> veröffentlicht im Internet unter [www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen](http://www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen) und unter [ibr-online](http://ibr-online)

<sup>2</sup> Az.: VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 381

<sup>3</sup> Nur mit dem Gesamtpreis liegt für den Umfang der ausgeschriebenen Mengen (+/- 10 %) ein Preis vor, bei dem kompensatorische Überlegungen und das Motiv für die Preisgestaltung der einzelnen Positionen grundsätzlich keine Rolle spielen. Zu Ausnahmen bei niedrig spekulierten Preisen für Leistungen, deren Umfang geringer wird oder die später wegfallen, siehe unten Abschnitt 4.4.

kuliert wird<sup>4</sup>, nach Vertragsabschluss fort, und wenn ja, wie? Wie stellt sich die Rechtsprechung, die den Auftragnehmern die Verantwortung für unauskömmlich niedrige Preise auf Dauer belässt, zu guten/fetten Preisen?

Es ist kein Wunder, dass das Urteil des BGH angesichts all dieser Fragen, die alle in die eine münden: bleibt guter Preis gut, kann weiterhin spekulativ kalkuliert werden, und wenn ja, bis zu welcher Grenze, mit Spannung erwartet wurde.

Ist das nun vollständig vorliegende Urteil des VII. Senats vom 18.12.2008 ein ähnlicher Paukenschlag wie es seinerzeit der Beschluss des X. Senats vom 18.05.2004 zur Unzulässigkeit von Mischkalkulationen war?<sup>5</sup> Bis dahin war es unerschütterliche Meinung der Auftragnehmer, die Freiheit der Preiskalkulation erlaube selbstverständlich die kalkulatorische Verschiebung von Preiselementen von einer Position in eine andere. Bringt das Urteil des VII. Senats Klarheit für die in der Praxis häufig notwendigen Preisfortschreibungen, die durch spekulative Preisgestaltungen zu mannigfachen Streitpunkten mit erheblichen finanziellen Ausmaßen geworden sind?<sup>6</sup>

Erste Kommentare und Meinungen bei einer Vortragsveranstaltung<sup>7</sup> sehen lediglich eine Einzelfallentscheidung, bei der die Baufirma den Bogen kalkulatorischer Freiheit in der Tat überspannt habe. Sittenwidrig überhöht angesetzte Preise seien aber sowohl der Anzahl als auch der Preishöhe nach extreme, selten vorkommende Ausnahmefälle. Spekulative Preisgestaltung unter der Grenze der Sittenwidrigkeit sei wie bisher möglich.<sup>8</sup> Ist das so? Was hatte der BGH zu entscheiden?

## 2 Wesentlicher Sachverhalt der BGH-Entscheidung

Die Klägerin (eine Baufirma) verlangte von der beklagten Auftraggeberin Restwerklohn in Höhe von rd. 1,7 Mio. €. Sie hatte im Leistungsverzeichnis (LV) für die Position 32.5.120 für 200 kg Betonstahl und ebenso für die Position 32.5.130 für 100 kg Betonstahlmatten jeweils 2.210 DM/kg eingetragen. Der von einem gerichtlichen Sachverständigen bundesweit ermittelte, statistische, angemessene Preis betrug 2,47 DM/kg. Die Mengen erhöhten sich auf 1.429,20 kg bzw. 302,50 kg. Die Klägerin verlangte für die über 110 % der ausgeschriebenen Mengen hinausgehenden Mengen einen geringfügig auf 2.045,15 DM/kg verringerten Preis. Das Berufungsgericht hielt den rd. 800-fach überhöhten Preis für nicht gerechtfertigt, meinte jedoch, ein 200-fach überhöhter Preis führe noch nicht zu einem schlichtweg unerträglichen Ergebnis. Es sprach der Baufirma deshalb 692.439,80 DM zu. Der BGH sah für den Ansatz des Berufungsgerichts keine Rechtsgrundlage im Gesetz, hob das Urteil auf und verwies den Rechtsstreit zurück. Die Zurückverweisung war erforderlich, um der Klägerin Gelegenheit zu geben, zur erstmals in der Revisionsinstanz thematisierten Vermutung verwerflicher Gesinnung

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 18.05.2004, Az.: X ZB 7/04, BauR 2004, 1433

<sup>5</sup> a. a. O. (= Fußnote 4)

<sup>6</sup> Spekulativ kalkulierte Angebote sind für den Wettbewerb der VOB ein Gräuel, so zu Recht Quack, Festschrift für Steffen Kraus, Werner Verlag, 2003, S. 217

<sup>7</sup> eines Auftragnehmerverbandes

<sup>8</sup> „Spekulationspreise gibt es nicht!“ - so das Thema bei einem Symposium einer niederbayerischen Hochschule im Oktober 2008 und im März 2009

bei der Preisgestaltung Stellung zu nehmen und diese Gesinnung zu widerlegen. Außerdem hatte das Berufungsgericht keine Ausführungen dazu gemacht, wie es die neuen Preise für die Mehrmengen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. Nr. 5 VOB/B berechnete.

### 3 Wesentliche Aussagen im Urteil des BGH vom 18.12.2008

#### 3.1 Grundsätzliches

Das Urteil des VII. Senats geht umfassend auf die Voraussetzungen und die Folgen ein, die sich aus der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit eines Einheitspreises für Preisfortschreibungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B ergeben. Wann Sittenwidrigkeit im Einzelfall vorliegt, wann eine „außerordentlich überhöhte Vergütung“ zu bejahen ist, kann dabei nicht allgemein verbindlich beschrieben werden. Bei einem 800-fach überhöhten Preis lag die vom Auftragnehmer zu widerlegende Vermutung der Sittenwidrigkeit auf der Hand.

Das Urteil erschöpft sich nicht in der Betrachtung eines signifikant auffälligen Einheitspreises nach § 138 Abs. 1 BGB. Unter der Prämisse, dass der im Rechtsstreit geltend gemachte Einheitspreis der Klägerin nicht sittenwidrig ist, gibt der BGH Hinweise, wie dieser Preis dann nach den vertraglich vereinbarten Regelungen des § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B fortzuschreiben ist. Er stützt dabei die Auffassung des Landgerichts, die zum Ausgangspreis von 2.210 DM/kg Betonstahl vorgelegte Kalkulation sei unplausibel. Die eingesetzten Kosten von 720 DM/kg für Lohn, 1.319,52 DM/kg für Material und 170,48 DM/kg für Gerät seien – so führte das Landgericht aus – „willkürlich, lebensfremd und grotesk überhöht“ (BGH, Randnummer 39 – RdNr. 39 – seines Urteils).

Ist die Kalkulation für den im Vertrag vereinbarten Einheitspreis<sup>9</sup> unplausibel, können die ihm (angeblich) zugrunde liegenden Kalkulationsansätze für die Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B für die Feststellung von Mehr- oder Minderkosten nicht herangezogen werden<sup>10</sup>. Entscheidend ist für den BGH, „ob die vorgelegte Kalkulation der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegt“ (RdNr. 39). Ist das nicht der Fall, müssen die für die Mehrmenge entstehenden Kosten nach § 287 ZPO geschätzt werden (RdNr. 36). Dazu hat die Baufirma „die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen“ (RdNr. 37).

Wie ist es aber, wenn die vorgelegte Kalkulation zwar plausibel, aber im Verhältnis zu üblichen Wettbewerbsansätzen völlig verzerrt ist? Beispiel: Die Firma setzt den Stahlpreis nicht, wie im Fall des BGH, um das 894-Fache überhöht an, sondern „nur“ um das 8,94-Fache. Sie schlüsselt den Preis von 22,10 DM/kg unter Bezug auf den statistisch als angemessen festgestellten Preis von 2,47 DM/kg wie folgt auf: 1 DM Stoffkosten, 1 DM Lohnkosten, 0,05 DM Gerätekosten, 0,15 DM Allgemeine Geschäftskosten (AGK), 0,15 DM Baustellengemeinkosten (BGK) sowie 0,06 DM Wagnis und 0,06 DM Gewinn. Die Firma trägt vor, sie habe alle diese Kalkulationsparameter mit den angegebenen Werten zugrunde gelegt. Nur den Gewinn habe sie statt mit 0,06 DM/kg mit weiteren 19,63 DM/kg kalkuliert (19,63 + 0,06 + 2,41 ergibt 22,10 DM/kg). Unterstellt, der „nur“ um das 8,94-Fache überhöhte Preis von 22,10 DM/kg sei nicht sittenwidrig, sind dann die über 110 % der ausgeschriebenen Mengen hinausgehenden Mengen mit diesem Gewinnansatz unverändert fortzuschreiben? Anders formuliert: Darf der Bieter unter-

<sup>9</sup> im Folgenden auch als „Ausgangspreis“ bezeichnet

<sup>10</sup> vgl. auch OLG München, Urteil vom 14.07.1993, Az.: 27 U 191/92, BauR 1993, 726

halb einer (hier mit 22,10 DM/kg unterstellten) Grenze der sittenwidrigen Preisgestaltung seine Kalkulationsparameter der Einzelposition mit Blick auf Mengenmehrungen und Leistungsänderungen aufwands- und wettbewerbsfern völlig frei gestalten? Gibt es nur die Grenze der Sittenwidrigkeit oder enthält die VOB/B in § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. Nr. 5 immanente Regelungsmechanismen? Die in der Praxis immer häufiger anzutreffende Argumentation, dass alle oder wesentliche Teile des mit dem Auftrag kalkulierten Gewinns in **eine** Position eingerechnet worden seien, hatte der BGH nicht zu beurteilen. Darauf wird am Ende der Ausführungen zurückzukommen sein.<sup>11</sup> Zunächst zu den wesentlichen Aussagen des BGH:

### 3.2 Prüfung der Sittenwidrigkeit, bezogen auf einzelne Einheitspreise

Kommt es während einer Baumaßnahme zu Mengenmehrungen, weil die erforderlichen Mengen nicht exakt vorausgeschätzt worden sind oder werden konnten, oder kommt es infolge ändernder Eingriffe des Bauherrn zu Mehrungen, so ist dafür ein neuer Preis nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. Nr. 5 VOB/B zu vereinbaren. Diese Vereinbarung kann isoliert auf Sittenwidrigkeit untersucht werden. Entscheidend ist, welcher Preis ursprünglich im Vertrag vereinbart war und wie er sich aufgrund der Regelungsmechanismen der VOB/B, wonach nur die durch die Änderung entstehenden Mehr- oder Minderkosten hinzuzurechnen bzw. abzuziehen sind, entwickelt (siehe BGH, RdNr. 9).

Die VOB/B stellt ersichtlich auf einzelne Positionen, auf die in ihnen tatsächlich enthaltenen Preisermittlungsgrundlagen und auf die preislichen Auswirkungen von Leistungs- oder Mengenänderungen auf die jeweilige Position ab. Zu Recht untersucht deshalb der BGH die Preisfortschreibungsvereinbarungen der VOB/B ausschließlich mit Blick auf die jeweils betroffene Position (RdNr. 22).

In der Praxis wird demgegenüber häufig, insbesondere im Zusammenhang mit Preisvereinbarungen für hinzukommende Leistungen nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B, unzutreffend so vorgegangen, dass im Vertrag eine vergleichbare Leistungsposition gesucht und deren Preis zugrunde gelegt wird. Das berücksichtigt nicht, dass sich die Vergütung nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B nicht auf der Grundlage einzelner Einheitspreise, sondern nach den Grundlagen der Preisermittlung für den gesamten Vertrag und den besonderen Kosten der geforderten Leistung bestimmt. Auch im Zusammenhang mit Preisvereinbarungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist es entgegen Kapellmann/Schiffers<sup>12</sup> für den Fall, dass im Leistungsverzeichnis mehrere vergleichbare Leistungen mit unterschiedlichen Preisen vorliegen, unzulässig, von einem gemittelten Preis auszugehen. Damit wird gegen das System der positionsbezogenen Mehr- oder Minderkosten verstoßen, dem Bieter wird ein von ihm nicht kalkulierter mittlerer Preis aufoktroiert, der Bauherr wird an eine willkürliche Kalkulationsgrundlage gebunden. Zutreffend ist es, in einem derartigen Fall auf die Gesamtvertragskalkulation abzustellen.

Ergänzend ist zum BGH auszuführen: Werden durch eine technische Veränderung mehrere Positionen berührt, ist die Auswirkung jeweils innerhalb der betroffenen Positionen zu untersuchen. Ohne Bedeutung ist der Preis des Gesamtvertrages (RdNr. 22).

---

<sup>11</sup> siehe Abschnitt 4.2

<sup>12</sup> Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, Einheitspreisvertrag, 5. Aufl., 2006, Rdn. 1003

### 3.3 Sittenwidrigkeit eines Preises bei auffälligem Missverhältnis zur Gegenleistung

Der BGH weist darauf hin, dass für die Sittenwidrigkeit eines Preises nach § 138 Abs. 1 BGB sowohl ein objektiv auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung als auch das Hinzutreten subjektiver Umstände vorliegen müssen. Dabei sind die subjektiven Umstände häufig einem direkten Nachweis nicht zugänglich. Art und Ausmaß der objektiven Umstände können aber eine Vermutung für das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale begründen (RdNr. 11).

Bei einem gegenüber üblichen Preisen 800-fach überhöhten Preis bedarf das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses – so der BGH – keiner weiteren Erörterung. Entscheidend ist stets das Missverhältnis der einzelnen Position. Auf das Preisverhältnis des Gesamtvertrages kommt es nicht an (RdNrn. 13 und 14).

Ergänzend ist zu den Ausführungen des BGH anzumerken, dass es für die Frage der Sittenwidrigkeit der Preisvereinbarung ohne Bedeutung ist, ob der Auftraggeber die VOB/B, gegebenenfalls die Klauseln des § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B isoliert, **selbst** gestellt hat. Sittenwidrigkeit wird von der Rechtsordnung generell missbilligt.

### 3.4 Eine außerordentlich überhöhte Vergütung begründet die widerlegbare Vermutung verwerflichen Gewinnstrebens

#### 3.4.1 Der Ansatz des BGH

Der BGH stellt auf die Besonderheiten des Bauvertrages ab: *„Die Vereinbarung eines außerordentlich überhöhten Preises für Mehrmengen fußt auf der Vereinbarung eines außerordentlich überhöhten Einheitspreises in der dem Preisanpassungsverlangen zugrunde liegenden Position des Leistungsverzeichnisses“* (RdNr. 15). Gibt der Bieter in der Ausgangsposition einen außerordentlich überhöhten Einheitspreis an, besteht die widerlegbare Vermutung, dass er in dieser Position auf eine Mengenmehrung und damit auf einen außerordentlichen Gewinn ohne entsprechenden Gegenwert für den Auftraggeber hofft. Die Hoffnung bzw. Erwartung des Bieters kann auf einem Informationsvorsprung, auf Erfahrungssätzen oder sogar auf der Gewissheit von Mengenmehrungen beruhen. Das Verhalten widerspricht dem für Bauverträge typischen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch. Die Spekulation auf deutlich überhöhte Einheitspreise ist „vertragsuntypisch“ (RdNr. 15) und mit einem fairen Umgang der Vertragsparteien miteinander nicht zu vereinbaren. Es ist Sache des Auftragnehmers, die durch die Preisgestaltung begründete Vermutung sittlich verwerflichen Gewinnstrebens auszuräumen (RdNr. 16).

#### 3.4.2 Die Besonderheiten des konkreten Falles

Ergänzend zu den Ausführungen des BGH ist für den untersuchten Fall auf Folgendes hinzuweisen: Der vom Auftragnehmer mit 2.210 DM/kg in die streitbetroffenen Positionen eingesetzte Preis entspricht (auch insoweit noch überhöht) allenfalls einem Preis pro Tonne. Dem Handeln des Auftragnehmers können aus der Sicht der Praxis zwei Ursachen zugrunde liegen: Da die Mengen für die Betonstahlarbeiten regelmäßig in Tonnen ausgeschrieben werden, könnte der Auftragnehmer übersehen haben, dass es in der konkreten Position um die Gewichtsangabe Kilogramm ging. Möglich wäre auch, dass der Auftragnehmer darauf setzte, dass der eingetragene, einem Tonnen-Preis entsprechende Preis bei der Wertung übersehen werden würde, weil auch der Ausschreibende von Tonnen-Preisen ausging, wie sich mögli-

cherweise aus anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses ergab. Zudem konnte der Bieter angesichts der in anderen Positionen ausgeschriebenen Mengen an **Beton** evtl. mit Mehrungen beim Stahl rechnen. Beton und Stahl stehen regelmäßig in einem Mengenverhältnis.

Dem Preis sieht man das Motiv für die festgesetzte Höhe nicht an. Der BGH stellt auf Folgendes als Wesentlich ab: Ein außerordentlich überhöhter Einheitspreis der ursprünglichen Vertragsposition begründet die Vermutung sittenwidrigen Gewinnstrebens für den Fall künftig erforderlicher Preisanpassungen für Mehrmengen. Dabei kann es nach hiesiger Ansicht die Vermutung verwerflichen Gewinnstrebens verstärken, wenn es nicht nur um geringfügige, sondern um deutliche Mehrmengen geht.

Aus dem Ansatz des Bundesgerichtshofs, dass es für die Vermutung der Sittenwidrigkeit auf den ursprünglichen überhöhten Preisansatz ankommt, kann allerdings nicht geschlossen werden, dass der Auftragnehmer die Vermutung eines sittenwidrigen Vorteils bereits ausräumen kann, indem er einen Irrtum bei der Preisbildung vorträgt, weil er versehentlich selbst von Tonnen- und nicht von Kilogramm-Preisen ausgegangen sei. Das verwerfliche Handeln liegt in der Perpetuierung seines unabsichtlichen (oder gegebenenfalls absichtlichen) Vorteils, der dem Bauherrn einen außerordentlichen Nachteil beschert.

Im konkreten Fall wurde vorgetragen, dass nicht mischkalkuliert worden sei (RdNr. 17). Sollte die Baufirma tatsächlich, wofür einiges spricht, versehentlich den Tonnenpreis statt des Kilogrammpreises als Positionspreis eingetragen haben, so entstand für sie ein Dilemma besonderer Art: Gab sie ihren Irrtum zu, so war ihr die Geltendmachung des überhöhten Preises hiesigen Erachtens nicht nur für die Mehrmenge abgeschnitten, sondern auch für die Ausgangsmenge. Denn durch ihre Erklärung wurde dokumentiert, dass der Positionspreis 1.000-fach überhöht war. Ihn geltend zu machen wäre im konkreten Fall, da keinerlei Gegenleistung und keinerlei kompensatorischer Vorteil für den Bauherrn erkennbar sind, angesichts der Größenordnung des geforderten Betrags bereits bei irrtümlicher Preisgestaltung (und erst Recht bei absichtlicher Preisgestaltung) sittenwidrig gewesen. Für die ausgeschriebenen 300 kg erhielt die Firma 663.000 DM (300 kg x 2.210 DM/kg) statt 663 DM. Der Bauherr hat den Unterschiedsbetrag nicht geltend gemacht. Der BGH musste nicht entscheiden, ob die Vereinbarung eines derart überhöhten Preises **für die im Leistungsverzeichnis geschätzte Menge** wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein kann (RdNr. 8). Bemerkenswert ist aber, dass der BGH diesen Aspekt, obwohl nicht entscheidungserheblich, anspricht (siehe auch den folgenden Abschnitt).

### 3.4.3 Besonderheiten bei Mischkalkulation, bezogen auf die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Mengen

Das Urteil behandelt diesen Fall nicht. Es enthält aber Hinweise zum Aspekt des sittenwidrig überhöhten Preises **für eine bereits im LV enthaltene Menge** in den RdNrn. 30 ff. Der BGH stellt in RdNr. 30 klar, dass eine nichtige Preisvereinbarung auch dann durch eine mit der Rechtsordnung vereinbare Preisvereinbarung ersetzt werden kann, wenn sie lediglich ein Bestandteil einer Gesamtpreisvereinbarung ist und die Nichtigkeit der Vereinbarung dem von beiden Seiten verfolgten Zweck der Parteien zuwiderliefe, der Sittenverstoß sich eindeutig auf einen abtrennbaren Teil beschränkt und im Übrigen gegen Inhalt und Zustandekommen des Vertrages keine Bedenken bestehen.

Da sich der Einheitspreisvertrag aus einzelnen Positionen mit eigenständiger Bedeutung zusammensetzt (vgl. RdNr. 22), steht nach hiesiger Auffassung nichts dagegen, auch die im Aus-



gangsvertrag enthaltenen Positionen je für sich auf sittenwidrig überhöhte Preise zu untersuchen. Die Sittenwidrigkeit, ein verwerfliches Gewinnstreben, wird dabei allerdings nicht stets festzustellen sein. Die überhöhten Preise werden durch unauskömmliche Preise kompensiert. Dem im Wettbewerb Preisgünstigsten kann kaum verwerfliches Gewinnstreben vorgehalten werden. Die Situation ist allerdings ganz anders, wenn der Auftragnehmer erkannt oder zu Recht vermutet hat, dass die von ihm billig bepreisten Positionen nicht oder nur in geringerer Menge anfallen, die überaus hoch bepreisten aber in vollem Umfang gebraucht werden. Dann erspart sich der Bauherr, anders als bei einem positionsbezogen korrekt kalkulierenden Bieter und entgegen dem vereinbarten System des § 2 Nr. 2 VOB/B, das auf eine Abrechnung der tatsächlichen Mengen mit dem je Position tatsächlich verlangten Preis abstellt, nicht den Betrag, den er sich bei positionsbezogen korrekten Preisen der wegfallenden Mengen erspart hätte. Den überaus hohen Preis der verbleibenden Positionen, der beim Auftragnehmer nur durch das „Sahnehäubchen“ der mischkalkulierenden Preisverknüpfungen mit den unauskömmlichen Preisen der wegfallenden Positionen möglich war, soll der Bauherr bezahlen - ohne auch nur annähernd eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten? Auch in diesen Fällen wird künftig bei extremem Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung § 138 Abs. 1 BGB anzuwenden sein.<sup>13, 14</sup> Das gilt umso mehr, wenn der Auftragnehmer billig angebotene Leistungen vertragswidrig nicht ausführt, z. B. eine mit unauskömmlichen Preisen angesetzte Spundwand nicht herstellt, sondern statt dessen die Baugrube oder den Kanal geböscht ausführt.<sup>15</sup>

#### 3.4.4 Nicht 800-fach, sondern rd. 34.000-fach überhöhter Preis

Der BGH sieht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers, wenn der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen zu einer außerordentlich überhöhten Vergütung führt (im konkreten Fall zu einer 800-fachen Überhöhung), weil der Auftragnehmer bereits in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat. Erste Kommentierungen in der Literatur<sup>16</sup> wollen zur Frage der Sittenwidrigkeit offenbar auf den LV-Positionspreis abstellen: Ein um das 894-fach über dem üblichen Einheitspreis liegender Preis führe zur Vermutung der Sittenwidrigkeit der Preisbildung für die anfallenden Mehrmengen (2.210 DM/kg geteilt durch 2,47 DM/kg = 894). Der BGH spricht gerundet vom 800-fach überhöhten Preis (2.045,15 DM/kg [= für die Mehrmenge verlangter Preis] geteilt durch 2,47 DM/kg = 828).

Der Preis ist jedoch in Wirklichkeit nicht um das rd. 800-Fache überhöht, sondern um das rd. 34.000-Fache. Denn der Preis von 2,47 DM/kg setzt sich, wie wir mit üblichen Kalkulationsansätzen nachvollzogen haben, aus durchschnittlich 1 DM Stoffkosten, 1 DM Lohnkosten, 0,05 DM Gerätekosten, 0,15 DM AGK, 0,15 DM BGK, 0,06 DM Wagnis und 0,06 DM Gewinn zusammen. Wenn die Baustellengemeinkosten bereits durch die ausgeschriebenen Mengen

<sup>13</sup> Vgl. auch RdNr. 9: „Die Prüfung der Sittenwidrigkeit kann auf die Vereinbarung einzelner Einheitspreise und **auch** auf die Vereinbarung der Preisbildung für den Fall der Mengenerhöhung beschränkt werden.“

<sup>14</sup> Wenn der spekulativ kalkulierende Bieter wegen Unzuverlässigkeit hätte ausgeschlossen werden können und der nächste, nicht spekulierende Bieter günstiger abgerechnet hätte, kann die Nichtinformation des Bauherrn über die Mischkalkulation im Übrigen zu einem Schadensersatzanspruch des Bauherrn gegen den Architekten führen.

<sup>15</sup> Gerade bei Baubegehfen ist ein derartiges Vorgehen nicht selten. Es wird gepaart mit dem (unzutreffenden) Argument, da der Baubebehelf nicht in das Bauwerk eingehe, entstünden auch keine Mängelansprüche. Für eine Minderung der Vergütung sei zudem kein Raum, da der Aufwand für die Böschung ohnehin größer gewesen sei als der für die Spundung angesetzte Preis.

<sup>16</sup> siehe Leinemann, *ibr-online* 2009, 128

erwirtschaftet sind, sind die tatsächlichen Kosten der Firma für die Mehrmengen der Einheitspreispositionen 2,26 DM/kg (DM 1 + 1 + 0,05 + 0,15 + 0,06 für Wagnis). Bei insgesamt 1.731,70 kg (1.429,20 kg [Pos. 32.5.120] + 302,50 kg [Pos. 32.5.130] abzüglich 110 % ausgeschriebener Menge [= 330 kg]) verbleiben ausgeführte 1.401,70 kg, für die Kosten von 3.167,84 DM (1.401,70 kg x 2,26 DM/kg) entstanden sind.<sup>17</sup> Der Unterschiedsbetrag zur geltend gemachten Abrechnungssumme für die Mehrmengen bei den beiden Positionen beträgt 2.863.518,91 DM (2.866.686,76 DM [1.401,70 kg x 2.045,15 DM/kg] minus 3.167,84 DM). Dies ist der Vorteil, den die Firma tatsächlich verlangt hat. Sie hat ihren Gewinn, der bei 1.401,70 kg x 0,06 DM/kg bei 84,10 DM lag, um das rd. 34.000-Fache erhöht (2.863.518,91 DM geteilt durch 84,10 DM = 34.048). Da eine Baufirma im Bauhauptgewerbe im Durchschnitt 3 % bis 5 % Gewinn pro Auftrag erwirtschaftet, bedeutet eine 800-fache Überhöhung des ursprünglichen Positionspreises bei 5 % Gewinnansatz einen 16.000-fachen Vorteil. Der gegenüber einem üblichen Preis verdoppelte Positionspreis enthält 20 zusätzliche Gewinneinheiten zu 5 %. Bei 800-facher Überhöhung ergibt sich ein 16.000-facher Vorteil (20 Gewinnanteile x 800)<sup>18</sup>.

Eine regulär kalkulierende Firma muss also, bezogen auf einen verdoppelten Positionspreis, einen Mehrumsatz in Höhe des **20-fachen Gewinns machen**, wofür sie erst einmal entsprechende Aufträge braucht, um zum gleichen Ergebnis zu kommen wie der spekulierende Auftragnehmer.

Dieser Ansatz macht deutlich, dass der Auftragnehmer über seine Preisgestaltung zum einen vom Bauherrn einen durch den Verdacht verwerflichen Gewinnstrebens geprägten, überhöhten Preis verlangt. Zugleich wird etwas anderes deutlich: Der gesamte Sinn des Wettbewerbs wird pervertiert. Der Auftragnehmer verschafft sich durch seine (bei Mischkalkulation zudem verdeckte) Preisgestaltung auch zu Lasten aller weiteren Firmen einen nicht gerechtfertigten Vorteil. Während der Gesamtangebotspreis als preiserhebliches Zuschlagskriterium den Eindruck erweckt, der Bieter sei der preisgünstigste, ist in Bezug auf die bei Bauaufträgen unvermeidlichen Veränderungen (weshalb § 2 Nrn. 3, 5 und 6 VOB/B gerade geschaffen wurden) durch die Einheitspreisgestaltung das Einfallstor für inadäquate Preissteigerungen geöffnet. Mit diesem Verhalten, das ein weiteres Gepräge der Sittenwidrigkeit hat, werden entgegen § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A, der Verhaltensweisen sowohl auf der Nachfrager- als auch auf der Anbieterseite betrifft<sup>19</sup>, die konkurrierenden Firmen im Einzelfall und gegebenenfalls auf Dauer verdrängt. Mit § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A wurde an alle Auswüchse des Wettbewerbs gedacht, auch an unlautere Konkurrenzmittel.<sup>20</sup> Wer sich an Vergabeverfahren der VOB/A beteiligt, erhält Rechte zugesprochen, er muss andererseits Verhaltensregeln beachten, z. B. keine Absprachen zu treffen, nicht mischzukalkulieren, je Einheitspreisposition den tatsächlich verlangten Preis anzugeben und die Kalkulationsansätze der Einheitspreispositionen bei Preisfortschreibungen im Verhältnis zur Vertragskalkulation plausibel zu machen. § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A betrifft die Vertragsanbahnung. Sein Inhalt ist aber nicht auf den Zeitraum bis zum Vertragsabschluss begrenzt. Die VOB sieht in ihren Teilen A und B von Anfang an später notwendige Vertragsweiterungen oder Vertragsänderungen mit Auswirkungen auf die Vergütung vor. Das wird bei

<sup>17</sup> Sind die Baustellengemeinkosten noch nicht erwirtschaftet, ergeben sich Kosten von 3.378,10 DM (1.401,70 kg x 2,41 DM/kg).

<sup>18</sup> Beim Positionspreis von 2,47 DM/kg und einem Gewinnanteil von 0,06 DM/kg beträgt der Gewinnansatz im Fall des BGH 2,4 %. Deshalb ergibt sich die mehr als doppelte, nämlich die oben ermittelte 34.000-fache Gewinnverbesserung.

<sup>19</sup> siehe Heiermann, Riedl, Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Aufl., 2003, VOB/A § 2 Rdn. 23

<sup>20</sup> siehe Ingenstau/Korbion/Schranner, 15. Aufl., 2004, VOB/A § 2 Rdn. 33

Mengenveränderungen, die sich ohne Eingriff des Bauherrn ergeben, unmittelbar über § 2 Nr. 3 VOB/B abgewickelt. Entsprechendes geschieht über die einseitigen Leistungsbestimmungsrechte des Bauherrn nach § 1 Nrn. 3 und 4 VOB/B, die Vergütungsfolgen nach § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B auslösen. Folge ist, dass die oben genannten Verhaltensregelungen zum Vertragsabschluss, daneben z. B. auch das Preisverhandlungsverbot, in dieser weiteren Stufe unmittelbar fortwirken.

#### 3.4.5 Zur spezifischen Sittenwidrigkeit des Preisansatzes beim VOB/B-Vertrag

Die Besonderheit des Bauvertrages nach VOB/B ist, dass der ursprüngliche, die Mengen des Leistungsverzeichnisses +/- 10 % zugrunde legende Vertrag und der so berechnete Angebots**gesamtpreis** nicht sittenwidrig, vielmehr als Ergebnis des Preiswettbewerbs ein für beide Parteien sachgerechter Preis ist. Erst durch die Aufteilung in einzelne Positionspreise, die als solche – anders als bei Firmen untereinander oder bei Verträgen mit nicht-öffentlichen Auftraggebern – nicht verhandelbar sind, entstehen die Verzerrungen durch Kalkulationsansätze, die dem Gesamtvertrag gerade nicht zugrunde liegen.

Aus dem Urteil des BGH ergibt sich nicht, ab welcher Grenze ein Einheitspreis sittenwidrig überhöht ist. Das musste der BGH schon bei der von ihm angenommenen 800-fachen Erhöhung nicht entscheiden. Die Zurückverweisung an das Berufungsgericht, damit die Baufirma die Gelegenheit erhält, die Vermutung sittenwidriger Preisgestaltung zu widerlegen, beruht ausschließlich auf dem verfassungsrechtlichen Recht auf rechtliches Gehör, weil die Thematik sittenwidriger Preisgestaltung im Berufungsverfahren nicht angesprochen worden war. Der BGH nennt in diesem Zusammenhang eine Reihe von Gründen, die überhöhter Preisgestaltung zugrunde liegen können, z. B. Informationsvorsprung des Bieters, Spekulation, Erfahrungssatz oder Tatsachen (RdNr. 15).

#### 3.4.6 Sittenwidrigkeit der Preisfortschreibung als solcher

Die Preisbildung bei den Positionen des Ausgangsvertrages ist nur Indiz. Da die je Position vereinbarte Preisfortschreibung einen eigenständigen Charakter hat (RdNr. 9), kann es auf das Motiv der ursprünglichen Preisbildung nicht ausschließlich ankommen. Auch die im Zeitpunkt der Preisfortschreibung manifestierte Erkenntnis, einen außerordentlichen Gewinn zu erzielen, der zu nicht eingeplanten Mehrkosten beim Auftraggeber führt, denen insbesondere kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht, muss nach hiesiger Ansicht genügen.

Es ist geboten, dass alle billig und gerecht Denkenden darüber nachdenken, ob Gewinnmaximierungen im mehr als zehnfachen Bereich gegenüber der Ausgangskalkulation (was bei 5 % Gewinn bereits beim 1,5-fachen des üblichen Preises vorliegt) in der Rechtsordnung hingenommen werden können, sollen oder müssen. Denn die Rechtsordnung kann kein Verständnis dafür aufbringen, dass ein Unternehmer aufgrund eines Ausschreibungsfehlers<sup>21</sup> einen völlig unangemessenen Gewinn für eine Position erlangen kann und dabei gleichzeitig gegen die Prinzipien der öffentlichen Vergabe verstößt, die jedenfalls im Grundsatz gewährleisten sollen, dass der Bauauftrag zu angemessenen Preisen vergeben werden soll (RdNr. 24). Wobei zu ergänzen ist, dass der Auftrag nicht nur so vergeben, sondern insgesamt (auch für notwendige Mehrleistungen und Veränderungen) auch so abgewickelt werden soll. Dies bekräftigt nicht nur, wie vom BGH erwähnt, § 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A, sondern noch viel mehr § 2 Nr. 6 VOB/B, der gerade für die Notwendigkeit bei der Ausschreibung nicht zu sehender oder übersehener

<sup>21</sup> Wobei es nicht einmal um eine Vorwerfbarkeit dieses „Fehlers“ geht. Der Fehler kann auch auf technisch nicht weiter aufklärbaren Baumständen, beispielsweise im Baugrundbereich (Notwendigkeit von Bodenaustausch etc.) oder bei Umbaumaßnahmen, beruhen.

Leistungen auf das Preis- und Kalkulationsgefüge des gesamten Vertrages abstellt, also sicherstellt, dass der Wettbewerbspreis wettbewerbsgerecht fortgeschrieben wird. Da der Gewinnanteil von Baufirmen im Bauhauptgewerbe durchschnittlich 5 % des Positionspreises ausmacht, enthält ein im Verhältnis zum üblichen Preis doppelt so hoch angesetzter Einheitspreis nicht nur, wie bereits dargestellt,<sup>22</sup> weitere zwei, sondern weitere 20 Gewinnanteile, denen bei Mengenmehrungen und geänderten Leistungen keinerlei Gegenleistung gegenübersteht. Das Auseinanderklaffen von Leistung und Gegenleistung ist dabei umso größer, je größer die zusätzliche Menge ist.

### **3.5 Häufige, jedoch nicht tragfähige Argumente zur Ausräumung des vermuteten verwerflichen Gewinnstrebens**

#### **3.5.1 Üblicher Preis und Beweislast**

Es ist Sache des Auftraggebers darzulegen, dass der Einheitspreis der Position, deren Preis nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B fortzuschreiben ist, außerordentlich überhöht ist. Maßstab ist der übliche Preis im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB. Üblich ist der Einheitspreis, der zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt (RdNr. 33). Anhaltspunkte für den üblichen Preis können sich aus der Kostenberechnung des Architekten, aus vergleichbaren Leistungen, aus Kalkulationshandbüchern oder aus den Angeboten der weiteren Bieter ergeben.<sup>23</sup>

Ist der angesetzte Preis außerordentlich überhöht, ist es Sache des Auftragnehmers, die Umstände darzulegen, die die Vermutung des sittlich verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen. Aus der Sicht der Praxis ist es erfreulich, dass der VII. Senat damit die Beweislastverteilung für die widerstreitenden Parteiinteressen klar strukturiert hat.<sup>24</sup>

#### **3.5.2 Argumente gegen verwerfliches Gewinnstreben**

Der BGH untersucht eine Reihe von Argumenten, mit denen die Baufirma die Vermutung der Sittenwidrigkeit widerlegen wollte:

##### **3.5.2.1 Freie Preisgestaltung und Kompensation durch unaukkömmliche Einheitspreise**

Die Baufirma trug vor: Die Vergabe- und Vertragsordnung eröffne den Baufirmen die Möglichkeit, ihre Preise beliebig zu bilden. Die Korrektur dieser Preise nach einer Mengen- oder Leistungsänderung sei nicht möglich, auch wenn sie deutlich überhöht seien. So wie die Firmen bei Mengenmehrungen oder Leistungsänderungen an niedrigen Preisen festgehalten würden, müssten sie auch hohe Preise nach den entsprechenden Tatbeständen durchsetzen können.

Dies lässt der BGH mit dem Argument nicht gelten, die Darlegung räume nicht aus, dass der hohe Preis in den betreffenden Positionen allein deshalb gebildet worden ist, um aus diesen Positionen einen überaus hohen, jedenfalls positionsbezogen völlig unangemessenen, speku-

---

<sup>22</sup> siehe oben Abschnitt 3.4.4

<sup>23</sup> Diese sind allerdings nur hilfreich, wenn ihnen nicht ebenfalls Spekulationsabsichten zugrunde liegen.

<sup>24</sup> Zum Mischkalkulationsbeschluss des X. Senats (Az.: X ZB 7/04, BauR 2004, 1433) ist bis heute leider umstritten, wen die Beweislast für das Vorliegen einer Mischkalkulation trifft.

lativen Gewinn zu Lasten des Bauherrn zu erwirtschaften (RdNr. 18). Der BGH stellt damit auf den perpetuierenden Erfolg der ursprünglichen, überhöhten Einheitspreisposition ab. Weder lässt er das Argument der Freiheit zur Preisgestaltung noch als kompensatorischen Ansatz die Bindung an unauskömmlich niedrige Einheitspreise genügen.

#### 3.5.2.2 Kalkulationsfreiheit und spekulativ überhöhte Einheitspreise

Der BGH lässt sich nicht auf den Verweis der Baufirma auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht ein, nach der es in der Natur des Wettbewerbs um die Vergabe von Bauaufträgen liege, dass Unternehmen in unterschiedlicher Art und Weise und auch in unterschiedlichen Positionen ihre Gewinnerwartung realisierten (RdNr. 19).

In der Tat geht es darum nicht. Jeder Unternehmer kann kalkulieren, wie es seinem Geschäftsbetrieb, seinen Gestehungskosten, seinen Vorteilen aus know-how oder seiner Gewinnerwartung usw. entspricht. Er steht damit im Vergabeverfahren im Wettbewerb. Dieser auf die Gesamtangebotssumme abstellende Wettbewerb zeigt (und ist insoweit Korrektiv), ob sich der Unternehmer durchsetzen kann. Ganz anders steht es um die Preisfortschreibung, die aufgrund späterer Veränderungen erforderlich ist. Für diesen Teil findet kein Wettbewerb statt. Äußerster Rahmen muss deshalb sein, dass es nicht zur Bildung anstößiger, weil spekulativ überhöhter Einheitspreise kommt, die das Maß dessen sprengen, was von der Rechtsordnung hingenommen werden kann (RdNr. 19). Dieser Rahmen begrenzt in jedem Fall den neu entstehenden Einheitspreis.

#### 3.5.2.3 Unterlassene Preisaufklärung bei der Wertung

Die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig wegen des einseitig motivierten übersteigerten Gewinnstrebens einer der Vertragsparteien scheitert nicht daran, dass die Gegenpartei diese Motivation im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung oder bei der Angebotswertung oder -prüfung erkennen konnte oder dass sie das Geschäft hätte verhindern können (RdNrn. 20 und 21).

Die objektiv verwerfliche Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt nicht vom Kenntnisstand des Vertragspartners ab. Hinzu kommt, dass es um künftige, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Bauherrn gerade noch nicht erkannte oder erkennbare Umstände geht, nämlich ob Mengenmehrungen oder Leistungsveränderungen erforderlich sein werden und wenn ja, in welchem Umfang.

#### 3.5.2.4 Sittenwidriger Einheitspreis und Gesamtpreis

Unerheblich nach BGH ist es, dass die betroffenen Einheitspreispositionen lediglich einen Teil des Gesamtauftrags bilden und möglicherweise der Gesamtpreis auch nach der Mengenerhöhung nicht anstößig ist. Das Wesen des Einheitspreisvertrages ist es, dass für einzelne Positionen Preise gebildet werden, die rechtsgeschäftlich vereinbart sind. Die Bedeutung dieser Preise erschöpft sich nicht darin, dass sie Teil einer Gesamtpreisbildung sind. Die Einheitspreise haben vielmehr eine eigenständige Bedeutung (RdNr. 22).

Diesen Ausführungen des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Preisfortschreibungsregelungen der VOB/B (§ 2 Nrn. 3, 5 und 6 VOB/B) wollen sicherstellen, dass es bei Mehrmengen, Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen nicht zu neuen Preisverhandlungen, losgelöst vom ursprünglichen Wettbewerb und mit der unerwünschten Folge eines vorübergehenden Baustillstands oder von Behinderungsschäden, kommt. Deshalb soll grundsätzlich an

das angeknüpft werden, was schon vereinbart ist. An Sittenwidriges und damit Nichtiges kann nicht angeknüpft werden.<sup>25</sup>

### 3.5.2.5 Ausschreibungsfehler und Spekulationspreise

Die Rechtsordnung kann kein Verständnis dafür aufbringen, dass ein Unternehmer aufgrund eines Ausschreibungsfehlers einen völlig unangemessenen Gewinn in einer Position erlangen kann und dabei gleichzeitig gegen die Prinzipien der öffentlichen Vergabe verstößt, die jedenfalls im Grundsatz gewährleisten sollen, dass der Bauauftrag zu angemessenen Preisen vergeben werden soll (RdNr. 24).

Der BGH stellt damit die weit verbreitete Auffassung, dass es der Auftraggeber selbst ist, der wegen der von ihm gefertigten VOB-widrigen Ausschreibung die Ursache für diese Preiskalkulation der Baufirma gesetzt hat, zu Recht vom Kopf wieder auf die Füße. Häufig geht es nicht einmal um einen Ausschreibungsfehler. Denn oft ist es im Zeitpunkt der Ausschreibung gerade noch nicht klar, vielmehr völlig unsicher, ob und in welchem Umfang eine Leistung, z. B. Bodenaustausch oder Verbesserungsmaßnahmen bei einer Bodenstabilisierung, erforderlich sein wird. Kommt es zu größeren Mengen oder zu geänderten Leistungen, soll an eine ursprünglich korrekte Kalkulation, jedenfalls nicht an einen in der Erwartung weiterer Mengen oder eventuell notwendiger Leistungsänderungen gestalteten, das angemessene Maß ersichtlich übersteigenden Preis angeknüpft werden müssen. Müsste nach den Regelungen der VOB/B jeder Preis bis geringfügig unter die Grenze der Sittenwidrigkeit für Preisfortschreibungen akzeptiert werden, so wäre der Bauherr – zum Nachteil der Firma – besser beraten, derartige Leistungen gar nicht auszuschreiben. Denn für nicht vereinbarte Leistungen berechnet sich ein an den Gesamtwettbewerbspreis anbindender Preis nach § 2 Nr. 6 VOB/B. Oder der Bauherr weicht auf die Ausschreibung von Bedarfspositionen aus, was für die Firmen von erheblichem Nachteil ist, weil sie ihre Umlagen regelmäßig nicht in die Bedarfspositionen einkalkulieren können.<sup>26</sup>

Im Übrigen ist es illoyal und widerspricht dem Kooperationsgedanken des Bauvertrages, wenn der Bieter einen Fehler der Ausschreibung erkennt oder vermutet und ihn zu seinen Gunsten ausnutzt. Vergaberechtlich macht er sich damit unzuverlässig und kann ausgeschlossen werden, vertragsrechtlich ist sein Verhalten nicht schutzwürdig (vgl. RdNr. 24). Der BGH (vgl. RdNr. 23) geht davon aus, dass es die bauvertragsspezifische kooperative Zusammenarbeit gebietet, dass der Bieter erkannte Ausschreibungsmängel nicht zu Positionspreisen nutzt, die das angemessene Maß deutlich übersteigen.

Wer wollte diesem Kooperationsgedanken des BGH widersprechen? Die Praxis sieht allerdings anders aus. Das EU-Vergaberecht hat den Firmen einen einklagbaren Anspruch darauf eingeräumt, dass der Bauherr die nachgefragte Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibt (§ 97 Abs. 7 GWB, § 9 VOB/A). Derartige Forderungen werden aber höchst selten erhoben. Die Firmen scheinen lieber darauf zu spekulieren, dass sich die Mengen und die Leistungen in der von ihnen erwarteten Richtung entwickeln und ihnen die Preisgestaltung über die These „fetter Preis bleibt fett“ bei Nachträgen Vorteile vermittelt. Das schadet nicht nur dem öffentlichen

<sup>25</sup> Ob es der auf fairen Leistungsaustausch (RdNr. 15) angelegten Vertragsordnung entspricht, dass der Auftraggeber an einen 1 Cent unter einem sittenwidrigen Preis liegenden Preis gebunden sein soll, wird noch zu hinterfragen sein (vgl. hierzu Abschnitte 3.10 und 4 sowie BGH, RdNr. 23, in der der BGH andeutet - was für seinen Fall nicht entscheidungserheblich war -, dass es bedenklich wäre, Positionspreise zu erzielen, „die das angemessene Maß deutlich überschreiten“).

<sup>26</sup> vgl. dazu Stemmer, Vergaberecht, Grundsätzliches und ausgewählte Fragen, Boorberg Verlag, S. 55 ff.

Bauherrn und damit dem Steuerzahler, sondern auch den korrekt bietenden Firmen.<sup>27</sup> Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte bestehen Einspruchsmöglichkeiten der Firmen. So sind in Bayern bei den Rechtsaufsichtsbehörden die sogenannten VOB-Stellen angesiedelt, die bei unkorrekten, lückenhaften, unklaren oder missverständlichen Ausschreibungen angerufen werden können. Zudem hat die Nichtbeachtung der Vergabevorschriften gegebenenfalls erhebliche Zuwendungskürzungen zur Folge.

Wer als Bieter seine Rechte nicht durchsetzt, kann allerdings nicht erwarten, dass die Rechtsordnung sein spekulatives Verhalten akzeptiert oder schützt.

### 3.5.3 Sonderfall Mischkalkulation

Vom BGH nicht zu untersuchen war eine Fallgestaltung mischkalkulierter Einheitspreise. Mischkalkulationen sind bekanntlich verdeckte Preisverlagerungen von einer Position in eine andere. Erwartet der Bieter, dass ausgeschriebene Einheitspreispositionen wegfallen oder nur in geringerem Umfang anfallen, setzt er niedrige Preise ein. Hohe Preise werden eingesetzt, wenn Mengenerhöhungen zu erwarten sind oder erhofft werden. Die Mischkalkulation dient dazu, durch Preisreduzierungen bei den korrespondierenden Positionen die Auftragschance, die durch ausschließlich hohe Preise in Positionen mit voraussichtlichen Mengenerhöhungen reduziert wird, aufrechtzuerhalten. Da jede Einheitspreisposition für den Fall von Mehrmengen oder Leistungsänderungen für sich zu betrachten ist, bleibt der Auftragnehmer an den unauskömmlich niedrigen Preisansatz gebunden, wenn es in der dortigen Position überraschenderweise zu Mehrmengen kommt. Den Vorteil der hoch bepreisten Position kann der Auftragnehmer bei nachgewiesener Mischkalkulation nicht nutzen: Die Preisverlagerung, um einen nicht im Äquivalenzverhältnis stehenden Vorteil zu erhalten, ist bei außerordentlich überhöhter Preisfolge sittenwidrig, im Übrigen ausschreibungs- und vertragswidrig. Der Bieter, der sich am Ausschreibungsverfahren nach der VOB/A beteiligt, weiß, dass er keine mischkalkulierten Preise angeben darf, sondern je Position den tatsächlich verlangten Preis anzugeben hat. Der mischkalkulierte Preis ist gerade nicht der Preis, den er für die betreffende Position tatsächlich verlangt (siehe Beschluss des X. Senats vom 18.05.2004, Az.: X ZB 7/04, BauR 2004, 1433). Für die Preisfortschreibung von Mehr- oder Minderkosten nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B ist es erforderlich zu wissen, wie der ursprüngliche Positionspreis kalkuliert wurde (RdNr. 37). Ergibt sich, dass der Auftragnehmer positionsfremde Preisbestandteile in die fortzuschreibende Einheitspreisposition einbezogen hat, kann der angegebene Preis generell nicht als Ausgangspunkt für die Berechnung der Mehr- oder Minderkosten verwendet werden. Die Kosten für die Mehrmenge bzw. für die geänderte Leistung sind dann nach § 287 ZPO zu er-

---

<sup>27</sup> Das Firmenverhalten spekulativer Preisgestaltung ist bei unseren Prüfungen häufig anzutreffen. Das Verhalten der Firmen ist nachvollziehbar, aber in der Sache nicht zu billigen: Die ausgeschriebenen Mengen und Leistungen stehen im Preiswettbewerb. Verdient wird häufig erst mit den Nachträgen. Bezeichnend ist die Antwort eines mittelständischen Unternehmers, der uns ansonsten als kompetent, zuverlässig und fair bekannt ist. Auf die Frage, warum er bei einer bestimmten Ausschreibung nicht angeboten habe, war die Antwort: Das Leistungsverzeichnis war zu korrekt. Da war nichts zu holen ...

Auch der Grundsatz der kooperativen Zusammenarbeit ist in der Praxis bei weitem nicht in der gewünschten Weise umgesetzt. Auf Auftraggeberseite wird viel zu wenig Wert auf umfassende und korrekte Leistungsbeschreibungen gelegt. Das sollte und darf von Auftragnehmerseite aber nicht dadurch pariert werden, dass man auf Nachfragen und den Anspruch auf Aufklärung verzichtet und stattdessen sein Heil oder seinen Vorteil in spekulativer Preisgestaltung sucht. Auch hierzu ist ein bezeichnendes Beispiel möglich: Ende der 90er Jahre wurden eine Reihe von Absprachen aufgedeckt. Die Bauwirtschaft gab sich daraufhin „Ethikmanagement-Regelungen“. Abgesehen davon, dass man ethische Gesinnung hat oder nicht hat, jedenfalls nicht managen kann, erwiderte man mir im Rahmen einer entsprechenden Veranstaltung auf die Frage, wie sich Bieter bei erkannten Fehlern des Leistungsverzeichnisses verhalten müssten: Es sei keinesfalls Sache der Auftraggeber, den Auftraggeber auf Fehler hinzuweisen und so eigene Kalkulationsfreiheiten einzuschränken. Der Auftraggeber müsse sich an seinen Architekten oder Ingenieur halten. Wenn Ethikmanagement nur bedeutet, dass man keine Absprachen trifft und nicht falsch abrechnet, hat der Kooperationsgedanke des BGH nicht die Chance und nicht die Wirkung, die er verdient.

mitteln, wenn der Auftragnehmer die notwendigen Grundlagen für eine Kostenschätzung benannt hat. Anders ausgedrückt: Die durch Mischkalkulation, d. h. durch verdeckte Preisverlagerung, hoch bepreiste Einheitspreisposition fällt aus dem üblichen Gefüge von Preis und Gegenleistung heraus und damit bei der Preisfortschreibung auf. Ihre Kalkulationsansätze sind bei einem Vergleich mit den Kalkulationsansätzen des Vertrages nicht plausibel zu erklären. Ohne dass es auf den Charakter der Preisposition als mischkalkulierte Position noch ankäme, muss der neue Preis, anknüpfend an BGH RdNrn. 36 ff.<sup>28</sup>, über § 287 ZPO ermittelt werden. Mischkalkulierten Angeboten kommt eine Indizwirkung zu, dass sie nicht den tatsächlichen je Position verlangten Preis ausweisen.

### 3.5.4 Weitere Argumente der Praxis gegen sittenwidrige Preisgestaltung

Über das Urteil des BGH hinaus sind weitere Fallgestaltungen denkbar.

#### 3.5.4.1 Argument hoher Wagniszuschlag

Die Kalkulation eines signifikant hohen Preises einer Position kann plausibel sein, etwa wenn sich gerade in dieser Position ein besonderes technisches Risiko verwirklicht, wenn die Leistung unter erschwerten Rahmenbedingungen auszuführen ist, etwa im Winter, oder wenn Terminvorgaben einzuhalten sind, die verstrafensbewehrt sind. Bei derartigen Fallgestaltungen stellt sich allerdings die Frage, ob es einer VOB-gemäßen Kalkulation entspricht, alle Risikoaspekte in **eine** Preisposition zu verlegen. Für die ausgeschriebenen Mengen mag das dahinstehen, denn der Risikoansatz allein in einer Einheitspreisposition egalisiert sich durch die notwendig knappe Kalkulation aller oder eines Teils der anderen Positionen angesichts der Notwendigkeit, dass der Wettbewerb gewonnen werden muss, bzw. des Umstands, dass der Wettbewerb gewonnen wurde.

Kommt es gerade bei der mit hohem Wagniszuschlag bepreisten Position zu Mengenerhöhungen oder zu geänderten Leistungen, ist als erstes zu prüfen, ob der (behauptete) Wagnisansatz sittenwidrig überhöht ist, sich jedenfalls für den vertragserweiternden Bereich der Mengenerhöhung oder der Leistungsänderung sittenwidrig überhöht auswirkt. Dann ist der Wagnisansatz nichtig. Für das Hinzukommende oder Geänderte ist der Wagnisansatz nach § 287 ZPO zu bestimmen. Ist der Wagnisansatz nicht sittenwidrig überhöht, ist als weiterer Schritt zu prüfen, ob sich die Mengen- oder Leistungsänderungen in Form von Mehr- oder Minderkosten auf den kalkulierten Wagnisansatz auswirken. Mehrmengen können bei entsprechender Vereinbarung den Termindruck erhöhen, so dass der hohe Ansatz für Wagnis weiterhin gerechtfertigt sein kann. Mehrmengen oder Veränderungen können gegenläufig dazu aber auch zu einer Verringerung des Wagnisses führen, beispielsweise wenn durch die Mehrmenge die Termin- und Vertragsstrafenvereinbarung obsolet wird oder wenn durch technische Veränderungen das ursprüngliche Risiko entfällt, beispielsweise weil eine andere Bodenart angetroffen wird oder weil sich der Bauherr für eine risikoärmere Gründung etc. entscheidet.<sup>29</sup>

Eine spezielle Situation ergibt sich, wenn der Auftragnehmer einen im Verhältnis zum Wert der in der Einheitspreisposition beschriebenen Leistung signifikant überhöhten Preis damit rechtfertigt, er habe gerade in dieser Position den gesamten Wagnisansatz für den Gesamtvertrag angesetzt, und es nun zu Mehrmengen kommt. Dann ist dieser Preis nicht geeignet, der hinzukommenden Menge zugrunde gelegt zu werden. In diesem Fall liegt zugestandenmaßen eine Konzentration von Wagnisanteilen in **eine** Position vor, die (nur) für die Preisfortschrei-

<sup>28</sup> siehe dazu auch unten Abschnitt 3.10.2

<sup>29</sup> Entsprechendes gilt generell bei jeder Reduzierung oder Erhöhung des ursprünglich kalkulierten Aufwands.



bung im Sinne des § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B nicht aufrechtzuerhalten ist. Oder man stellt mit dem BGH (was den Vorteil hat, dass die Mischkalkulation nicht thematisiert werden muss) darauf ab, dass der ausgewiesene Preis nicht die Kalkulationsansätze enthält, mit denen der Preis für die **konkrete Leistung tatsächlich kalkuliert** wurde. Dann liegt für die Mehrmenge oder die geänderte Leistung kein Positionspreis, kein „Grundpreis“ vor, der um Mehr- oder Minderkosten fortzuschreiben ist. Die Situation ist dem Fall des § 2 Nr. 6 VOB/B vergleichbar, bei dem kein Preis vorliegt, weil die Leistung ursprünglich nicht nachgefragt wurde. Es ist gerechtfertigt, in diesem Fall VOB/B-konform den Grundpreis analog § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu ermitteln. Daraus ergibt sich die für beide Seiten faire Situation, dass der unverzerrte Wettbewerbspreis nach Maßgabe der Gesamtwettbewerbskalkulation ermittelt wird. Anknüpfend an diesen Preis sind die Mehr- oder Minderkosten festzustellen.

#### 3.5.4.2 Einbeziehung künftiger Schwierigkeiten

Ein Argument, das die vermutete Sittenwidrigkeit einer Preisgestaltung nicht widerlegt, vielmehr verstärkt, ist folgendes in der Praxis anzutreffende: Es sei aus technischer Sicht von Anfang an erkennbar gewesen, dass die ausgeschriebene Menge oder Leistungsart nicht ausreichen werde. Im Vorgriff auf dadurch entstehenden Termindruck, höheren Aufwand, Umstellungsschwierigkeiten etc. sei der Ausgangspreis höher angesetzt worden.

Wer derartige Sachkunde besitzt, handelt doppelt sitten- bzw. vertragswidrig. Zum einen bezieht er in die Ausgangsmenge bewusst Umstände ein, die als künftige dort nicht hingehören. Er erhöht damit unzulässig den Preis für die LV-Mengen. Zum anderen verschafft er sich die Möglichkeit, den bereits überhöhten Preis im Fall der Mehrmengen oder der Leistungsänderungen nochmals um die dann tatsächlich entstehenden Mehrkosten zu erhöhen. Ob tatsächlich sittenwidriges oder nur vertragswidriges Verhalten vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Liegt Sittenwidrigkeit vor, ist auch der Preis für die LV-Mengen zu korrigieren. In jedem Fall sind die Mehrkosten für die geänderten Leistungen oder Mengen nicht anzusetzen, da sie bereits in die Ausgangsposition eingerechnet sind.<sup>30</sup>

### 3.6 Die Nichtigkeit der Preisvereinbarung ändert nicht die Ausführungspflicht

Die Nichtigkeit einer Einheitspreisposition und die Nichtigkeit der Preisvereinbarung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. Nr. 5 VOB/B wegen eines sittenwidrig überhöhten Einheitspreises führen nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Die Nichtigkeit bezieht sich jeweils auf einen abtrennbaren Teil. Gegen Inhalt und Zustandekommen des Vertrages bestehen im Übrigen keine Bedenken. Hätte die Nichtigkeit der Preisvereinbarung die Nichtigkeit der Leistungsvereinbarungen zur Folge, würde das den von beiden Parteien verfolgten Gesamterfolg des Bauvorhabens gefährden und zu Schwierigkeiten bei der Baudurchführung wegen des Erfordernisses neuer Preisvereinbarungen oder der Beauftragung eines dritten Unternehmers führen (RdNrn. 30 und 31).

### 3.7 Spekulationen, wie sie in der Baupraxis zunehmend üblich sind, sind sittlich verwerflich

Ab wann eine sittliche Verwerflichkeit mit der Folge der Nichtigkeit der Preisabredevereinbarung vorliegt, musste der BGH angesichts der angetroffenen Größenordnung nicht entschei-

---

<sup>30</sup> zur Problematik extrem hoher Gewinnansätze in einzelnen Positionen siehe Abschnitt 4.2

den. Eine für die Praxis allgemein gültige Aussage wird sich auch nicht treffen lassen. Der Streit, ob ein angegebener Positionspreis bereits die „Qualität der Sittenwidrigkeit“ erreicht oder ob es sich um eine noch zulässige(!?) Spekulation handelt, ist vorprogrammiert. Die Frage muss mit dieser Pointierung gestellt werden, denn der BGH stellt in RdNr. 15 Mitte für die Vermutung der Sittenwidrigkeit auf einen „außerordentlich überhöhten“ Einheitspreis ab. Er fährt dann allerdings fort: *„Diese Spekulation ist jedenfalls dann sittlich verwerflich, wenn sie zu dermaßen überhöhten Preisen führt, wie das hier der Fall ist.“* Durch das Wort „*jedenfalls*“ ist zum Ausdruck gebracht, dass Sittenwidrigkeit auch deutlich darunter vorliegen kann. Mit dem nächsten Satz: *„Die vertragsuntypische Spekulation des Bieters durch Einsatz ‚deutlich überhöhter‘ Einheitspreise ...“* relativiert der BGH den ursprünglichen Ansatz des „außerordentlich überhöhten“ Preises durch die Worte *„deutlich überhöht.“* Bezieht sich das „außerordentlich“ also nur auf den konkreten, in der Tat außerordentlichen Fall<sup>31</sup> und reicht der „deutlich überhöhte“ Einheitspreis im Regelfall bereits aus? In RdNr. 32 führt der BGH aus: *„Es kann bereits keine Rede davon sein, dass ein um das Zweihundertfache überhöhter Einheitspreis die Grenze einer sittlich verwerflichen Preisbildung nicht überschreitet. Das Berufungsgericht lässt sich offenbar von der Feststellung des Sachverständigen leiten, Spekulationen seien in der Baupraxis zunehmend üblich. Das belegt nicht, dass sie nicht sittlich verwerflich sind. Spekulationen mit derartigen Einheitspreisen führen zu erheblichen Verwerfungen bei der Beurteilung von Leistung und Vergütung in der entsprechenden Position und sind – wie auch der Senat aus eigener Erfahrung beurteilen kann – die Quelle von häufigen Auseinandersetzungen zwischen den Bauvertragsparteien, falls eine Mengenmehrung eintritt. Diese Auseinandersetzungen können die kooperative Abwicklung des Bauvertrags erheblich beeinträchtigen.“*

Die Argumentation des BGH, Spekulationen führen zu erheblichen Verwerfungen bei der Beurteilung von Leistung und Vergütung für die Mehrmengen, sie beeinträchtigen den kooperativen Bauvertrag und sie zerstören das notwendige Grundvertrauen, gilt nicht nur für sittenwidrig überhöhte Preise, sondern für jede Art von Preisverzerrung mit der Absicht, das im konkreten Wettbewerb gefundene Ergebnis im Verlauf der Baumaßnahme zum eigenen Vorteil und zum Nachteil des Bauherrn zu verändern. Außerordentlich oder deutlich überhöhte Einheitspreise begründen die vom Auftragnehmer zu widerlegende Vermutung sittenwidriger Übervorteilung. Unterhalb dieser Schwelle gibt es zwar keine zu Lasten der Baufirma sprechende Vermutung. Es muss dem Bauherrn aber unbenommen bleiben, den Beweis dafür anzutreten, dass die Preisgestaltung den Effekt hat, einen wettbewerbswidrigen Vorteil zu erlangen. Dafür kann z. B. sprechen, dass in einer Vielzahl von Positionen spekuliert wurde, dass die Spekulationen aufgehen und/oder dass tatsächlich Unrichtigkeiten im Leistungsverzeichnis vorliegen, die der Bieter bereits aus weiteren Angaben im Leistungsverzeichnis oder als fachkundige Firma erkannt hat. Unabhängig davon erschweren es die vorstehenden Gesichtspunkte dem Auftragnehmer, bei einem außerordentlich überhöht angesetzten Preis die Vermutung der Sittenwidrigkeit zu widerlegen. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass sich die Frage der Sittenwidrigkeit nicht erst bei einem vielfach überhöhten Positionspreis, sondern bereits bei einer vielfachen Gewinnsteigerung innerhalb einer z. B. mit 5 % Gewinn kalkulierten Einheitspreisposition ergibt.

---

<sup>31</sup> Focus Online titelte am 18.12.2008: *„Ein Bauunternehmer wollte den Staat abzocken ...“* Im Bericht heißt es: *„Der Bund sollte als Auftraggeber mehr als 1,46 Mio. € nachzahlen. Bei einem Durchschnittspreis wären es dagegen nur 1.766 € gewesen ...“*

### 3.8 An die Stelle der nichtigen Preisvereinbarung tritt der übliche Einheitspreis

Die Auftragnehmer müssen sich darauf einstellen, dass sie entsprechend dem Urteil des BGH vom 25.01.1996<sup>32</sup> an unauskömmlich kalkulierten Einheitspreisen festgehalten werden und dass sie außerordentlich überhöhte Einheitspreise bei Mengenmehrungen und Leistungsänderungen nicht fortschreiben können. Statt der Fortschreibung des „fetten“ Preises schuldet der Bauherr den üblichen Preis.

Die Anwendung des „üblichen Preises“ begründet der BGH mit folgenden Überlegungen: Dass die Parteien die Leistungsposition bepreisen wollten, steht fest (RdNr. 32). Verstößt eine Preisvereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot, das eine Höchstgrenze vorsieht, tritt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung der gesetzlich zulässige Höchstsatz. So ist es bei unzulässigen Höchstsatzüberschreitungen der HOAI.<sup>33</sup> Für Bauverträge gibt es aber keine derartige Höchstgrenze. Deshalb bietet sich nach dem BGH eine entsprechende Anwendung des § 632 Abs. 2 BGB an, wonach die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist (RdNr. 32). Infolge Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung ist eine Vergütung nicht bestimmt. Deshalb werde die übliche Vergütung geschuldet.

Die übliche Vergütung ist allerdings etwas anderes als eine im Wettbewerb gefundene Vergütung. Die Parteien haben sich über die VOB/A zur Preisfindung auf die Durchführung eines Wettbewerbs verständigt, der, abgesehen von der nichtigen Vereinbarung, zu wirksamen Wettbewerbspreisen geführt hat. Deshalb liegt die analoge Anwendung des § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B näher als die des § 632 Abs. 2 BGB. § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B stellt auf die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung ab. Der Auftragnehmer muss sich hinsichtlich der nichtigen Preisvereinbarung so behandeln lassen, als habe er die begehrte Leistung korrekt in den Wettbewerb einbezogen.<sup>34</sup> Für die Mehrmenge muss sich der Auftragnehmer so behandeln lassen, als sei die erhöhte Ausführungsmenge zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits bekannt gewesen und der Einheitspreis auf dieser Grundlage kalkuliert worden.<sup>35</sup> Dem „üblichen Preis“ fehlt der dem vereinbarten Ausschreibungsverfahren zugrunde liegende Wettbewerbsaspekt. Beiden Parteien ist bewusst, dass sie sich in einem Ausschreibungsverfahren befinden. Die spekulative, sogar sittenwidrige Kalkulation wird mit dem Zugeständnis des üblichen Preises günstiger als die Wettbewerbskalkulation. Den Nachweis, dass der verlangte Preis der vertragsgerechte Preis im Sinne des § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B analog (bzw. nach dem BGH der übliche Preis im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB) ist, hat der Auftragnehmer zu führen.

### 3.9 Der Umstand, dass es zu Mengenmehrungen kommt, führt nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage

Im Rahmen der Revision unterstellt der BGH, dass der von der Baufirma geltend gemachte Preis von 2.045,15 DM/kg nicht sittenwidrig ist.

---

<sup>32</sup> Az.: VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 381

<sup>33</sup> Allerdings kann ein in Honorarfragen unkundiger Bauherr gegebenenfalls geltend machen, dass ihn der Architekt über die Strukturen der HOAI falsch informiert hat. Dann kann er sich im Einzelfall auf culpa in contrahendo und darauf berufen, dass er nur zu den Mindestsätzen abgeschlossen hätte.

<sup>34</sup> Der 2. Halbsatz des § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B „und die besonderen Kosten der geforderten Leistung“ ist im Rahmen der analogen Anwendung nicht anzusetzen.

<sup>35</sup> ebenso Jansen, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/B § 2 Nr. 3 Rdn. 24

Das Berufungsgericht hatte angesichts der Höhe des ursprünglichen Positionspreises von 2.210 DM/kg die Auffassung vertreten, dieser Preis müsse nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf das 200-Fache des üblichen Preises reduziert werden. Der BGH sieht für diesen Ansatz keine rechtliche Grundlage. Er kann nicht erkennen, was nach Auffassung des Berufungsgerichts die Geschäftsgrundlage ist, die weggefallen sein soll. Der BGH führt zutreffend aus: Die Positionspreise sind keine Geschäftsgrundlage des Vertrages, sondern Bestandteil der vertraglichen Preisvereinbarung. Gleiches gilt für die Mengenmehrung und den sich hierfür ergebenden Preis. Der Umstand allein, dass es zu einer Mengenmehrung gekommen ist, kann nicht die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage begründen. Denn insoweit enthält der Vertrag in § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B spezielle Regelungen, die den Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und eine Anpassung des Vertrages vorgehen.

Geschäftsgrundlage kann allerdings ein weiterer, vom BGH nicht angesprochener Gesichtspunkt sein, nämlich folgende wesentliche Vorstellung beider Parteien, die zur Grundlage des Vertrages geworden ist: Ausgangspunkt und Sinn des gesamten Vertrages ist, dass der Auftragnehmer den Preis je Position des Leistungsverzeichnisses angibt, den er tatsächlich verlangt. Das Vergabeverfahren findet nach vorgegebenen Regeln statt, zu deren Einhaltung der Auftraggeber verpflichtet ist und deren Einhaltung der Auftragnehmer durchsetzen kann. Die Ausschreibung wird in einzelne Positionen gegliedert, damit der Auftragnehmer seine Preise leichter und zutreffend kalkulieren kann und nicht dem Risiko eines Pauschalvertrages ausgesetzt ist. Die Preise sind nicht nur für die Ausgangsmenge +/- 10 % anzubieten. Beiden Parteien ist bekannt, dass sie auch Grundlage für Mehrmengen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 und für Leistungsänderungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B sind. Die einzelnen Einheitspreise (im Übrigen auch der Gesamtpreis) sind nicht verhandelbar. Der Auftraggeber vertraut darauf, und dem Auftragnehmer ist dies als Vertragsgrundlage bekannt, dass der einzelne Einheitspreis zutreffend und im Wettbewerb kalkuliert ist, so dass die Preisfortschreibung kein anderes Ergebnis hat als sich ergeben hätte, wenn der Auftraggeber die tatsächlich erforderlichen Mengen und Leistungen von vorneherein gekannt und in seine auf Wettbewerbskalkulation ausgelegte Leistungsbeschreibung einbezogen hätte.<sup>36</sup> Das zeigt zum einen § 2 Nr. 6 VOB/B, der für vergessene Leistungen auf die Gesamtvertragskalkulation abstellt. Das zeigen auch § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B, die von einem im Wettbewerb kalkulierten Preis ausgehen und auf dieser Basis den Ausgleich von Mehr- und Minderkosten sicherstellen. Anders formuliert: Die Geschäftsgrundlage des Bauvertrages nach VOB/B ist,

- dass (insoweit bewusst rechtsuntechnisch und nur bildhaft formuliert) der angebotene Einheitspreis nicht wegen sittenwidriger Überhöhung nichtig ist,
- dass keine nach den Ausschreibungsregeln unzulässige Mischkalkulation vorliegt,
- dass der einzelne Einheitspreis den vom Bieter tatsächlich kalkulierten (den wahren) Einheitspreis ausweist.

Da der sittenwidrig überhöhte Preis als Preisfortschreibungsgrundlage ohnehin ausscheidet und der unzulässig mischkalkulierte Einheitspreis lediglich ein – allerdings ins Auge fallender – Unterfall des Falles ist, dass der Einheitspreis nicht den für die Position tatsächlich verlangten Preis ausweist, bleibt es bei folgender Geschäftsgrundlage: Ein Einheitspreis ist für eine Preis-

<sup>36</sup> vgl. hierzu Rohrmüller *ibr-online* 2009, 125, unter Verweis auf das - vor der fehlinterpretierten These von den guten Preisen, die gut bleiben - selbstverständliche und zutreffende Verständnis der Regelungen des § 2 VOB/B

fortschreibung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B nur geeignet, wenn er den für diese Position tatsächlich verlangten Preis ausweist.<sup>37</sup>

Auf diese, dem gesamten Bauvertrag nach der VOB/B allgemein innewohnenden Grundlagen braucht aber – mit dem BGH – nicht abgestellt zu werden, wenn die Preisfortschreibungsregelungen des § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B diese Regulationsstruktur bereits selbst enthalten, bei der Preisfortschreibung ihre Anwendung sicherstellen und insoweit die beiden Parteien bekannte und dem Vertrag zugrunde liegende spezielle Regelung sind. Hinweise, wie § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B unter Einbeziehung des § 287 ZPO in der Praxis bei spekulativer Preisgestaltung vertrags- und beiderseits interessengerecht anzuwenden sind, gibt der BGH in den RdNrn. 36 ff. Darauf ist im nächsten Abschnitt einzugehen.

### **3.10 Für Preisvereinbarungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B hat die Baufirma ihren Anspruch schlüssig darzulegen und dazu die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen**

#### 3.10.1 Grundlegende Struktur der VOB/B

Bei Preisvereinbarungen nach VOB/B wegen Mehrmengen über 10 % der Ausgangsmenge hinaus oder wegen geänderter Leistungen sind zwei Prüfungsschritte erforderlich. In einem ersten Schritt ist die Frage zu klären, ob die vom Auftragnehmer gewünschte Preisvereinbarung zu den Mehrmengen bzw. zu den geänderten Leistungen angesichts der Preishöhe, die er verlangt, überhaupt wirksam vereinbart werden kann. Ist der Preis sittenwidrig überhöht, kann der Auftraggeber die Forderung zurückweisen. Dem Auftragnehmer steht nur die übliche, nach hiesiger Ansicht eine Vergütung analog § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu. Den Nachweis der üblichen bzw. der vertragsgerechten Vergütung hat der Auftragnehmer zu führen.

Ist der verlangte Preis nicht sittenwidrig überhöht, ist in einem zweiten Prüfungsschritt zu untersuchen, ob der Auftragnehmer seinen Anspruch schlüssig dargelegt hat. Dabei können bei der Prüfung zwei Fallgestaltungen unterschieden werden. Ist der ursprüngliche Positionspreis nicht spekulativ, sondern (auch aus der Sicht des Bauherrn) wettbewerbsbezogen kalkuliert worden („reguläre Kalkulation“), ist lediglich darüber zu befinden, ob die angesetzten Mehr- oder Minderkosten zutreffen. Problematisch ist die Fallgestaltung zwischen „regulärer Kalkulation“ und gerade noch nicht sittenwidrig überhöhter Kalkulation. In diesem Bereich spekulativ hoch angesetzter Einheitspreise, von Rohrmüller<sup>38</sup> plakativ als „Kalkülkalkulation“ bezeichnet, ist die Bandbreite groß: von geringfügig spekulierter Höhe bis zu „einem Euro unter Sittenwidrigkeit“.

Der ursprüngliche Positionspreis (im Folgenden auch Ausgangspreis genannt) ist bei dieser Fallgestaltung wirksam vereinbart. Die Wirksamkeit der Vereinbarung hat insbesondere zur Folge, dass der Preis im Umfang der ausgeschriebenen Menge +/- 10 % verbindlich feststeht (pacta sunt servanda). Im Ausgangspunkt steht er auch für die Preisfortschreibung fest, aller-

<sup>37</sup> Zur Mischkalkulation ist noch klarstellend auf Folgendes hinzuweisen: Ein zu niedrig kalkulierter Preis ist, gleich aus welchem Grund der Preis unauskömmlich ist, Risiko des Auftragnehmers. Ein mischkalkuliert zu hoch angesetzter Preis gibt nicht den Preis wieder, den der Auftragnehmer tatsächlich für diese Position verlangt. Da es isoliert auf die jeweilige Einheitspreisposition ankommt, ist bei dem hoch angesetzten Preis der tatsächlich verlangte Positionspreis festzustellen (der hineinverlagerte Teil also auszusondern), bevor der bereinigte Preis um Mehr- oder Minderkosten ergänzt wird. Ist der hineinverlagerte Teil nicht feststellbar oder bleibt er strittig, ist der Positionspreis nicht fortschreibungsfähig. Dann ist für die Mehrmenge oder für die geänderte Leistung der Preis nach § 287 ZPO festzulegen.

<sup>38</sup> ibr-online 2008, 703 und 2009, 125

dings nicht in dem Sinne, dass „fetter Preis“ unverrückbar „fett bleibt“. Das würde dem bereits mehrfach betonten System der Äquivalenz von Preis und Leistung, dem dem Bauvertrag zugrunde liegenden Wettbewerbssystem und dem fairen Umgang der Vertragsparteien miteinander widersprechen. Es wäre systemwidrig, wenn im Bereich zwischen „regulärer Kalkulation“ und sittenwidrig überhöhter Kalkulation ein beliebiger, geradezu willkürlicher Freiraum für den Auftragnehmer bestünde, so dass es zu Gewinnen käme, die zu Mehrkosten beim Auftraggeber führen, denen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht. Die Argumentation des BGH in RdNr. 15 für „außerordentliche Gewinne“ gilt hier entsprechend.

Sicherzustellen ist, und das legen die Regelungen des § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B selbst vertraglich fest<sup>39</sup>, dass der Auftragnehmer die Preisansätze, die der fortzuschreibenden Position tatsächlich zugrunde liegen, fortführen kann. Mit denjenigen Kosten, mit denen der Auftragnehmer den Einheitspreis tatsächlich gebildet hat, darf er – unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten – auch die weiteren und die geänderten Leistungen bepreisen. Der BGH stützt die Auffassung des Landgerichts, dass es Sache der Baufirma ist, ihren Anspruch schlüssig darzulegen. Wörtlich fährt er fort (RdNr. 37): *„Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass es zur Ermittlung des unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu bildenden neuen Preises für die Mehrmengen notwendig sein kann, **auf die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers zurückzugreifen**<sup>40</sup>. Denn diese Kalkulation weist aus, mit welchen Kosten der Auftragnehmer den Preis<sup>41</sup> gebildet hat. Auf dieser Grundlage lässt sich beurteilen, inwieweit Mehr- oder Minderkosten entstanden sind.“* Dazu ist es Sache des Auftragnehmers, *„die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen.“*

### 3.10.2 Unplausible, nicht nachvollziehbare Positionskalkulation

Im Fall des BGH legte die Baufirma ihren Vergütungsanspruch für die Mehrmengen bisher nicht schlüssig dar. Die vorgelegte Kalkulation war unplausibel. Dass ihre willkürlichen Preisansätze der tatsächlichen Preisbildung der Einheitspreisposition zugrunde lagen, war nicht nachzuvollziehen. Der BGH referiert dazu die unverschnörkelte und erfreulich klare Haltung des Landgerichts und stützt sie damit: *„Die eingesetzten Kosten von 720 DM/kg für Lohn, 1.319,52 DM/kg für Material und 170,48 DM/kg für Gerät seien – so das Landgericht – willkürlich, lebensfremd und grotesk überhöht.<sup>42</sup> Es handle sich um einen willkürlichen Sachvortrag ins Blaue hinein.“* Diese Würdigung des Landgerichts ist – so der BGH – naheliegend und lässt keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen.

Bleibt es im zurückverwiesenen Verfahren vor dem Berufungsgericht dabei, dass die Baufirma (unterstellt, ihr Preisansatz ist nicht nichtig) den geltend gemachten Preis kalkulatorisch weiterhin nicht plausibel aufschlüsselt oder aufschlüsseln kann, so ist ihre Klage als un schlüssig abzuweisen. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass es Sache des Unternehmers ist, **wie** er seine Preise kalkuliert. Er kann die üblichen Kalkulationsansätze ansetzen, z. B.

<sup>39</sup> Und da sie selbst Teil der vertraglichen Vereinbarung sind, können sie nicht gegen den Grundsatz pacta sunt servanda verstoßen.

<sup>40</sup> Fettdruck durch den Verfasser. Dass der BGH hier auf „die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers“ zurückgreift und gerade nicht auf die willkürlich angegebenen Lohn-, Material- und Gerätekosten (siehe RdNr. 39) zeigt, dass es für die Preisfortschreibung auf die tatsächlichen ursprünglichen Kalkulationsüberlegungen ankommt. Der Auftragnehmer soll seinen Aufwand und seinen Gewinn so erwirtschaften, wie er sich das im Rahmen der Wettbewerbsmengen vorgestellt hat. Nachträgliche Veränderungen der Bauausführung sind nicht dazu da, seine im Wettbewerb gefundene Vertragsposition einseitig und ohne Gegenleistung zu verbessern.

<sup>41</sup> angesprochen ist der Einheitspreis

<sup>42</sup> Der bundesdurchschnittliche Preis für die Leistung betrug bekanntlich 2,47 DM/kg.

Stoff-, Personal-, Gerätekosten, AGK, BGK, Wagnis und Gewinn. Er kann einzelne Kalkulationsansätze weglassen, z. B. nur mit den direkten Herstellungskosten kalkulieren, also ohne Geschäftskostenzuschlag oder Zuschlag für die Gewinnerwartung (siehe RdNr. 38), der Unternehmer kann auch einzelne der üblichen Kalkulationsansätze zusammenfassen. Das macht seine Kalkulation nicht un schlüssig. Un schlüssig ist die Kalkulation aber, wenn die Preisermittlung für die Mehrmenge andere Kalkulationsparameter oder andere Kalkulationshöhen ausweist als die Kalkulation des Ausgangspreises. Im Fall des BGH waren für die Mehrmenge Aufschläge für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten abgezogen, die die Kalkulation der Ausgangsposition gar nicht enthielt. Entscheidend ist für die Frage der Schlüssigkeit, ob die vorgelegte Kalkulation der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegt.

Folge der vorgelegten, doppelt unplausiblen Kalkulation (keine Übereinstimmung der angegebenen Kalkulationsparameter, willkürliche Preisangaben) ist, dass ihr nicht die Kalkulationsansätze entnommen werden können, die dem Einheitspreis tatsächlich zugrunde liegen. Sind die tatsächlichen Kalkulationsansätze des Einheitspreises auf Dauer nicht bekannt, ist es des Weiteren nicht möglich, auf dieser Grundlage die Mehr- oder Minderkosten zu bestimmen. Die Klage ist als un schlüssig abzuweisen. Auf die Frage, wie im VOB-Vertrag mit spekulativ hohen oder mischkalkulierten Preisen umzugehen ist, kommt es nicht mehr an.

## **4 Fallgestaltungen, die nicht Gegenstand des BGH-Urteils waren**

### **4.1 Unzutreffende Kalkulation der Einheitspreisposition**

Im Gegensatz zu der vom BGH vorgefundenen unplausiblen, nicht nachvollziehbaren Kalkulation der Einheitspreisposition sind häufig auf den ersten Blick plausible, aber inhaltlich unzutreffende Kalkulationen anzutreffen. Zu denken ist an Fälle, in denen einzelne Preisparameter in der verschlossen hinterlegten oder in der nachträglich schriftlich niedergelegten Kalkulation im Verhältnis zu den sonstigen Preisparametern des Vertrages ungewöhnlich hoch angesetzt sind. Beispielsweise die Ansätze für Stoffkosten, für Lohn- oder für Lohnnebenkosten oder für Wagnis. Entsprechendes gilt, wenn der Auftragnehmer in seinen Kalkulationsnachweisen hohe Stundenlöhne ausweist, die ausschließlich darauf beruhen, dass er die erforderliche Arbeitszeit z. B. auf 70 % reduziert hat.<sup>43</sup> Die im verschlossenen Umschlag hinterlegten oder nachträglich vorgelegten Kalkulationen sind – schon mangels ursprünglicher Offenlegung – kein verbindlicher Vertragsinhalt. Der Auftraggeber muss diese Angaben nicht unbesehen hinnehmen. Beruht der einzelne Einheitspreis auf Preisparametern, die ersichtlich den Preis nicht tragen, kann sich der Auftraggeber für die Mehrmengen darauf berufen, dass die mitgeteilte Kalkulation nicht die der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegende ist.

Folge ist, dass eine Preisfortschreibung für die Mehrmengen auf der Basis der Kalkulationsangaben – ebenso wie im Fall des BGH, bei dem die Umstände lediglich deutlicher waren – nicht möglich ist. Jedenfalls ist in derartigen Fällen zu prüfen, ob es im Verhältnis zu den unplausibel hoch angesetzten einzelnen Kosten der Teilleistung zu Minderkosten kommt, beispielsweise weil der Stundenlohn für einen Facharbeiter doppelt so hoch wie üblich angesetzt ist und die Arbeit von einem Helfer erledigt werden kann.

---

<sup>43</sup> siehe dazu Stemmer in Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2008, S. 311, und ausführlicher: Geschäftsbericht des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes für das Jahr 1992, abzurufen unter [www.bkpv.de](http://www.bkpv.de), Veröffentlichungen. Erfolgt diese Art der Preisangabe mit der Absicht, für Mehrmengen etc. einen überhöhten Preis durchzusetzen, kann dies strafbar sein.

## 4.2 Plausible, aber den Wettbewerb verzerrende Kalkulation

Mit dieser dritten Fallgestaltung (die beiden anderen Fallgestaltungen sind in den Abschnitten 3.10.2 und 4.1 geschildert) ist eine Kalkulation gemeint, die bis auf einen alle Preisparameter der fortzuschreibenden Einheitspreisposition zutreffend angibt. Signifikant überhöht ist nur der Ansatz für den Gewinn mit dem Argument des Bieters, er sei bei seiner Kalkulation frei. Um den Gewinn geht es, weil die anderen Preisparameter aufwandsorientiert und damit grundsätzlich, wie im Fall des BGH, auf willkürliche Ansätze hin nachprüfbar sind, während der Gewinn grundsätzlich (allerdings eingeschränkt durch den Wettbewerb und die Notwendigkeit, ihn zu gewinnen) frei festgelegt werden kann. Angelehnt an den Fall des BGH könnte die Kalkulation für die Stahlpreispositionen – wie eingangs geschildert – z. B. so aussehen: Positionspreis = 22,10 DM/kg. Davon sind 1 DM Stoffkosten, 1 DM Lohnkosten, 0,05 DM Gerätekosten, 0,15 DM AGK, 0,15 DM BGK, 0,06 DM Wagnis und 19,69 DM Gewinn. Bei 19,69 DM/kg Gewinn statt üblicher 0,06 DM/kg ist ohne jeden Zweifel von einem sittenwidrig überhöhten Gewinnansatz auszugehen. Die Sittenwidrigkeit drängt sich dabei besonders auf, weil der Gewinn üblicherweise nicht in eine Position eingerechnet, sondern prozentual auf den ganzen Auftrag verteilt wird. Der Auftragnehmer beabsichtigt mit seiner Preisgestaltung einen außerordentlichen Gewinn für Mehrmengen. Die erste Stufe der Prüfung in Fällen, in denen der Auftragnehmer seine Kalkulationsansätze für signifikant hohe Einheitspreise durch die Ausweisung eines ungewöhnlich hohen, mit dem Gesamtvertragsgefüge nicht übereinstimmenden Gewinnansatzes plausibel machen will (und das wird künftig in deutlich mehr Fällen als bisher passieren), muss sein, ob mit dem (vielfach) überhöhten Gewinnansatz ein sittenwidrig überhöhter Vorteil für den Bereich von Mehrmengen und Leistungsänderungen vorliegt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird darauf verwiesen, dass ein doppelt so hoher wie der übliche Einheitspreis bei 5 % Gewinnansatz für den Gesamtvertrag bereits den 20-fachen Gewinn bei der nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B fortzuschreibenden Einheitspreisposition bewirkt. Bei einem nicht spekulativ kalkulierenden Bieter ist dazu ein 20-facher Umsatz erforderlich, um zum gleichen Ergebnis zu kommen.

Das soll aber hier nicht das Thema sein: Unterstellt, der Gewinnansatz ist nicht sittenwidrig überhöht: Sind die Mehrmengen dann mit diesen Kalkulationsansätzen fortzuschreiben? Anders als in dem in Abschnitt 3.10.2 geschilderten Fall, in dem die Kalkulationsansätze nicht so ausgewiesen sind, wie sie tatsächlich anfallen, könnte man für den Gewinnansatz die Auffassung vertreten, dass die Firma diesen frei und nach eigenem Gutdünken gestalten kann. Ein ersichtlich über dem Vertragsdurchschnitt liegender hoher Gewinnansatz in einer Position erfordert aus Kosten- und Wettbewerbsgründen aber, dass der Gewinnansatz in anderen Positionen reduziert und in die infrage stehende Einheitspreisposition verlagert wurde. Insoweit muss betriebswirtschaftlich von einer Mischkalkulation ausgegangen werden, deren vermutetes Vorliegen der Auftragnehmer, der allein über die Kalkulationsansätze Bescheid weiß, zu widerlegen hätte. Selbst wenn ihm dies gelänge, ist noch Folgendes zu bedenken: Die Fortschreibung des den gesamten Vertrag oder Teile des Vertrages betreffenden Gewinns in einer Position, bei der Mehrmengen auftreten, verzerrt nachträglich das gesamte System des Wettbewerbs. Insofern ist (wie in den beiden anderen oben dargestellten Fällen) davon auszugehen, dass ein Auftragnehmer, der den gesamten Gewinn in eine Position einrechnet, nicht, wie dies die VOB/B für Preisfortschreibungen voraussetzt, den für diese Position tatsächlich geforderten Preis angibt. Der Gewinnansatz in der Ausgangsposition betrifft in der Tat nicht allein diese Position, er bezieht sich typischerweise auf den Gesamtauftrag und damit auf die Vielzahl aller anderen Positionen. Eine mit einem derartigen Gewinnansatz versehene Einheitspreisposition kann daher nicht der Preisfortschreibung für Mehrmengen und geänderte Leistungen zugrunde gelegt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus den Preisfortschreibungsregelungen des § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B, denn diese knüpfen an den je Position **tatsächlich** aus-



gewiesenen Preis an, also an den Preis, den der Auftragnehmer für die konkrete Position **wirklich** verlangt. Das ist bei dem in **eine** Position verlagerten Gewinn nicht der Fall. Denn der Gewinnansatz betrifft den gesamten Vertrag. Er ist nur möglich, weil die Einheitspreisposition Teil des Gesamtvertrages ist und auf die isolierte Einheitspreisposition angesichts ihrer Höhe niemals der Zuschlag erteilt worden wäre. Für den Bereich der Preisfortschreibung wegen Mehrmengen und Leistungsänderungen muss dieser Zusammenhang, anders als für die in der Ausschreibung enthaltenen Mengen, für die unmittelbar ein Preiswettbewerb stattgefunden hat, mit berücksichtigt werden. Denn für die hinzukommenden Mengen hat es keinen unmittelbaren Wettbewerb gegeben und gibt es keinen. Der Ansatz der VOB und das Wesen des Einheitspreisvertrages, dass für einzelne Positionen Preise gebildet werden, die rechtsgeschäftlich vereinbart sind und die auch für Mehrmengen und Leistungsänderungen zugrunde zu legen sind, wird durchbrochen, wenn Gewinnansätze abweichend vom Gesamtpreisgefüge geballt in eine Position gelegt werden. Das führt bei diesen Positionen zu unangemessenen Ergebnissen, wenn es bei ihnen zu Mehrmengen kommt. Die Preisgestaltung wächst sich entgegen § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A zum unlauteren Konkurrenzmittel aus<sup>44</sup>.

Der VII. Senat hat das Problem derartiger Preisgestaltungen gesehen. Er musste es nicht entscheiden. Allerdings führt er in RdNr. 23 aus: *„Der Bauvertrag ist ein auf Austausch von Leistungen und Vergütung gerichteter Vertrag, der für längere Zeit eine kooperative Zusammenarbeit erfordert. Es wäre bedenklich, wenn es vergabe- und vertragsrechtlich ohne weiteres zulässig wäre, die Kooperation in der Weise zu beginnen, dass der Unternehmer über erkannte Ausschreibungsmängel nicht aufklärt, sondern diese dazu nutzt, über von ihm vorausgesehene oder vermutete Nachtragssachverhalte Positionspreise zu erzielen, die das angemessene Maß deutlich überschreiten.“*

Auch wenn es vorliegend um das Vertrags- und nicht um das Vergaberecht geht, darf doch an den Beschluss des X. Senats vom 18.05.2004<sup>45</sup> erinnert werden. Denn in der Sache geht es darum, ob ein um mehrfache Gewinnanteile erhöhter Positionspreis tatsächlich den Einheitspreis benennt, der für eine wettbewerbsgetreue, nur um Mehr- oder Minderkosten ergänzte Preisfortschreibung im Sinne des § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B geeignet ist. Der X. Senat hat formuliert: *„Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A, sondern ‚versteckt‘ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen in der Gesamtheit seines Angebots.“* Wer die über den Gesamtvertrag verteilten Gewinnansätze oder Teile davon in eine **einzelne** Position einbezieht, verhält sich ebenso. Der so gestaltete Preis ist für die Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B – und nur um diese geht es, nicht um die in der Ausschreibung ausgewiesenen Mengen und Leistungen – nicht geeignet.

Die Vorinstanz zum Beschluss des X. Senats hatte in diesem Zusammenhang formuliert, der Bieter nenne nicht den „wahren“ Preis. Auch wenn der X. Senat diesen Begriff durch den wertneutralen Begriff des „tatsächlichen“ Preises ersetzte, bleibt es inhaltlich dabei, dass es um den wirklich gewollten Preis geht. Übertragen auf die bisher besprochene Problematik bedeutet das, dass die Kalkulation von Einheitspreispositionen nur dann der Preisfortschreibung nach den Regeln des § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B zugrunde gelegt werden kann, wenn der Ausgangspreis den von der Firma tatsächlich angesetzten, ihrer wirklichen Kalkulation entsprechenden

---

<sup>44</sup> siehe hierzu auch die Ausführungen unter Abschnitt 3.4.4

<sup>45</sup> Az.: X ZB 7/04, BauR 2004, 1433

Kalkulationsparametern entspricht und nicht wettbewerbsverzerrend gestaltet ist, sei es mit Kalkül oder auch nur mit der wettbewerbsverzerrenden Folge.

Auf den weiteren Gesichtspunkt, dass die vom Auftragnehmer angegebene Kalkulation in Bezug auf Mehrmengen und Leistungsänderungen den Wettbewerb fortsetzend fortschreibungsfähig sein muss mit der Folge, dass ein Auftragnehmer, der den gesamten oder wesentliche Teile seines Gewinns in eine einzelne Einheitspreisposition einbezieht, die Geschäftsgrundlage verletzt (siehe oben Abschnitt 3.9) kommt es demzufolge nicht mehr an.

### 4.3 Preisfortschreibung und Verbrauchervertrag

Es ist nicht ungewöhnlich, dass auch Verbraucher Wert darauf legen, dass die VOB/B in den Bauvertrag einbezogen wird. Sie können nach der Rechtsprechung davon ausgehen, dass die Preisfortschreibungsregelungen des § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B zu einem angemessenen Interessenausgleich führen.<sup>46</sup> Dies wäre allerdings dann nicht mehr gewährleistet, wenn Preisfortschreibungen spekulativ hoch angesetzter Einheitspreise nur für den Fall sittenwidriger Überhöhung ausgeschlossen wären und der Auftraggeber im Bereich zwischen „regulärer Kalkulation“ und sittenwidrig überhöhter Kalkulation im Fall unplausibler, unzutreffender oder wettbewerbsverzerrender Preisgestaltung für die Preisfortschreibung nicht geschützt wäre. Die VOB/B will durch den Ausgleich nur der Mehr- und Minderkosten sicherstellen, dass es infolge Mehrmengen und Änderungen nicht zu völlig neuen Preisverhandlungen kommt, sondern dass sich der Wettbewerb auf der Basis der tatsächlichen Kalkulationsansätze fortsetzt. Es ist der Auftragnehmer, der die Einheitspreise festsetzt und wegen der Höhe des von ihm eingesetzten Einheitspreises die als solche ausgewogene Regelung des § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 5 VOB/B in die Nichtigkeit führen oder durch seine Preisgestaltung zu Lasten des Auftraggebers für die Mehrmengen das Äquivalenzverhältnis von Preis und Gegenleistung ausschalten kann. Der Auftragnehmer hat es in der Hand, dort, wo er unsicher ist, auskömmlich zu kalkulieren und dort, wo er Schwachstellen der Leistungsbeschreibung erkennt oder Veränderungen erwartet oder erhofft, spekulativ zu kalkulieren.<sup>47</sup> Wenn Spekulationspreise nur durch die Grenze sittenwidriger Preisgestaltung über § 138 Abs. 1 BGB begrenzt wären (ohnehin nur mit der Folge, dass der Bieter dann den üblichen Preis erhält), wären Spekulationen bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und darüber hinaus nicht einzudämmen. Dies kann im Interesse eines fairen Umgangs beider Bauvertragsparteien, insbesondere da Nachverhandlungen über den Preis ausgeschlossen sind, und auch zum Schutz der korrekt kalkulierenden Mitbewerber von der auf Interessenausgleich angelegten VOB/B nicht hingenommen werden. Für den Fall unplausibler Kalkulationsangaben hat der BGH zutreffend und über den Einzelfall hinaus wegweisend auf § 286 ZPO abgestellt. Das Gleiche ist in der Praxis erforderlich, wenn der Preis einer Position künstlich erhöht wird, indem erhebliche Gewinnanteile in sie hineinverlagert werden. Das Schutzbedürfnis besteht nicht nur für private, es besteht für jeden Auftraggeber.

---

<sup>46</sup> siehe BGH, Urteil vom 25.01.1996, Az.: VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 381

<sup>47</sup> Das Risiko spekulativer Preisansätze steuert also allein der Auftragnehmer, nicht der Auftraggeber. Der Auftragnehmer hat zur Preisgestaltung das letzte Wort.

## 5 Zusammenfassung

### 5.1 Besonderheit des Bauvertrages

Besonderheit des Bauvertrages ist, dass es entgegen den Angaben im Leistungsverzeichnis bei der Ausführung zu Mehr- oder Mindermengen oder zum Erfordernis von Leistungsänderungen kommen kann. Im Vorgriff darauf enthält die VOB/B interessengerechte Lösungen. Kommt es ohne Eingriff des Bauherrn zu Mehr- oder Mindermengen, so ist der Positionspreis ab der Schwelle von 110 % bzw. 90 % der ausgeschriebenen Menge nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder 3 VOB/B unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten anzupassen. Kommt es aufgrund des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Bauherrn nach § 1 Nr. 3 VOB/B zu Leistungsänderungen, zu denen auch Mehrmengen gehören, so ist i. V. mit § 2 Nr. 5 VOB/B ein neuer Preis unter Ansatz der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

Klare Aussage im Urteil des BGH ist, dass für die Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B ausschließlich an den Preis der durch die Veränderung jeweils konkret betroffenen Einheitspreisposition anzuknüpfen ist (RdNr. 8). Denn jeder im Vertrag vereinbarte Einheitspreis hat eine eigenständige Bedeutung (RdNr. 22).

Ideal für die Ermittlung des neuen Preises ist, und davon geht die VOB/B als selbstverständlich aus, dass der für die ausgeschriebene Menge und Leistung angegebene Preis die tatsächlichen im Wettbewerb gefundenen Preisanteile enthält, die die Baufirma für die konkrete Position wirklich verlangt. Die Praxis sieht anders aus. Die Positionspreise enthalten zum Teil unaukkömmlich niedrige Preisansätze, zum Teil sind sie unplausibel hoch; so hoch, dass der Wettbewerb mit diesen Preisansätzen, lägen sie allen Positionen zugrunde, keinesfalls hätte gewonnen werden können. Das Problem unplausibel hoher Preisansätze liegt darin, dass mit ihnen das System wettbewerbsgerechter Preisfortschreibung unter Anknüpfung an die im Wettbewerb gefundenen, grundsätzlich günstigen Einheitspreise und unter Ansatz der tatsächlich entstehenden Mehr- oder Minderkosten verlassen wird.

Unaukkömmlich niedrigen und unplausibel hohen Preisansätzen liegen häufig Spekulationsüberlegungen zugrunde. Unaukkömmlich niedrige Preise werden angesetzt, wenn der Auftragnehmer erwartet, dass die entsprechende Position entweder völlig entfällt oder lediglich in deutlich geringerer Menge zur Ausführung kommt. Das Motiv für unaukkömmlich niedrige Einheitspreise kann entweder sein, auf diese Weise den Wettbewerbsgesamtpreis zu senken, und so den Zuschlag zu erhalten, oder auf diese Weise einen Preisspielraum zu erhalten, der zur Erhöhung des Preises in anderen Positionen genutzt wird. Der unaukkömmlich niedrige Preis kann auch schlicht auf einem Kalkulationsirrtum beruhen.

Ein hoher Preis wird angesetzt, wenn Mehrmengen erwartet werden. Auf diese Weise soll bei den Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B, die ja an den Ausgangspreis anknüpfen, ein weiterwirkender, über den Wettbewerbsansatz, der nur die ausgeschriebene Menge betrifft, hinausreichender Vorteil erwirtschaftet werden. Auch der unplausibel hohe Preis kann – ganz unspektakulär – auf einem Kalkulationsfehler beruhen. Auf das regelmäßig unbekannte Motiv für die Preisbildung abzustellen, hilft in der Praxis nicht weiter und ist rechtlich ohne Bedeutung.<sup>48</sup> Die Lösungen ergeben sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus der VOB/B selbst:

---

<sup>48</sup> siehe hierzu bereits Stemmer, ZfBR 2006, 128 ff., 136 re. Spalte Mitte

## 5.2 Unauskömmlich niedriger Einheitspreis

Die Thematik unauskömmlich niedriger Einheitspreise spricht der BGH im vorliegenden Urteil nur kurz an zwei Stellen an: Einheitspreise weit unter üblichen Preisen rechtfertigen es nicht, in anderen Positionen außerordentlich überhöhte Einheitspreise anzusetzen (RdNr. 24). Keine Rechtfertigung eines außergewöhnlich hohen Preises ist es auch, dass der Auftragnehmer spekulativ einen besonders niedrigen Preis einsetzt, ohne dass eine Mischkalkulation vorliegt (RdNr. 26), also ohne dass er den unauskömmlichen Preis zur bewussten Verlagerung von Preisbestandteilen in eine andere Position nutzt.

Für unauskömmlich niedrig angesetzte Einheitspreise bleibt es beim Urteil des BGH vom 25.01.1996.<sup>49</sup> Das bedeutet, dass der Auftragnehmer weder bei Mengenerhöhungen noch bei Leistungsänderungen von seinem unauskömmlichen Einheitspreis loskommt, gleich aus welchem Grund er ihn angesetzt hat. Nur Mehr- oder Minderkosten können berücksichtigt werden. Eine vom ursprünglichen Preis losgelöste, neue Kalkulation ist nicht möglich. Da es auf den Preis der jeweiligen Einheitspreisposition ankommt, spielen mischkalkulierende Preisverlagerungen in andere Positionen keine Rolle. Sie sind, bezogen auf die Mehrmengen, schon aus diesem Grund nicht rückgängig zu machen. Der Auftragnehmer ist unabhängig von dem Grund, warum es zu unauskömmlichen Preisen gekommen ist, an den von ihm angesetzten Positionspreis gebunden. Er hat es im Bewusstsein, dass es zu Mehrmengen oder zu Änderungen des Bauentwurfs kommen kann, in der Hand, seine Preise gründlich und auskömmlich zu kalkulieren.

Dieses Ergebnis ist sachgerecht und insbesondere nicht mit dem häufig anzutreffenden Argument zu erschüttern, dass es zu Mengenerhöhungen und Änderungen der Ausführung nur deshalb komme, weil der Bauherr seine Pflicht zur korrekten Ausschreibung nach § 9 VOB/A nicht erfüllt habe. Die Regelungen der VOB/B stellen gerade sicher, dass der Auftragnehmer unabhängig vom Eingriffsgrund des Bauherrn für die dadurch entstehenden Folgen einen Preisausgleich erhält. Die Ursprungskalkulation ist deshalb Sache des Auftragnehmers. Dafür trägt er, wie auch sonst bei jeder Kalkulation, das Kalkulationsrisiko. Insofern kommt es nicht mehr darauf an, dass ein Auftragnehmer, der den Wegfall von Positionen erwartet und deshalb dort unauskömmliche Preise einträgt, zudem nicht schutzwürdig ist, wenn es nicht zum Wegfall oder entgegen seiner Erwartung zu Mehrmengen kommt. Zur Preisbildung hat der Auftragnehmer „das letzte Wort“. Er trägt dementsprechend die Verantwortung. „Schlechter Preis bleibt schlecht.“

Eine Ausnahme deutet der BGH in seinem Urteil vom 18.12.2008 allerdings an: Hat der Auftragnehmer spekulativ einen besonders niedrigen Preis angesetzt, ohne dass eine Mischkalkulation vorliegt, kann es im Einzelfall verwerflich und damit sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB sein, wenn der Auftraggeber seinerseits den Auftragnehmer aus verwerflichem Gewinnstreben auf Dauer an einem nicht auskömmlichen Preis festhält (vgl. RdNr. 26).

## 5.3 Signifikant hoher Einheitspreis

### 5.3.1 Sittenwidrig überhöhter Einheitspreis

Einheitspreise können nicht nur unplausibel hoch, sie können im Einzelfall sittenwidrig überhöht und damit nichtig sein. Ob ein signifikant hoher Einheitspreis sittenwidrig überhöht ist, ist

---

<sup>49</sup> Az.: VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 381

als erstes zu prüfen. Ein derartiger Preis ist nichtig. Er kann den Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B nicht zugrunde gelegt werden. Der Preis für die Mehrmenge bzw. für die geänderte Leistung ist nach § 632 Abs. 2 BGB bzw. nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B analog zu ermitteln.

Der BGH zieht mit diesem Ansatz eine klare Trennungslinie. Wie beim unauskömmlichen Preis, bei dem ohne Motivsuche auf das Kalkulationsrisiko des Auftragnehmers abgestellt wird, kommt es beim sittenwidrig überhöhten Preis auf den objektiven Umstand des überhöhten Preises an. Das sittenwidrige Handeln des Auftragnehmers wird vermutet. Er hat die Beweislast dafür, dass und warum sein Preis nicht sittenwidrig ist. Die Sittenwidrigkeit kann sich bereits aus dem Ausgangspreis ergeben, sie kann hiesigen Erachtens auch darin liegen, dass eine unabsichtlich geschaffene Gelegenheit (z. B. eine Verwechslung von Tonnen- und Kilogrammpreis) in verwerflicher Weise ausgenutzt wird.

Wann im Einzelfall Sittenwidrigkeit vorliegt, hängt vom Vorteil ab, den sich der Auftragnehmer ohne Gegenleistung verschaffen will. Dabei ist hiesigen Erachtens nicht allein darauf abzustellen, dass der verlangte Preis ein Vielfaches des üblichen Preises beträgt, sondern auf den Vorteil, den der Auftragnehmer mit seinem Preisansatz erzielt. Bei hohem Aufwand und geringer Gewinnmarge kann bereits das Doppelte des üblichen Preises sittenwidrig sein, weil der Auftragnehmer seinen Gewinn im Verhältnis zu einer Abrechnung mit sonstigen Bietern ohne jede Gegenleistung um ein Vielfaches steigert. Bei einem Gewinnansatz von 5 % führt der gegenüber dem üblichen Preis doppelte Preis zu Lasten des Auftraggebers zu einem zusätzlichen 20-fachen Gewinn. Zudem ist die Preisgestaltung unlauteres Konkurrenzmittel im Verhältnis zu den anderen Bietern. Die Vermutung des sittlich verwerflichen Gewinnstrebens kann sich verstärken, wenn mit dem außerordentlich hohen Preis erhebliche Mehrmengen einhergehen. Ist der Preis sittenwidrig überhöht und damit nichtig, schuldet der Auftraggeber nach § 632 Abs. 2 BGB die Vergütung des üblichen Preises, nach hiesiger Ansicht unter Ansatz des Wettbewerbsgedankens die geringere Vergütung analog § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B.

### 5.3.2 Unplausibel hohe Kalkulation

Ist der vom Auftragnehmer verlangte Preis nicht sittenwidrig überhöht, ist er der Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B grundsätzlich zugrunde zu legen.

Um die Mehr- oder Minderkosten feststellen zu können, hat der Auftragnehmer die Preisparameter der fortzuschreibenden Position anzugeben. Diese Preisparameter können der Preisfortschreibung nur zugrunde gelegt werden, wenn sie dem vom Auftragnehmer für die konkrete Position tatsächlich verlangten Preis entsprechen. Um dies festzustellen, kann es notwendig sein, auf die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers zurückzugreifen. Reine Phantasieangaben wie im Fall des BGH, hiesigen Erachtens aber auch nachweislich unzutreffende Preisangaben (z. B. zu Materialkosten oder zu Arbeitszeitansätzen sowie ein im Verhältnis zum Gesamtvertrag unplausibler Gewinnansatz - vgl. dazu Abschnitte 4.1 und 4.2 der Darstellung) müssen nicht hingenommen werden. Der Auftragnehmer soll von dem ausgehen dürfen, was er im Wettbewerb tatsächlich kalkuliert hat, nicht von dem, was er abweichend vom Wettbewerbsansatz – und diesen für die Preisfortschreibung verzerrend – in einzelne Positionen eingefügt hat. Passen die Kalkulationsangaben für den Vertrag und für den Einheitspreis nicht plausibel zusammen, können die Kalkulationsansätze nicht verwendet werden, um den Einheitspreis nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B fortzuschreiben. Der Preis für die Mehrmenge oder für die geänderte Leistung ist bei schlüssigem Sachvortrag nach § 287 ZPO zu ermitteln. Zugrunde zu legen ist § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B analog.

## 6 Abschließende Gedanken

Die VOB/A und die VOB/B wollen als ineinandergreifende<sup>50</sup>, jedenfalls in § 9 VOB/A und in § 2 VOB/B interessengerechte Vergabe- und Vertragsregelung sicherstellen, dass der Auftraggeber Leistungsart und Menge in einzelnen, inhaltlich gleichartigen Positionen so genau wie möglich beschreibt<sup>51</sup> und dass der Auftragnehmer den je Position tatsächlich gewollten Preis angibt. Preisangaben unter Wert, mischkalkulierte, spekulativ hohe oder aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben außerordentlich überhöhte Einheitspreise sind nicht gewünscht. Sie stören das System der VOB/B, das auf eine Fortführung des je Einheitspreisposition im Wettbewerb gefundenen Preises, ergänzt um Mehr- oder Minderkosten, ausgelegt ist. Im Wettbewerb gefunden ist ein Preis, der die bei der jeweiligen Firma nach ihrem speziellen Geschäftsbetrieb anfallenden Gestehungskosten (Material, Lohn, AGK etc.) und die von ihr für den speziellen Gesamtvertrag angesetzten weiteren Preisparameter (BGK, Wagnis und Gewinn) enthält. Demzufolge kann der Einheitspreis firmenspezifisch bei einzelnen Positionen höher oder niedriger sein als bei der Konkurrenz, je nachdem welches Personal und welches Gerät die Firma einsetzt, über welches Know-how und über welche Organisation sie verfügt. Diese ihre tatsächlichen Preise soll die Firma als Ausfluss ihrer Kalkulationsfreiheit, mit der sie sich im Wettbewerb durchgesetzt hat, weiterhin erhalten. An sie soll ohne inhaltliche Änderung oder Neuverhandlung, nur unter Berücksichtigung der für Mehr- oder Mindermengen oder für Leistungsänderungen tatsächlich verändernd anfallenden Kosten angeknüpft werden. Enthält der Positionspreis – die Kostenansätze verändernd oder verzerrend – nicht die tatsächlich für die jeweilige Position kalkulierten Preisansätze, ist er für eine Preisfortschreibung nicht geeignet. Der Preis für die geänderte Leistung oder für die Mehrmenge kann mangels tatsächlich angegebenen Positionspreises nur mehr über § 287 ZPO geschätzt werden.

Ist wegen Mehrmengen oder Leistungsänderungen ein neuer Preis nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B zu vereinbaren, ist als Grundlage dafür zunächst festzustellen, wie sich der bisherige Positionspreis tatsächlich zusammensetzt. Eine derartige Untersuchung ist allerdings in zwei Fällen nicht erforderlich: Ist der Einheitspreis unauskömmlich niedrig, bleibt der Auftragnehmer daran gebunden, ohne dass es auf den Grund für die Unauskömmlichkeit (z. B. Kalkulationsirrtum oder Spekulation) ankommt. Nur tatsächliche Mehrkosten sind anzusetzen. Die Bindung an den unauskömmlichen Preis ist Folge des Kalkulationsrisikos, das alleine der Auftragnehmer trägt. Schlechter Preis bleibt schlecht bis zur Grenze sittenwidrigen Gewinnstrebens auf Seiten des Auftraggebers.

Ist der Einheitspreis außerordentlich überhöht und kann der Auftragnehmer die damit verbundene Vermutung sittlich verwerflichen Gewinnstrebens nicht widerlegen, ist dieser Preis als Ausgangspreis für Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B ebenfalls ungeeignet, die darauf gerichtete Vereinbarung ist nichtig. Der Preis für die geänderten Leistungen oder Mengen ist über § 632 Abs. 2 BGB bzw. über § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu ermitteln.

In den Fällen, in denen keine sittenwidrige Überhöhung des nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B fortzuschreibenden Einheitspreises vorliegt, ist der Positionspreis in die zugrunde liegenden Kalkulationsansätze aufzuschlüsseln, um die Mehr- oder Minderkosten feststellen zu können. Dazu kann es notwendig sein, auf die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers zurückzugreifen. Denn diese Kalkulation weist aus, mit welchen Kosten der Auftrag-

<sup>50</sup> Siehe § 10 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, wonach der Bauherr verpflichtet ist, dem Vertrag die unveränderte VOB/B zugrunde zu legen.

<sup>51</sup> siehe § 9 Nr. 14 VOB/A

nehmer den Preis gebildet hat (BGH, RdNr. 37). Ist der fortzuschreibende Positionspreis nicht mit den Kalkulationsansätzen des Vertrages in Einklang zu bringen, ist der Positionspreis für eine wettbewerbskorrekte Preisfortschreibung ungeeignet. Der Preis für die weitere Menge oder die geänderte Leistung ist bei entsprechenden Anknüpfungspunkten über § 287 ZPO zu ermitteln.

Das Urteil des BGH verbessert die Bauvertragskultur. Leider war der Bereich zwischen „regulärer Kalkulation“ und sittenwidrig überhöhter Preisgestaltung nicht in allen Facetten Gegenstand des Urteils. Die Argumentation, dass wesentliche Teile des Gewinns gerade in die **eine**, wegen Mengen- oder Leistungsänderungen fortzuschreibende Preisposition einbezogen wurden, wird das Thema der Zukunft sein. Dieses Thema ist nicht nur akademisch, es geht um viel, nicht selten um sehr viel Geld. Die öffentlichen Auftraggeber können und müssen zum Themenkreis der Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B ihren Beitrag leisten, indem sie mehr Wert auf korrekte und lückenlose Leistungsbeschreibungen legen. Je genauer die Leistungsbeschreibung ist, desto mehr dient sie im Interesse aller Beteiligten dem Wettbewerb und desto weniger Streit kann es geben. Die Auftragnehmer sind aufgefordert, die Umsetzung dieser Verpflichtung des öffentlichen Bauherrn zu korrekter Leistungsbeschreibung einzufordern und schon im Vergabeverfahren die aus ihrer Sicht konkret notwendigen Informationen rechtzeitig zu erfragen. Tun sie das nicht, ergibt sich für sie nach dem Urteil des BGH ein deutlich größeres Risiko als das bisher angesichts der These von der „Bestandskraft fatter Preise“ zumeist der Fall war.