

## **Spekulativ außerordentlich überhöhte Einheitspreise sind nichtig; zur Preisfortschreibung, wenn der Positionspreis nicht den tatsächlich kalkulierten Einheitspreis wiedergibt**

Kommt es bei der Bauausführung bei einer Position, deren Preis in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zum Wert der Leistung steht, zu Mengenmehrungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B oder zu geänderten Leistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B, ist die an den ursprünglichen Preis in Bezug auf die Mehrmenge bzw. die geänderte Leistung anknüpfende Preisvereinbarungsabrede der VOB/B nichtig. Der Preis für die Mehrmenge über 110 % der Ausgangsmenge bzw. für die geänderte Leistung berechnet sich nicht auf der Grundlage des überhöhten (nichtigen) Einheitspreises, sondern nach dem für diese Leistung üblichen Preis. Preisfortschreibungen nach der VOB/B setzen voraus, dass die dazu vorgelegte Kalkulation der Preisbildung des Einheitspreises auch tatsächlich zugrunde liegt. Das sind die wesentlichen Aussagen im Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 18.12.2008 (VII ZR 201/06). Der BGH erteilt spekulativem Bieterverhalten eine klare Absage. Das Urteil geht in seiner Bedeutung für öffentliche Auftraggeber weit über den ebenfalls bedeutsamen Beschluss des BGH vom 18.05.2004 (X ZB 7/04, BauR 2004, 1433; GK 204/2004) zur Unzulässigkeit von Mischkalkulationen hinaus.

Im Beschluss vom 18.05.2004 entschied der BGH unter Bezug auf das Transparenzgebot im Vergabeverfahren, dass Angebote, die verdeckte Preisverlagerungen von einer Einheitspreisposition in eine andere enthalten (sog. Mischkalkulationen), zwingend von der Wertung auszuschließen sind. Auffällig sind derartige Angebote insbesondere dadurch, dass unauskömmlich niedrige Preise in einzelnen Positionen mit auffällig überhöhten Preisen in anderen Positionen einhergehen. Wörtlich führte der BGH seinerzeit aus: *„Ein Bieter, der in seinem Angebot Positionen des Leistungsverzeichnisses mit Preisen versieht, bei denen Teile des **tatsächlich** geforderten Entgelts nicht bei der jeweils ausgewiesenen Position erklärt werden, sondern in anderen Positionen eingerechnet werden, ohne dass aus dem Angebot der **tatsächlich** geforderte Preis für die Leistung etwa infolge erläuternder Zusätze ersichtlich wird, gibt schon objektiv die geforderten Erklärungen nicht vollständig im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ab, so dass sein Angebot als Grundlage einer transparenten und alle Bieter gleich behandelnden Wertung ungeeignet und daher nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A von der Wertung auszuschneiden ist.“*

Während der Beschluss des X. Senats (nur) das Vergaberecht betrifft, setzt sich der VII. Senat im Urteil vom 18.12.2008 mit der Frage auseinander, welche vertragsrechtliche und welche vergütungsrechtliche Folge ein auffällig überhöhter Einheitspreis für den Fall hat, dass es bei dieser Position zu Mehrungen oder zu Leistungsänderungen kommt. Dabei spielt es nach dem Ansatz des BGH keine Rolle, ob der auffällige Preis isoliert gebildet wurde oder durch spekulative Preisgestaltung, d. h. durch Mischkalkulation, entstanden ist. Der BGH sieht einen Auftragnehmer weder dann für schützenswert an, wenn dieser bei seiner Kalkulation einen unauskömmlich niedrigen Ein-

heitspreis angesetzt hat,<sup>1</sup> noch dann, wenn dieser in der (zutreffenden oder auch nur erhofften) Erwartung einer Mengenmehrung oder einer Leistungsänderung eine außerordentlich überhöhte Vergütung in der Ausgangsposition festgelegt hat. Dann wird zu dessen Lasten vermutet, was er im Einzelfall zu widerlegen hätte, dass er den betreffenden Positionspreis aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben derart hoch angesetzt hat. Der BGH betont, dass der Bauvertrag ein Kooperationsvertrag ist und dass die Rechtsordnung kein Verständnis dafür aufbringen kann, dass ein Unternehmer aufgrund eines Ausschreibungsfehlers einen völlig unangemessenen Gewinn erlangen kann, obwohl das Vergabe- und Wettbewerbsverfahren der VOB/A gerade darauf ausgelegt ist, Bauaufträge zu angemessenen Preisen zu vergeben und abzuwickeln.

Die Bedeutung des BGH-Urteils liegt darin, dass öffentliche Auftraggeber nicht mehr den Folgen der These der bisher herrschenden Meinung ausgesetzt sind: fetter Preis bleibt zugunsten des Auftragnehmers fett. Oder anders formuliert: Selbst wenn es der Baufirma gelungen ist, im Ausgangsvertrag einen außerhalb jedes Äquivalenzverhältnisses von Preis und Leistung stehenden Positionspreis zu vereinbaren, wirkt dieser für Veränderungen nicht fort, wenn er sich als sittenwidrig erweist oder wenn die vom Auftragnehmer zu seinem Preis vorgelegte Kalkulation nicht der tatsächlichen Preisbildung entspricht. Das Urteil des BGH muss von den öffentlichen Auftraggebern zum Anlass genommen werden, deutlich überhöhte Preise bei Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B nicht mehr zu akzeptieren. Wann ein wucherähnlich überhöhter Einheitspreis vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Dabei ist hiesigen Erachtens zu berücksichtigen, dass das Ausschreibungsverfahren gerade auch stattfindet, um Steuergelder wirtschaftlich einzusetzen. Ein sittenwidriges Verhalten kann insoweit, insbesondere wenn es um große Mengen geht, bereits bei einer Überteuerung des üblichen Positionspreises um 50 % vorliegen (vgl. OLG Jena, Urteil vom 17.01.2007 - 24 U 1091/05, IBR 2008, 500).

Das Urteil des BGH ist geeignet, der bisherigen Motivation für spekulative Angebote den Boden zu entziehen. Insoweit ist es nicht nur ein Beitrag zur Verbesserung der Bauvertragskultur, sondern schützt innerhalb der Bauwirtschaft auch die korrekt kalkulierenden Bieter gegen Wettbewerbs- und Preisverzerrungen.

## **Sachverhalt**

Folgender Sachverhalt lag dem Urteil des BGH zugrunde: Die Klägerin (eine Baufirma) verlangte von der beklagten Auftraggeberin Restwerklohn in Höhe von rd. 1,7 Mio. €. Sie hatte im Leistungsverzeichnis für die Positionen 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 ausge-

---

<sup>1</sup> Eine Ausnahme kann sich in einem derartigen Fall lediglich ergeben, wenn der Auftraggeber aus verwerflichem Gewinnstreben den Auftragnehmer an einem besonders niedrigen Preis festhält.

schriebenen 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 den Betrag von 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 bei der Preisgestaltung Stellung zu nehmen und diese 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. Folgende wesentliche Ausführungen können dem Urteil des BGH entnommen werden:

**1. Bei der Frage, ob ein nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B fortzuschreibender Preis zu einem sittenwidrigen Ergebnis führt, ist auf die einzelne Einheitspreisposition abzustellen**

Der BGH führt aus:

*„Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand, soweit die Beklagte zur Zahlung verurteilt worden ist. Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit der auf die Vergütung der Mehrmengen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 gerichteten Preisvereinbarung nicht geprüft. Dazu bestand im Hinblick darauf Anlass, dass dem Auftragnehmer für die geltend gemachte Mehrmenge eine Vergütung zustehen soll, die die übliche Vergütung um mehr als das Achthundertfache übersteigt. ... Die Klägerin verlangt mit der Klage lediglich die Vergütung für die über 110 % hinausgehende Menge. Zur Beurteilung steht deshalb nur der Teil der Vereinbarung, aus dem die Klägerin die Vergütung für diese Mehrmenge geltend macht. Das ist für alle Einheitspreise und somit auch für die Einheitspreise in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 die Vereinbarung in § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zur Anpassung des vertraglichen Preises im Falle von Mehrmengen oder Leistungsänderungen. Nach diesen Regelungen ist (auf Verlangen) auf der Grundlage des jeweils vereinbarten Einheitspreises ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. ... Der Anspruch ergibt sich aus den Preisermittlungsregelungen der VOB/B. Er entsteht in der sich daraus ergebenden Höhe mit der Mengenerhöhung oder der Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 1 Nr. 3 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 346/01, BauR 2004, 495. ...).*

*Ein derartiger Zahlungsanspruch besteht jedoch nicht, wenn die Vereinbarung, auf der Grundlage des in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 vereinbarten Einheitspreises einen neuen Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, sittenwidrig und nichtig ist. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit kann auf die Vereinbarung einzelner Einheitspreise und auch auf die Vereinbarung der Preisbildung für den Fall der Mengenerhöhung beschränkt werden. Denn diese Vereinbarungen bilden Teile*

*des Rechtsgeschäfts, deren Sittenwidrigkeit unabhängig davon beurteilt werden kann, ob die sonstigen Regelungen des Rechtsgeschäfts sittenwidrig sind. Bei der Beurteilung kommt es maßgeblich darauf an, welcher Preis im Vertrag vereinbart ist und wie sich dieser Preis auf den neu zu vereinbarenden Preis auswirkt. Die Parteien haben in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 einen Einheitspreis von 2.210 DM/kg vereinbart. In der Revision ist davon auszugehen, dass der von der Klägerin für die Mehrmengen verlangte Preis von 2.045,15 DM/kg ... der sich aus § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. § 2 Nr. 5 VOB/B ergebende Einheitspreis ist. Das ist erkennbar die Grundlage des Berufungsurteils.“*

## **2. Die Vereinbarung eines Preises kann gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn der Preis in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht**

Der BGH geht von Folgendem aus:

*„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig, § 138 Abs. 1 BGB. Gegen die guten Sitten verstößt ein Rechtsgeschäft, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 217/03, NJW 2004, 2668, 2670; ständige Rechtsprechung seit RGZ 48, 114,124).*

*In der Rechtsprechung ist es anerkannt, dass die Vereinbarung eines Preises gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein kann, wenn der Preis in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht. Dafür erforderlich ist sowohl ein objektiv auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung als auch das Hinzutreten subjektiver Umstände, wie zum Beispiel das Zutagetreten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten (BGH, Urteil vom 11. Januar 1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 257 f.; Urteil vom 28. April 1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257, 263; Urteil vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 f.; jeweils m.w.N.). Dabei sind die subjektiven Umstände des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB häufig einem direkten Nachweis nicht zugänglich und können oft nur aus den objektiven Umständen erschlossen werden, wobei in manchen Fallgestaltungen Art und Ausmaß der objektiven Umstände eine Vermutung für das Vorliegen auch der subjektiven Tatbestandsmerkmale begründen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2003 - XI ZR 226/02, NJW 2003, 2230).*

*Die Vereinbarung der Parteien, auf der Grundlage des vereinbarten Einheitspreises von 2.210 DM/kg für die Mengenerhöhungen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 einen neuen Preis von 2.045,15 DM/kg fordern zu können, kann danach sittenwidrig und damit nichtig sein.*

*Der von der Klägerin geltend gemachte Einheitspreis für die Mehrmengen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 steht in einem besonders auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung. Das bedarf bei einer mehr als achthundertfachen Überschreitung des*

*im Bundesdurchschnitt gezahlten Preises für die in diesen Positionen ausgeschriebenen Leistungen keiner weiteren Erörterung. Die Richtigkeit des vom Sachverständigen erster Instanz mit 2,47 DM/kg bezifferten üblichen und angemessenen Durchschnittspreises wird von den Parteien nicht in Frage gestellt.*

*Der Annahme eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung steht nicht entgegen, dass dieses lediglich für die einzelne Position des Leistungsverzeichnisses geprüft und angenommen wird. Zu Unrecht wird teilweise in der Literatur angenommen, ein solches auffälliges Missverhältnis könne von vornherein die Sittenwidrigkeit einer Einheitspreisvereinbarung nicht begründen. So wird vertreten, die theoretische Grenze, bei der an die hohe Vergütung einer Bezugsleistung nicht mehr angeknüpft werden dürfe, sei erst dann erreicht, wenn der ganze Ursprungsvertrag nach § 138 BGB nichtig sei. Es sei immer auf den ganzen Vertrag, nicht auf einzelne Positionen abzustellen, wobei es diese Fälle praktisch nicht gebe (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Teil 1, 5. Aufl., Rdn. 1049, 608). Diese Meinung verkennt, dass ein Teil eines Rechtsgeschäftes, wie die Vereinbarung eines Einheitspreises oder des nach Mengenerhöhungen auf dieser Grundlage zu vereinbarenden neuen Einheitspreises, unabhängig davon als sittenwidrig beurteilt werden kann, ob das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäftes muss allerdings der Zusammenhang mit dem gesamten Rechtsgeschäft gewürdigt werden.“*

**3. Gibt der Bieter in einer Position des Leistungsverzeichnisses einen außerordentlich überhöhten Einheitspreis an, besteht die widerlegbare Vermutung, dass er auf Mengenerhöhung und auf einen außerordentlichen Gewinn ohne entsprechenden Gegenwert für den Auftraggeber hofft**

Dazu heißt es im Urteil:

*„Die entweder auf § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B gegründete Vereinbarung der Parteien, für die Mehrmengen eine um mehr als das Achthundertfache und damit außerordentlich überhöhte Vergütung festzulegen, begründet die Vermutung, ihr liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers zugrunde. Diese Vermutung gründet sich nicht allein auf das außerordentliche Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, so dass ihr die Rechtsprechung nicht entgegensteht, wonach eine Übervorteilung von Kaufleuten in der Regel nicht allein aus einem groben Missverhältnis von Preis und Gegenleistung abgeleitet werden kann (BGH, Urteile vom 2. Dezember 1982 - III ZR 90/81, NJW 1983, 1420 und vom 11. Januar 1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 268; Beschluss vom 13. Juli 1989 - III ZR 201/88, NJW-RR 1989, 1068). Vielmehr gründet sie sich auf die Besonderheiten des Bauvertrages. 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. Regelmäßig beruht die Vereinbarung dieses Einheitspreises auf einem entsprechenden*

*Angebot des Bieters, dem das Leistungsverzeichnis zum Zwecke der Bepreisung übergeben worden ist. In dem Fall, dass der Bieter in einer Position des Leistungsverzeichnisses einen außerordentlich überhöhten Einheitspreis angegeben hat, besteht die widerlegbare Vermutung, dass er in dieser Position auf eine Mengenmehrung hofft und durch Preisfortschreibung auch für diese Mengenmehrung einen außerordentlich überhöhten Preis erzielen will. Diese Spekulation ist jedenfalls dann sittlich verwerflich, wenn sie zu dermaßen überhöhten Preisen führt, wie das hier der Fall ist. Die vertragsuntypische Spekulation des Bieters durch Einsatz deutlich überhöhter Einheitspreise ist regelmäßig mit der Erwartung verbunden, einen außerordentlichen Gewinn zu erzielen, der andererseits zu nicht eingeplanten Mehrkosten bei dem Auftraggeber führt, denen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht. Regelmäßig beruht die Bildung überhöhter Preise auch auf einem nicht offengelegten Informationsvorsprung des Bieters, der Anlass zu der Spekulation gibt, sei es die auf Tatsachen oder Erfahrungssätze gegründete Erwartung oder sogar die Gewissheit von Mengenmehrungen. Dieses Verhalten eines Bieters und späteren Auftragnehmers widerspricht eklatant dem gesetzlichen Leitbild eines Vertrages, das – nicht anders als die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – einen fairen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch im Blick hat, vgl. § 157 BGB. Es begründet die Vermutung, der Auftraggeber, der über entsprechende Informationen möglicherweise nicht verfügt oder die mit der Preisgestaltung verfolgte Absicht im Einzelfall nicht erkennt, solle aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben übervorteilt werden.“*

#### **4. Häufige, jedoch nicht tragfähige Argumente des Auftragnehmers, die die Vermutung verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen sollen**

Der BGH stellt zu den in der Praxis häufig anzutreffenden Argumenten der Auftragnehmer klar:

*„Ein Auftragnehmer, der sich einen außerordentlich überhöhten Preis versprechen lässt, muss daher Umstände darlegen, die die Vermutung des sittlich verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen. ... Die im Rechtsstreit erörterten ... Umstände vermögen die Vermutung einer sittenwidrigen Vereinbarung nicht zu entkräften.*

*Das gilt zunächst für die Darlegung der Klägerin in einem anderen Zusammenhang, die Vergabe- und Vertragsordnung eröffne ihr die Möglichkeit, Preise beliebig zu bilden. Die Korrektur dieser Preise nach einer Mengen- oder Leistungsänderung sei nicht möglich, auch wenn sie deutlich überhöht seien. So wie sie bei Mengenmehrungen oder Leistungsänderungen an niedrigen Preisen festgehalten werde, müsse sie auch hohe Preise nach den entsprechenden Tatbeständen durchsetzen können. Anders könne das sein, wenn eine Mischkalkulation vorliege. Das sei jedoch nicht der Fall. Die Klägerin habe den hohen Preis offen ausgewiesen, ohne dass Verschiebungen in anderen Preisen stattgefunden hätten.*

*Diese Darlegungen räumen nicht aus, dass der hohe Preis in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 allein deshalb gebildet worden ist, um aus diesen Positionen einen überaus hohen, jedenfalls positionsbezogen völlig unangemessenen, spekulativen Gewinn zu Lasten der Beklagten zu erwirtschaften.*

*Unbehelflich ist auch der Verweis der Klägerin auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht, nach der es in der Natur des Wettbewerbs um die Vergabe baurechtlicher Aufträge liege, dass Unternehmen in unterschiedlicher Art und Weise und auch in unterschiedlichen Positionen ihre Gewinnerwartung realisierten.*

*Diese Rechtsprechung befasst sich nicht mit der Bildung anstößiger, weil spekulativ überhöhter Einheitspreise, die das Maß dessen sprengen, was von der Rechtsordnung hingenommen werden kann.*

*Die Klägerin kann die Beurteilung der die Mehrmengen betreffenden Preisvereinbarung als sittenwidrig auch nicht mit dem Hinweis verhindern, es habe sich um eine europaweite öffentliche Ausschreibung gehandelt; die Beklagte habe den Zuschlag nach umfassender Auswertung und Prüfung der Angebote erteilt, ohne die Klägerin auszuschießen.*

*Die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig wegen des einseitig motivierten übersteigerten Gewinnstrebens einer der Vertragsparteien scheitert nicht daran, dass die Gegenpartei diese Motivation erkennen konnte oder dass sie das Geschäft hätte verhindern können.*

*Unerheblich ist, dass die beiden Positionen 32.5.120 und 32.5.130 lediglich einen Teil des Gesamtauftrages bilden und möglicherweise der Gesamtpreis auch nach der Mengenerhöhung nicht anstößig ist.*

*Das Wesen des Einheitspreises 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, wie sie insbesondere bei der Preisbildung nach Mengenerhöhungen hervortritt, sei es aufgrund dem Vertrag zugrunde liegender Fehlschätzungen der Mengen, sei es aufgrund von Leistungsänderungen oder zusätzlichen Leistungen. Denn die VOB/B sieht vor, dass auf Verlangen ein neuer Preis für die Überschreitung des Mengenansatzes unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren bzw. zu ermitteln ist. Das kann in einzelnen Positionen zu unangemessenen Ergebnissen führen, insbesondere dann, wenn überhöhte Preise bei solchen Positionen vereinbart sind, bei denen es zu Mengenerhöhungen kommt. Solche Ergebnisse werden in Teilen der Literatur und von der Klägerin allerdings als hinnehmbar dargestellt mit dem Hinweis darauf, es sei allein Sache des Unternehmers, wie er kalkuliere; der Auftraggeber sei nicht schützenswert, wenn er infolge eines Ausschreibungsfehlers oder nachträglicher Änderungen des Vertrages die Möglichkeit zu solchen Preisen eröffne (vgl. Thormann, BauR 2000, 953 f.; Kapellmann/Schiffers,*

*Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Teil 1, 5. Aufl., Rdn. 1049, 608). Der Senat muss nicht abschließend dazu Stellung nehmen, ob diese Argumentation, die vor allem im Zusammenhang mit in solchen Fällen naheliegenden Spekulationen des Unternehmers wegen von ihm erkannter oder vermuteter Ausschreibungsmängel zu finden ist, dem Wesen des Bauvertrags widerspricht.*

*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 Positionenpreise zu erzielen, die das angemessene Maß deutlich überschreiten.*

*Jedenfalls können Spekulationen auf Mengenerhöhungen nicht hingenommen werden, wenn sie dazu führen, dass der Preisrahmen derart exorbitant gesprengt wird, wie das hier der Fall ist. Bei einer solchen Spekulation kommt es auch nicht darauf an, wie sich das Ergebnis nach der Mengenerhöhung auf den Gesamtpreis ausgewirkt und ob der Unternehmer in anderen Positionen niedrigere Preise eingesetzt hat. Die gegenteilige Argumentation der Klägerin verkennt, dass in dieser Weise vorgenommene Spekulationen sittlich verwerflich sind, weil die Rechtsordnung kein Verständnis dafür aufbringen kann, 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, § 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A. Das gilt selbst für den Fall, dass durch diesen Gewinn Verluste ausgeglichen werden, die der Auftragnehmer dadurch erlangt, dass er in anderen Positionen Einheitspreise eingesetzt hat, die weit unter den üblichen Preisen lagen. Denn dieses spekulative Bieterverhalten ist nicht schützenswert. ...*

*Wie der Fall zu beurteilen wäre, dass ein Auftragnehmer spekulativ einen besonders niedrigen Preis einsetzt, ohne dass eine Mischkalkulation vorliegt, kann dahinstehen. Die Beurteilung dieses Falles, bei dem es allerdings auf das verwerfliche Gewinnstreben des Auftraggebers ankäme, kann nicht dazu führen, dass die Überhöhung eines Preises aus verwerflichem Gewinnstreben des Auftragnehmers nicht als sittenwidrig einzuordnen ist.“*

## **5. Die Nichtigkeit der Preisvereinbarung lässt die Pflicht unberührt, die vereinbarten Leistungen auszuführen**

Dazu der BGH:

*„Für den nach bisherigem Sach- und Streitstand naheliegenden Fall, dass das Berufungsgericht die Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung für die Mehrmengen zu*



*Positionen 32.5.120 und 32.5.130 bejaht, ist die Vereinbarung nichtig. Die Nichtigkeit dieses Teils des Rechtsgeschäfts führt nicht dazu, dass die jeweilige Position, soweit es um die Mehrmenge geht, nicht wirksam vereinbart wäre, was auch zur Folge hätte, dass die entsprechenden Leistungen nicht erbracht werden müssten. ...*

*In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Nichtigkeit einer mit der Sittenordnung nicht vereinbaren Preisvereinbarung in bestimmten Fällen nicht zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung führt, sondern anstelle des nichtigen Preises ein anderer Preis als vereinbart gilt. Das gilt z. B. in den Fällen, in denen die Preisvereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, das Höchstgrenzen vorsieht. Im Regelfall tritt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung der gesetzlich zulässige Höchstsatz (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 25/06, BauR 2007, 2081 = NZBau 2008, 65 = ZfBR 2008, 47). Eine nichtige Preisvereinbarung kann auch dann durch eine mit der Rechtsordnung vereinbare Preisvereinbarung ersetzt werden, wenn sie lediglich ein Bestandteil einer Gesamtpreisvereinbarung ist und die Nichtigkeit der Vereinbarung dem von beiden Seiten verfolgten Zweck der Parteien zuwiderliefe (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1969 - III ZR 188/65, BGHZ 52, 17, 24; Urteil vom 14. Juni 1972 - VIII ZR 14/71, NJW 1972, 1459), der Sittenverstoß sich eindeutig auf einen abtrennbaren Teil beschränkt und im Übrigen gegen Inhalt und Zustandekommen des Vertrages keine Bedenken bestehen (BGH, Urteil vom 13. März 1979 - KZR 23/77, NJW 79, 1605; Urteil vom 14. November 2000 - XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37,46).*

*Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Parteien einen Einheitspreisvertrag schließen und lediglich ein oder wenige Einheitspreise unwirksam vereinbart sind. Hätte die Nichtigkeit dieser Vereinbarungen die Nichtigkeit der Leistungsvereinbarungen zur Folge, würde das dem von beiden Seiten verfolgten Zweck zuwiderlaufen, eine komplette Leistungsvereinbarung über das gesamte ausgeschriebene Vorhaben treffen zu wollen. Die Herausnahme einzelner Leistungsteile würde sehr häufig den von den Parteien verfolgten Gesamterfolg des Bauvorhabens gefährden. Sie würde zu ganz erheblichen Schwierigkeiten bei der Durchführung des Bauwerks führen, weil entweder neue Preisvereinbarungen zwischen den Vertragsparteien getroffen werden müssten, die ein erhebliches Konfliktpotential bildeten, oder aber andere Unternehmer beauftragt werden müssten, deren Integration in die Baustelle ebenfalls zu erheblichen Problemen führen könnte. Es erscheint deshalb allein angemessen, die unwirksame Preisvereinbarung durch eine solche zu ersetzen, die von der Rechtsordnung gebilligt wird.“*

## **6. Spekulationen, wie sie in der Baupraxis zunehmend üblich sind, sind sittlich verwerflich**

Der BGH stellt fest:

*„Dabei<sup>2</sup> kommt allerdings entgegen der vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang erörterten Lösung nicht in Betracht, ein aus seiner Sicht gerade noch zulässiges Höchstmaß eines Spekulationspreises anzunehmen. 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 seiner Erfahrung beurteilen kann – die Quelle von häufigen Auseinandersetzungen zwischen den Bauvertragsparteien, falls eine Mengenmehrung eintritt. Diese Auseinandersetzungen können die kooperative Abwicklung des Bauvertrages erheblich beeinträchtigen. Eine Aufspaltung einer sittenwidrigen Vereinbarung in einen wirksamen und unwirksamen Teil (sog. quantitative Teilbarkeit) kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Aufspaltung dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2008 - V ZR 14/08, bei juris). Solche Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich. Zudem würde die Annahme einer quantitativen Teilbarkeit die Spekulation aus Fehlern der Ausschreibung fördern und dem auch bei einem Bauvertrag notwendigen Grundvertrauen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1993 - VII ZR 96/92, BauR 1994, 98) entgegenwirken.“*

## **7. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung zur Vergütung von Mehrmengen tritt die Vereinbarung, die Mehrmenge nach dem üblichen Einheitspreis zu vergüten**

Der BGH führt aus:

*„Eine der Rechtsordnung entsprechende und angemessene Lösung lässt sich vielmehr nur dadurch erzielen, dass der übliche Preis gilt. Dass die Parteien die Leistungsposition bepreisen wollten, steht fest. Es bietet sich deshalb 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. Üblich ist der Einheitspreis, der zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen*

---

<sup>2</sup> bei der Ersetzung einer unwirksamen Preisvereinbarung durch eine von der Rechtsordnung gebilligte

nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 - VII ZR 239/98, BauR 2001, 249 = ZfBR 2001, 104).

In den Fällen, in denen lediglich der Teil der Vereinbarung zur Beurteilung steht, der die Vergütung der Mehrmengen betrifft, gelten diese Erwägungen entsprechend. Ist dieser Teil wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, tritt an dessen Stelle die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.<sup>13</sup>

#### **8. Der Umstand, dass es zu Mengenerhöhungen kommt, führt nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage; insoweit enthalten § 2 Nrn. 3 und 5 VOB/B spezielle Regelungen**

Dazu weist der BGH bei der Behandlung der von der klagenden Baufirma eingelegten Anschlussrevision auf Folgendes hin:

*„Zu Recht wendet sich die Klägerin gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der vereinbarte Einheitspreis könne nicht Grundlage für die Beurteilung des Preises für Mehrmengen sein; er müsse nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf das Zweihundertfache des üblichen Preises reduziert werden. In der Revision ist dabei zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass der geltend gemachte Preis von 2.045,14 DM/kg nicht sittenwidrig ist. Die Klägerin hat insoweit noch Gelegenheit, die dagegen sprechende Vermutung zu widerlegen.*

*Auf dieser Grundlage hält das Berufungsurteil einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es lässt nicht erkennen, was nach seiner Auffassung die Geschäftsgrundlage ist, die weggefallen sein soll. Die Preise für die Positionen 32.5.120 und 32.5.130 sind keine Geschäftsgrundlage des Vertrages, sondern Bestandteil der vertraglichen Preisvereinbarung. Gleiches gilt für die Mengenerhöhung und den sich hierfür ergebenden Preis. Der Umstand allein, dass es zu einer Mengenerhöhung gekommen ist, kann nicht die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage begründen. Denn insoweit enthält der Vertrag Regelungen in § 2 Nr. 3 VOB/B für den Fall, dass es ohne Vertragsänderungen zu Mengenerhöhungen gekommen ist, und in § 2 Nr. 5 VOB/B für den Fall, dass es infolge einer Leistungsänderung zu Mengenerhöhungen gekommen ist. Diese gehen als spezielle Regelungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der Anpassung des Vertrages vor (ständige Senatsrechtsprechung seit Urteil vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67, MDR 1969, 655; Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44; Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 111/00, BauR 2002, 312 = NZBau 2002, 152 = ZfBR 2002, 149).*

---

<sup>3</sup> Aus diesen Ausführungen des BGH ergibt sich, dass nicht nur der nach § 2 Nrn. 3 oder 5 VOB/B fortgeschriebene Einheitspreis nichtig sein kann, vielmehr auch eine – eigenständig zu betrachtende – Nichtigkeit des ursprünglichen Positionspreises vorliegen kann. Dieser Aspekt ist neu, stärkt die Position des Auftraggebers und wurde bisher in der Literatur und Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht behandelt.

Danach ist, im Falle des § 2 Nr. 3 VOB/B auf Verlangen, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren (§ 2 Nr. 3 Abs. 2, Nr. 5 VOB/B). Im Streitfall ist dieser Preis durch das Gericht zu ermitteln, wobei auch eine Schätzung nach § 287 ZPO möglich ist.“

**9. Ist die Preisvereinbarungsabrede der Parteien wirksam (also nicht wegen verwerflich überhöhten Preisansatzes nichtig), hat die Baufirma ihren Anspruch schlüssig darzulegen und dazu die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen**

Der BGH führt im Rahmen der Zurückverweisung an das Berufungsgericht aus:

*„Sollte die Vergütungsvereinbarung wirksam sein, so käme es allerdings darauf an, ob die Klägerin ihren Anspruch schlüssig dargelegt hat. Das ist vom Landgericht<sup>4</sup> verneint worden. Die Erwägungen des Landgerichts sind im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 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. Denn diese Kalkulation weist aus, mit welchen Kosten der Auftragnehmer den Preis gebildet hat. Auf dieser Grundlage lässt sich beurteilen, inwieweit Mehr- oder Minderkosten entstanden sind. Zutreffend ist auch die Auffassung des Landgerichts, es sei Sache des Auftragnehmers, die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen. Denn dazu ist allein er in der Lage, sofern die Kalkulation nicht bereits beim Auftraggeber hinterlegt ist oder er auf andere Weise über die Kalkulation in Kenntnis gesetzt worden ist. ...*

*Eine dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation kann nachträglich schriftlich niedergelegt werden. Es ist ihr Wesen, dass sie den Preis in Kalkulationsbestandteile aufschlüsselt. Eine derartige Aufschlüsselung kann auch nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, es fehlten weitere, für eine Kalkulation übliche Angaben, wie solche zu den Allgemeinen Geschäftskosten oder zu Gewinn und Wagnis. Es steht einem Unternehmer grundsätzlich frei, wie er seine Preise kalkuliert. Er kann Preise lediglich mit den direkten Herstellungskosten kalkulieren, also ohne Geschäftskostenzuschlag oder Zuschlag für die Gewinnerwartung. Eine solche Kalkulation mag zwar unüblich sein, kann jedoch nicht als un schlüssig zurückgewiesen werden.“*

---

<sup>4</sup> in der dem Berufungsurteil vorausgehenden Entscheidung, mit der das Landgericht die Klage abgewiesen hatte

## **10. Die vom Auftragnehmer vorgelegte Kalkulation muss hinsichtlich der fortzuschreibenden Einheitspreisposition plausibel sein und der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegen**

In dieser für die Praxis besonders wesentlichen Passage des BGH-Urteils sind die Ausführungen zwar knapp, aber durch die Einbeziehung der gebilligten Ausführungen des Landgerichts hinreichend deutlich. Der BGH führt aus:

*„Das Landgericht hat jedoch darüber hinaus die Auffassung vertreten, die 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 willkürlich, lebensfremd und grotesk überhöht. Es handele sich um einen willkürlichen Sachvortrag ins Blaue hinein. Diese Würdigung des Landgerichts ist naheliegend und lässt keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin bei der Preisermittlung für die Mehrmenge Aufschläge für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten abgezogen hat. Diese Aufschläge finden sich in der später vorgelegten Kalkulation nicht. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage an, wie der Unternehmer kalkuliert, sondern auf die Frage, ob die vorgelegte Kalkulation der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegt.“*

### Ergänzende Bemerkungen

Die in verschlossenen Kalkulationen oder in nachträglich schriftlich niedergelegten Kalkulationen angegebenen Daten der Baufirma sind - schon mangels ursprünglicher Offenlegung - regelmäßig kein verbindlicher Vertragsinhalt. Der Auftraggeber muss die Angaben in diesen Kalkulationen nicht unbesehen hinnehmen, insbesondere dann nicht, wenn die Angaben, wie im vorliegenden Fall, ersichtlich keine firmenspezifischen, sondern Phantasie-Preisparameter enthalten. Entsprechendes gilt, wenn die Ansätze für Lohnnebenkosten oder für Wagnis und Gewinn nach dem Gesamtgefüge des Vertrages nicht glaubwürdig sind oder Arbeitszeitansätze deutlich niedriger ausgewiesen sind, als sie sich aus üblichen Arbeitszeitwerten ergeben, und so, wie sie angegeben sind, in der Praxis nicht zu erreichen sind. Entscheidend für die Problemlösung bei signifikant überhöhten Einheitspreisen ist der letzte Satz im Urteil des BGH: *„Es kommt in diesen Zusammenhang<sup>5</sup> nicht auf die Frage an, wie der Unternehmer kalkuliert, sondern auf die Frage, ob die vorgelegte Kalkulation der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegt.“* Der Begriff „tatsächlich“ dürfte vom VII. Senat mit Bedacht gewählt sein. Den gleichen Begriff hat der X. Senat in seinem Mischkalkulationsbeschluss vom 18.05.2004 verwendet. Dort heißt es: *„An der danach für die Berücksichtigung eines Angebots erforderlichen vollständigen und den Betrag, der für die betreffende Leistung beansprucht wird, benennenden Erklärung über den Preis fehlt es beim Angebot der Antragstellerin schon deshalb, weil dieses - wie die Antragstellerin im Verfahren nach § 24 VOB/A eingeräumt hat - auf einer Mischkalkulation beruht, bei der durch so genanntes ‚Abpreisen‘ bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis*

---

<sup>5</sup> bei unplausibler Kalkulation

*von 0,01 € und so genanntes ‚Aufpreisen‘ der Einheitspreise anderer angebotener Positionen Preise benannt werden, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten **tatsächlichen** Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergeben. 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 von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A, sondern ‚versteckt‘ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschrieben Leistungen in der Gesamtheit seines Angebots.“*

Die Vorinstanz zum Beschluss des X. Senats hatte in diesem Zusammenhang formuliert, der Bieter nenne nicht den „wahren“ Preis. Auch wenn der BGH diesen Begriff durch den wertneutralen Begriff des „tatsächlichen“ Preises ersetze, bleibt es inhaltlich dabei, dass es um den wirklich gewollten Preis geht. Übertragen auf das Urteil des VII. Senats bedeutet das, dass die Kalkulation von Einheitspreispositionen nur dann der Preisfortschreibung nach den Regelungen 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 Parametern entspricht.