

## **Ausnahme von der Bindung an den alten Preis für Mehrmengen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B**

### **I. Problemstellung**

In der Literatur werden Ausnahmen von der Bindung an den alten Preis im Zusammenhang mit der Methodik der Neuberechnung bei Mengenänderungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B diskutiert.<sup>1</sup> Bislang wurde dabei nur die Sicht des Auftragnehmers ins Blickfeld der Überlegungen gerückt. Entdeckt der Bieter einen Fehler im Leistungsverzeichnis (LV) und nutzt er diesen für spekulative Preisgestaltung stellt sich jedoch auch hier die Frage, wie mit Preisfortschreibungen für Mehrmengen nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B umzugehen ist.

### **II. Grundsatz**

Die Vergütung wird beim Einheitspreisvertrag nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet (§ 2 Nr. 2 VOB/B). Dementsprechend sind in der Schlussrechnung die vertraglich vereinbarten Einheitspreise mit den ermittelten Mengen zu multiplizieren.

### **III. Ausnahme von der Bindung an den alten Preis**

Die Ermittlung der Mehr- oder Mindervergütung für Mehr- oder Mindermengen auf der Basis der Auftragskalkulation beruht auf der Geschäftsgrundlage, dass sich mit dieser Fortschreibung auch für modifizierte Leistungen vertragsgerechte, also in Leistung und Gegenleistung (noch) äquivalente Werte ergeben.<sup>2</sup> Wenn sich diese Grundüberlegung in erheblichem Maße als falsch erweist, wenn also die Ermittlung der neuen Vergütung nennenswert den Grundsatz der Äquivalenz verletzt, muss der Grundsatz korrigiert werden.<sup>3</sup> Mit anderen Worten: Für die Ermittlung der Mehr- oder Mindervergütung muss es **Ausnahmen** von der Bindung an den alten Preis geben.<sup>4</sup>

Ein solcher Ausnahmefall ist zumindest dann gegeben, wenn ein Bieter einen Fehler im Leistungsverzeichnis erkennt, sich aber vorsätzlich blind stellt und den Fehler durch Mengenspekulation und Preisverlagerungen für sich durch mit Sicherheit zu erwartende Mehrmengen auszunützen gedenkt.

---

<sup>1</sup> siehe Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 5. Aufl., Rdn. 601

<sup>2</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Rdn. 601

<sup>3</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Rdn. 601

<sup>4</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Rdn. 601

Ein derartiges Verhalten des Bieters ist nicht nur bloße Geschäftstüchtigkeit an der Grenze zur Sittenwidrigkeit, sondern eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten, auf welche unmittelbar §§ 241 Abs. 2, 249 ff., 280, 311 sowie § 242 i. V. mit § 162 BGB Anwendung finden. Denn der Bieter verletzt seine vorvertragliche Hinweispflicht und er handelt rechtsmissbräuchlich.

Aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten folgt, dass betreffende spekulativ hohe Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses für die über 110 % hinausgehenden Mengen nicht mehr verbindlich sind (Ausnahme von der Bindung an den alten Preis).

### **Im Einzelnen:**

#### **a) Verstoß gegen vorvertragliche Hinweispflicht**

Den Bieter trifft eine **Hinweispflicht** auf den von ihm erkannten Fehler der Ausschreibung und die mit Sicherheit zu erwartende Mehrmenge.

Die Rechtspflicht zu redlichem Verhalten bei Vertragsverhandlungen und zur Mitteilung von Umständen, die für den anderen Teil im Rahmen der Verhandlungen mutmaßlich von Bedeutung sein können, trifft jeden Beteiligten. Sie ist darum nicht nur vom Auftraggeber, sondern auch vom Bieter zu erfüllen. Wenn der Bieter wesentliche Unstimmigkeiten oder Fehler in der Leistungsbeschreibung entdeckt oder wenn er Mängel des Entwurfs entdeckt, ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Unzulänglichkeit mitzuteilen.<sup>5</sup>

#### **aa) Keine Prüfpflicht**

Diese Hinweispflicht darf nicht mit einer Prüfpflicht verwechselt werden. Eine Prüfpflicht im Interesse des Auftraggebers existiert nicht.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Jedenfalls ist er gehindert, Vorteile aus der unterlassenen Information und seiner Preisgestaltung zu ziehen, die für die erwarteten Mehrmengen zu einem inadäquaten Preis-/Leistungsverhältnis führen. Siehe hierzu nachfolgend den Abschnitt b, Rechtsmissbrauch durch Bieter.

<sup>6</sup> Den Bieter trifft aber die kalkulationsbezogene Obliegenheit, unter Berücksichtigung aller für ihn erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Auftraggeber gemeint hat, um später bei abgeschlossenem Vertrag Nachtragsforderungen noch mit Erfolg durchsetzen zu können. Siehe z. B. BGH, Urteil vom 06.02.2002, Az.: X ZR 185/99, BauR 2002, 1082 und schon Hereth/Naschold, VOB/A Kommentar, 2. Aufl., Ez A 9.139: „*Obwohl keine Rechtspflicht des Bieters besteht, die Verdingungsunterlagen auf Unstimmigkeiten und Mängel zu prüfen, muss er später als Auftragnehmer doch ggf. gegen sich gelten lassen, dass er Widersprüche und Unstimmigkeiten hätte zur Sprache bringen können.*“

## bb) Hinweispflicht des Bieters

Zur Hinweispflicht bei einem erkannten Kalkulationsirrtum hat der BGH mit Urteil vom 04.10.1979<sup>7</sup> in der umgekehrten Fallgestaltung eines vom Auftraggeber positiv erkannten Kalkulationsfehlers des Bieters entschieden, dass ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes beruht. Da die Klägerin Bauleistungen ausgeschrieben und der Beklagte ein Angebot abgegeben habe, habe für **beide** nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 242 BGB) die Rechtspflicht zu redlichem Verhalten bestanden. Deshalb müsse ein Auftraggeber, der einen Kalkulationsirrtum des Anbieters vor Vertragsschluss erkenne, den Anbieter darauf hinweisen. Der BGH bestätigte diese Rechtsprechung mit Urteil vom 07.07.1998<sup>8</sup> indem er ausführte, dass das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anknüpfe, wonach den Auftraggeber auf Grund des mit der Ausschreibung und der Abgabe von Angeboten entstehenden, Vertrauensschutz fordernden Rechtsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) eine Verpflichtung treffen könne, den Bieter auf einen von ihm, dem Auftraggeber, erkannten Kalkulationsfehler hinzuweisen. Mit Urteil vom 07.06.2005<sup>9</sup> bestätigte der BGH diese Rechtsprechung erneut. Spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Bieter werde zwischen diesen und dem Ausschreibenden ein **vorvertragliches Vertrauensverhältnis** begründet, aus dessen Verletzung durch eine nicht den Vergabevorschriften entsprechende Vergabe des Auftrags Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo entstehen können, die regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet sind und unter besonderen Voraussetzungen auch auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet sein können. Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen beruhe auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes.

Für den Ausschreibenden und den Bieter, also für **beide**, besteht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die **Rechtspflicht zu redlichem Verhalten**. Dieser von der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>10</sup> erkannte Grundsatz der Rechtspflicht zu redlichem Verhalten ist keine Einbahnstraße. Dieser Grundsatz ist auch von einem Bieter bei der Abgabe seines Angebots zu beachten. Sogar Kapellmann/Schiffers<sup>11</sup> räumen ein, dass aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Pflicht zu korrektem Verhalten im Angebotsstadium eine Hinweispflicht folgen könne, wenn die Mengendiskrepanzen sehr erheblich und offensichtlich seien, wenn also auf den ersten Blick ins Auge falle, dass die Mengenangaben nicht richtig sein können und wenn damit gleichzeitig ein Schluss auf schwere Rechen- oder Denkfehler des Ausschreibenden gezogen werden könne. Dass § 4 Nr. 3 VOB/B erst für den zeitlichen Bereich nach Vertragsschluss gilt, wie Kapellmann/Schiffers<sup>12</sup> anführen, zwingt nicht zu deren Schluss, die Frage, ob bereits

<sup>7</sup> Az.: VII ZR 11/79, BauR 1980, 63, 65

<sup>8</sup> Az.: X ZR 17/97, BauR 1998, 1089, 1091, 1092

<sup>9</sup> Az.: X ZR 19/02, BauR 2005, 1618, VergabeR 2005, 617

<sup>10</sup> BGHZ 60, 221, 224

<sup>11</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O.

<sup>12</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O.

im Ausschreibungsstadium eine Pflicht zu Hinweisen auf eine falsche Planung bestehen könne, zu verneinen. Die VOB/B gilt natürlich erst für die Zeit ab dem Vertragsabschluss. Dass redliches Verhalten im Rahmen der Gesetze auch zuvor verlangt wird, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner Begründung bedarf. Schuldverhältnisse können innerhalb und außerhalb von Verträgen bestehen (siehe § 311 Abs. 2 BGB). Was Kapellmann/Schiffers<sup>13</sup> im Übrigen für die hier nicht einschlägigen Prüfpflichten des Bieters und die Auslegung des Angebotsblanketts aus der Sicht des Bieters anführen „... darf sich nicht dumm stellen ...“, „... darf den Auftraggeber nicht in ein offenes Messer laufen lassen ...“ gilt selbstverständlich umso mehr, wenn es sogar darum geht, dass vom Bieter ein Fehler des LV tatsächlich erkannt und ausgenutzt wurde. Dann müssen diese Grundsätze doch erst recht gelten.

## b) Rechtsmissbrauch durch Bieter

Der Bieter, der eine vorvertragliche Hinweispflicht verletzt, stellt sich gegen die Rechtsordnung. Dass er dem Auftraggeber eine Berichtigung der Mengenangabe gegenüber allen Bewerbern nicht ermöglicht und vielmehr den von ihm positiv erkannten Fehler im LV zu spekulativer Preisgestaltung nutzt, ist ein erneuter Verstoß gegen die Rechtsordnung, nämlich ein **rechtsmissbräuchliches, doloses Vorgehen**.

In dem zuvor genannten Urteil vom 07.07.1998, das die Hinweispflicht des Auftraggebers bei erkanntem Kalkulationsirrtum des Bieters ins Blickfeld nahm, entwickelte der BGH seine Rechtsprechung weiter. Es könne eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annehme und auf der Durchführung des Vertrages bestehe, obwohl er wusste, dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruhe. Allein die positive Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden genüge für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung jedoch noch nicht. Ob ein Verhalten des Erklärungsempfängers treuwidrig sei, lasse sich nur anhand aller Umstände des Einzelfalls beurteilen. Dabei komme dem Ausmaß des Kalkulationsirrtums wesentliche Bedeutung zu. Als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar werde man die Annahme eines fehlerhaft berechneten Angebots nur dann ansehen können, wenn die Vertragsdurchführung für den Erklärenden schlechthin unzumutbar sei, etwa weil er dadurch in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete.

Woraus leitet sich in der vorliegenden Fallgestaltung eine vergleichbare rechtsmissbräuchliche Situation ab?

Es geht hier - um Missverständnissen vorzubeugen - nicht darum, dass die finanziellen Folgen für den Bauherrn - quasi spiegelbildlich - eine untragbare Härte mit einhergehender Existenzgefährdung sein müssten. Auch „kalkuliert“ der Auftraggeber bei der Erstellung des LV nicht im betriebswirtschaftlichen Sinne. Die Fallgruppe ist in der Tat

---

<sup>13</sup> Kapellmann/Schiffers, a.a.O.

nicht spiegelbildlich gleich, muss es aber auch nicht sein. Es geht vielmehr in beiden Fallgestaltungen um den darin steckenden Gedanken, dass einer der Vertragsanbahnenden, ob Auftraggeber oder Bieter, eine vorvertragliche Situation, in der er einen Fehler des anderen Partners erkannt hat, nicht wider Treu und Glauben für sich ausnützen darf.

Das spezielle Problem liegt in der hier zu betrachtenden Fallgestaltung (positive Kenntnis von einem Fehler des LV durch den Bieter) darin, dass der Bieter durch eigenes aktives Tun, nämlich die spekulative Preisgestaltung, dem ursprünglichen Fehler im LV des Auftraggebers für künftige Veränderungen eine vorher nicht vorhandene Schärfe gibt. Der Fehler im LV würde sich bei einer Preisgestaltung, die sich im Rahmen des ansonsten vorliegenden Vertragspreisgefüges des Bieters bewegt, also ohne spekulative Auf- bzw. Abpreisungen, nicht auswirken. Gravierende Mengenveränderungen würden nur Sowiesokosten verursachen, die auch im Falle zutreffend geschätzter Mengen angefallen wären. Um solche Sowiesokosten geht es vorliegend nicht. Der Bieter will mehr als er im Leistungswettbewerb mit seinen Mitkonkurrenten erzielen könnte, mehr als er mit der Vertragserfüllung der ausgeschriebenen Leistungen auf der Basis der Vordersatzmengen (innerhalb der Bandbreite von +/- 10 v. H. der Vordersatzmengen) verdienen könnte.

Der Bieter baut auf dem Fehler im LV auf, um sich außerhalb des Leistungswettbewerbs und außerhalb des Leistungsvertrages zu Lasten des Bauherrn einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Im Unterschied zu normalen „Claims“, die auf dem grundsätzlich nicht zu beanstandenden Gedanken beruhen, dass im Geschäftsleben niemand etwas zu verschenken hat und jeder bestrebt sein darf, seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte und Ansprüche zu wahren, nutzt der Bieter nicht nur eine vorhandene Situation ohne eigenen Handlungsanteil aus, sondern er tut aktiv etwas, nämlich das genaue Gegenteil dessen, was von ihm als redlichem Verhandlungspartner von der Rechtsordnung erwartet wird.

Er will sich nicht eine ihm zustehende Rechtsposition sichern, sondern will, um im Bild Kapellmann/Schiffers zu bleiben, den Auftraggeber „*in eine Falle laufen*“ lassen, die der Bieter selbst aufgestellt hat. Im vorliegenden Fall spekulativer Preisgestaltung mit Auf- und Abpreisungen versteckt er sein in Wahrheit wesentlich höheres Preisniveau der späteren Abrechnung, da die Wertung des Auftraggebers<sup>14</sup> grundsätzlich nur mit den Vordersatzmengen erfolgt. In der Preisgestaltung des Bieters, die sich nach seinem Kalkül erst in der Zukunft bei Mehrmengen auswirkt, liegt sein rechtsmissbräuchliches und damit treuwidriges aktives Verhalten. Dieses Vorgehen ist arglistig. Außerdem gilt grundsätzlich, auch außerhalb des zivilen Baurechts, dass besonders wichtige Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschla-

---

<sup>14</sup> zumindest bei der Wertung nach § 25 VOB/A

gender Bedeutung sind, ungefragt offenbart werden müssen.<sup>15</sup> So darf ein Verkäufer z. B. wesentliche Mängel der Kaufsache nicht verschweigen.<sup>16</sup>

Die vom Bieter geschaffene Problematik liegt in dem beabsichtigten vorvertrags- bzw. vertragswidrigen Kalkül, sich einen Vermögensvorteil außerhalb des Preisfortschreibungssystems des § 2 VOB/B unter bewusstem Ausnutzen eines Fehlers des Verhandlungspartners zu verschaffen. Die zutreffende Prognoseentscheidung des Auftraggebers, dass der Bieter das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, also eine Prognose ohne die Auswirkungen des Fehlers im LV, hat der Bieter vereitelt, weil er den Auftraggeber entgegen vorvertraglicher Verpflichtung nicht auf den Fehler im LV hingewiesen und zudem seine Absicht, über eine Mengenerhöhung und einen spekulativ hohen Preis wesentlich höher abzurechnen, versteckt hat. Dies muss nunmehr im Verhältnis zum vormaligen Bieter und jetzigen Auftragnehmer hinweggedacht werden. Dies folgt auch aus dem dem § 162 BGB zugrunde liegenden **allgemeinen Rechtsgedanken**, dass niemand aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteil ziehen darf.

Zur Frage, inwieweit sich ein Auftragnehmer bei unvollständigen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen von vornherein nicht auf „enttäushtes Vertrauen“ berufen könne und ihm schon deshalb kein Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zustehe, entschied der BGH mit Urteil vom 25.02.1988<sup>17</sup>: Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo sei stets enttäushtes Vertrauen. Davon könne, in dem vom BGH entschiedenen Fall, schon deshalb keine Rede sein, weil die Auftragnehmerinnen bei ihrem Angebot - nach den eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts – „frivol“ kalkuliert und die vorliegende Auseinandersetzung über die entstehenden Mehrkosten in Kauf genommen hätten. Die Auftragnehmerinnen hätten die Gefahr, dass später in ihrem Umfang unabsehbare „Nachforderungen“ gestellt würden (hier rund das Hundertfache des für die Wasserhaltung ausgewiesenen Angebotspreises), nicht nur wesentlich erhöht, sondern geradezu heraufbeschworen, ohne ihre Aussichten auf Erteilung des Zuschlags aufs Spiel zu setzen. Wer so handle, könne sich, so der BGH, auf „enttäushtes Vertrauen“ nicht berufen. Der BGH betrachtete den Auftragnehmer in seiner Situation vor Vertragsschluss; angewandt wurde die Rechtsprechung mit Blick auf spätere Nachtragsforderungen des Auftragnehmers. Die Problematik des entschiedenen Sachverhalts lag schon in der Vertragsanbahnung.

Der frivole Bieter wird nicht erst durch den Zuschlag frivol; er ist es bereits vor der Zuschlagserteilung. Wenn einem frivol kalkulierenden Bieter ein Nachtragsanspruch verwehrt wird, weil er sich - so der BGH - nicht auf enttäushtes Vertrauen berufen könne, dann darf ein dolos handelnder Bieter erst recht nicht von seinem Vorgehen profitieren. Schließlich verhält sich ein Bieter erst recht frivol, wenn er sogar in Kenntnis eines

---

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 28.04.1971, Az.: VII ZR 258/69, NJW 1971, 1799, Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl., 2008, § 123, Rdn. 5b

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 08.12.1989, Az.: V ZR 246/87, NJW 1990, 975

<sup>17</sup> Az.: VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, 340

Ausschreibungsfehlers diesen für sich auszunützen sucht und deshalb nicht auf den Fehler hinweist, er also durch seine Preisgestaltung „noch frivoler“ ist, als die Rechtsprechung bislang im Nachtragsbereich erkannte.

### **c) Rechtsfolgen**

Im Ergebnis folgt aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 i. V. mit §§ 249 ff. sowie auch aus § 242 i. V. mit § 162 (analog) BGB, dass die Verpflichtung der Vertragspartner begründet ist, eine Anpassung der Einheitspreise zu vereinbaren, mit welcher der Auftraggeber so gestellt wird, als wären die vorvertragliche Verletzung der Hinweispflicht bzw. die Preisverlagerung nicht geschehen. Können sich die Parteien nicht einigen, hat das Gericht über den Anpassungsanspruch zu entscheiden (siehe zu dieser Vertragsanpassungslösung Rohrmüller, IBR 2008, 491).