

Vertragsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf sittenwidrig überhöhte Einheitspreise beim Bauvertrag

Verfasser: Markus Lindner

Inhaltsübersicht	Seite
1 Problemaufriss	60
2 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte	61
2.1 Urteil des BGH vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06 und Beschluss vom 25.03.2010 – VII ZR 160/09	62
2.1.1 Sachverhalt	62
2.1.2 Entscheidung des BGH vom 18.12.2008	63
2.1.3 Entscheidung des BGH vom 25.03.2010	64
2.2 Urteil des BGH vom 07.03.2013 – VII ZR 68/10	65
2.2.1 Sachverhalt	65
2.2.2 Entscheidung des BGH vom 07.03.2013	66
2.3 Urteil des BGH vom 14.03.2013 – VII ZR 116/12	67
2.3.1 Sachverhalt	67
2.3.2 Entscheidung des BGH vom 14.03.2013	67
2.4 Konsequenzen aus den drei Entscheidungen des BGH, Prüfschema, Aufgreifschwelle	69
2.5 Weitere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zum sittenwidrigen Einheitspreis und Folgerungen für die Praxis	70
2.5.1 Ab wann besteht ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis zwischen Einheitspreis und Gegenleistung?	70
2.5.2 Ab wann ist der sich aus dem auffälligen Missverhältnis ergebende Preisanteil sowohl absolut gesehen als auch im Vergleich zur Gesamtauftragssumme „erheblich“?	74
2.5.3 Wie kann der Auftragnehmer die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens widerlegen?	77
2.5.4 Bezüglich welcher (Mehr-)Mengen ist die Korrektur des Einheits- preises auf den üblichen Preis möglich?	80
3 Prüfschema	83

1 Problemaufriss

Bauleistungen sind von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in der Regel¹ so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird und zwar zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber in den Vertragsunterlagen² anzugeben ist (Einheitspreisvertrag). Maßgeblich für die letztlich zu zahlende Vergütung ist gemäß § 2 Abs. 2 VOB/B³ nicht die im Leistungsverzeichnis (LV) ausgeschriebene, sondern die tatsächlich ausgeführte Menge bzw. Leistung. Nicht selten weichen die ausgeführten Mengen einzelner Positionen erheblich von der ausgeschriebenen Menge ab, was auf unsorgfältiger Mengenermittlung bzw. Planung des Auftraggebers bzw. seines Erfüllungsgehilfen, aber auch auf (trotz durchgeführter Boden-⁴ bzw. Bestandsuntersuchungen nicht gänzlich auszuschließenden) „Überraschungen“ im Baugrund oder Bestand beruhen kann. Ebenso werden nicht selten geänderte oder zusätzliche Leistungen erforderlich, um ein mangelfreies Gesamtwerk erstellen zu können.

Nachdem lange Jahre nach dem Prinzip „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis und guter Preis bleibt guter Preis“ der vereinbarte Einheitspreis, egal wie stark abweichend vom üblichen Preis, mehr oder minder unverändert⁵ auch bei Mengenerhöhungen bzw. zusätzlich erforderlichen Leistungen vergütet wurde, hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) mit seiner Rechtsprechung zum sittenwidrig überhöhten Einheitspreis⁶ beim Bauvertrag, beginnend mit der Grundsatzentscheidung vom 18.12.2008⁷ und bestätigt und „verfeinert“ mit den Entscheidungen vom 07.03.2013⁸ und 14.03.2013⁹ öffentlichen Auftraggebern einen (vorher im Werkvertragsrecht¹⁰ kaum diskutierten oder gar entschiedenen) Weg aufgezeigt, eklatant überhöhte Einheitspreise insbesondere bei entstehenden Mengenmehrungen zu korrigieren. Die am Bau Beteiligten haben sich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich durch die

¹ Auch bei (Detail-)Pauschalverträgen (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) und Stundenlohnverträgen (§ 4 Abs. 2 VOB/A) kann sich das Problem des Umgangs mit einzelnen überhöhten Einzelpreisen ergeben; dies wird aber in diesem Beitrag nicht behandelt.

² zur Aufgliederung der Leistung in Positionen im Leistungsverzeichnis siehe § 7 Abs. 12 VOB/A

³ zur Pflicht zur Vereinbarung der VOB/B siehe § 8 Abs. 3 VOB/A

⁴ Als mit den Streitfällen befasster Jurist hat man manchmal den Eindruck, dass Bodengutachter ihre (Stich-)Proben treffsicher immer knapp **neben** der problematischen Stelle nehmen.

⁵ bei Mengenmehrungen häufig allenfalls vermindert um überdeckte Gemeinkostenanteile für Baustellengemeinkosten (BGK) und Allgemeine Geschäftskosten (AGK), siehe § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VOB/B

⁶ Dogmatisch korrekt betrachtet ist nicht der Einheitspreis selbst, sondern die seiner Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig, siehe BGH, Urteil vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06, Leitsatz 1. Im Folgenden soll trotzdem vom sittenwidrigen Einheitspreis die Rede sein, der Praktiker weiß, was gemeint ist.

⁷ BGH, Urteil vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06, BauR 2009, 491

⁸ BGH, Urteil vom 07.03.2013 – VII ZR 68/10, BauR 2013, 1116

⁹ BGH, Urteil vom 14.03.2013 – VII ZR 116/12, BauR 2013, 1121

¹⁰ anders in anderen Rechtsgebieten, siehe Hinweise des VII. Zivilsenats im Urteil vom 18.12.2008, Rn. 11 auf Entscheidungen des V. Zivilsenats zum Grundstückskauf, des VIII. Zivilsenats zum Finanzierungsleasingvertrag und des XII. Zivilsenats zum Pachtvertrag

Entscheidungen vom März 2013 verfestigt hat, einzustellen.¹¹ Ziel des Beitrags ist es nicht, die Entscheidungen dogmatisch zu hinterfragen, sondern die ergangene Rechtsprechung des BGH sowie der Oberlandesgerichte (OLG) zum sittenwidrigen Einheitspreis beim Bauvertrag zusammenzufassen und der (kommunalen) Praxis darauf basierend eine Empfehlung für den Umgang mit auffällig überhöhten Einheitspreisen an die Hand zu geben.

Einleitend soll darauf hingewiesen werden, dass sich der Auftraggeber natürlich am wirksamsten vor den Folgen von „Spekulationspreisen“ bzw. sittenwidrig überhöhten Einheitspreisen schützen und damit verbundene Streitigkeiten vermeiden kann, indem er eine ausgereifte, vor Ausschreibung abgeschlossene Ausführungsplanung erstellt, darauf aufbauend sorgfältig die Mengen ermittelt und somit eine „erschöpfende“ Leistungsbeschreibung erstellt. Gibt es keine wesentlichen Mengenerhöhungen bzw. zusätzlich anfallenden Leistungen, so wirken sich einzelne überhöhte Einheitspreise nicht aus, da das bezuschlagte Angebot in der Gesamtheit das wirtschaftlichste bleibt.

Regelmäßig werden überhöht angebotene Einheitspreise erst dann vom Auftraggeber wahrgenommen und thematisiert, wenn es während der Vertragsdurchführung zu Mengenerhöhungen kommt und der Auftragnehmer den überhöhten Preis auch für die Mengenerhöhung verlangt („guter Preis bleibt guter Preis“). Das sollte zwar bei „optimaler“ Angebotsprüfung eigentlich nicht passieren, kommt aber in der Praxis gerade bei „kleineren“ Auftraggebern, z. B. kleinen Gemeinden, die keine spezialisierten Vergabestellen haben, trotz Einschaltung externer Büros häufig vor. Die publizierten Entscheidungen zum „sittenwidrigen Einheitspreis“ betreffen dann auch praktisch ausschließlich Vergütungsstreitigkeiten zwischen Bauherr und Baufirma.¹²

2 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte

Der VII. Zivilsenat des BGH hat mit seiner Entscheidung vom 18.12.2008 seine Rechtsprechung zum sittenwidrig überhöhten¹³ Einheitspreis begründet, mit Beschluss vom 25.03.2010 bekräftigt und mit den Urteilen vom 07.03.2013 und 14.03.2013 daran festgehalten und sie fortentwickelt.

¹¹ Die Entscheidungen des BGH wurden und werden bis heute kritisiert, der BGH hat aber an seiner Linie festgehalten. Siehe hierzu auch Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 144: „Der Bundesgerichtshof hat sich eingehend mit den Gegenargumenten auseinandergesetzt; diese sollten nicht dazu führen, dass dieser richtige, einmal eingeschlagene Weg wieder verlassen wird. Ein hilfloser Versuch, eine Änderung herbeizuführen, ist der Hinweis darauf, die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beruhen auf fragwürdigen subjektiven Gerechtigkeitsüberlegungen. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beruhen nicht auf fragwürdigen subjektiven Gerechtigkeitsüberlegungen, sondern auf der Anwendung des Gesetzes und den Wertungen, die die obersten Richter kraft ihrer Funktion vorzunehmen haben. Das zu akzeptieren fällt offenbar nicht jedem leicht. Im Übrigen ist nicht erkennbar, was daran fragwürdig ist, wenn ausufernde Spekulationen mit den Mitteln des Gesetzes gebremst werden.“

¹² Vergaberechtliche Reaktionsmöglichkeiten des Auftraggebers bestehen, sind aber nicht Gegenstand dieses Beitrags.

¹³ Im Urteil vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 26, hat der BGH offengelassen, ob beim umgekehrten Fall, also einem (spekulativ) besonders niedrigen Preis, die Möglichkeit einer Korrektur zugunsten des Auftragnehmers wegen Sittenwidrigkeit in Betracht kommt. Das nach BGH hierzu erforderliche verwerfliche Gewinnstreben des Auftraggebers (!) dürfte jedoch kaum belegbar bzw. auf krasse Ausnahmefälle (denkbares Beispiel: AG weiß, dass ausgeschriebene Mengen falsch sind und erteilt den Zuschlag auf ein an sich nicht an erster Stelle liegendes Angebot, welches aber unter Zugrundelegung der korrekten Mengen aufgrund einzelner besonders geringer Preise bei den Positionen, bei denen sich die Menge deutlich erhöhen wird, im Endeffekt günstiger für den AG sein wird) beschränkt sein. Selbst wenn einzelne Einheitspreise eklatant „untersetzt“ sein sollten, würde dies jedenfalls nichts an der Korrekturmöglichkeit anderer sittenwidrig überhöhter Einheitspreise ändern (siehe BGH, a. a. O., Rn. 24).

2.1 Urteil des BGH vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06 und Beschluss vom 25.03.2010 – VII ZR 160/09

2.1.1 Sachverhalt

Bei der ersten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008 ging es um eine Straßenbaumaßnahme mit ca. 48 Mio. DM Auftragswert; der Bauvertrag wurde 1999 geschlossen. Für die Stahlpositionen war ein sehr hoher Einheitspreis (EP) vereinbart, die ausgeschriebene Menge erwies sich als deutlich zu gering. Die Abrechnungssituation geht aus der folgenden Tabelle hervor:

LV-Pos.	Text	LV-Menge	EP	üblicher Preis	Gesamtpreis Angebot	ausgeführte Menge (unstrittig)	Abrechnung AN	Gesamtforderung AN in der Schlussrechnung (SR)
32.5.120	Betonstahl ... liefern und verlegen für Bauteile aus Ortbeton ...	200 kg	2.210 DM/kg	2,47 DM/kg	442.000 DM	1.429 kg	220 kg ¹⁴ x 2.210 DM 1.209 kg x 2.045 DM	ca. 2,96 Mio. DM
32.5.130	Betonstahlmatten liefern und verlegen für Bauteile aus Ortbeton ...	100 kg	2.210 DM/kg	2,47 DM/kg	221.000 DM	302 kg	110 kg x 2.210 DM 192 kg x 2.045 DM	636.789 DM
32.6.40	Betonstahl	?? t (!)	2.210 DM/t (!!)	ca. 2.470 DM/t		??	??	(Nicht strittig)

Die Statikplanung und Bewehrungspläne sowie die Ausführungsplanung für das Auslaufbauwerk, für das die Stahlpositionen vorgesehen sind, erhielt der Auftragnehmer (im Folgenden: AN) erst nach Auftragserteilung. Hieraus ergab sich die Mengenerhöhung beim Stahl. Nach Auffassung des AN wäre auch eine Gestaltung mit einem wesentlich geringeren Bewehrungsgehalt möglich gewesen, er habe aber die ihm vorgegebene Planung ausgeführt.

Argumentation des Auftragnehmers: Die Mengenmehrung ist unstrittig, der (zugegeben) sehr gute Preis ist (nur geringfügig verringert) auch für die Mehrmengen zu vergüten. Ein verwerfliches Gewinnstreben liegt nicht vor, da die Position im Verhältnis zur Gesamtauftragssumme unerheblich und nicht im Blickpunkt des Kalkulators gewesen sei. Der AN habe auch keinen Informationsvorsprung bezüglich der Mengenerhöhung gehabt, da die Detailplanung des Auslaufbauwerks nicht der Ausschreibung beilag.

Argumentation des Auftraggebers (AG): Der EP der Positionen 32.5.120 und 130 ist ca. 1.000-mal so hoch wie der übliche, deshalb sittenwidrig und nichtig und als Grundlage der Preisfindung für die Mengen über 110 % ungeeignet. Die nachgereichte Urkalkulation des AN ist außerdem nicht ordnungsgemäß und somit nicht für die Preisfindung heranzuziehen.

¹⁴ (= 110 % der LV-Menge)

2.1.2 Entscheidung des BGH vom 18.12.2008

Der BGH entschied zusammengefasst wie folgt:

Der geforderte EP steht in auffälligem Missverhältnis zur Gegenleistung. Dies kann zur Sittenwidrigkeit einzelner EP führen, auch wenn der Gesamtauftrag vielleicht einen üblichen Preis hat. Der **auffällig hohe Preis begründet die widerlegbare Vermutung, ihm liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des AN zugrunde**. Die **vertragsuntypische Spekulation** durch deutlich überhöhte EP ist regelmäßig mit der Erwartung verbunden, einen außerordentlichen Gewinn zu erzielen, der zu nicht eingeplanten Mehrkosten beim AG führt, denen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht. Regelmäßig beruht die Bildung überhöhter Preise auch auf einem nicht offengelegten Informationsvorsprung des Bieters, sei es die Erwartung oder gar die Gewissheit von Mengenerhöhungen. Dieses Verhalten eines Bieters widerspricht eklatant dem gesetzlichen Leitbild eines Vertrags, das einen fairen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch im Blick hat. Es begründet die Vermutung, der Auftraggeber, der über entsprechende Informationen möglicherweise nicht verfügt, solle aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben übervorteilt werden. **Der AN muss daher Umstände darlegen, die die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen.**

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 Nachtragsachverhalte 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 des AN 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. 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.

Unerheblich ist, ob die Mengenerhöhungen unter § 2 Nr. 3 VOB/B oder § 2 Nr. 5 VOB/B fallen, in beiden Fällen kann die Preisvereinbarung sittenwidrig sein.

Das Berufungsgericht (OLG Jena), an das der BGH die Sache zurückverwiesen hatte, musste prüfen, ob der AN die Vermutung der verwerflichen Gesinnung widerlegen könnte. Sollte das nicht der Fall sein, wäre nach BGH die **Mehrmenge nach der üblichen Vergütung zu vergüten**. **Üblich ist der Preis, der zur Zeit des Vertragsschlusses für gleiche Leistungen am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt.**

Könnte die verwerfliche Gesinnung widerlegt werden, wäre – so der BGH – ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehrkosten zu vereinbaren. Hier sei die Würdigung des Landgerichts, dass die Urkalkulation des AN nicht schlüssig sei und die eingesetzten Kosten von 720 DM/kg für Lohn, 1.319 DM/kg Material und 170,48 DM/kg für Gerät willkürlich, lebensfremd und grotesk überhöht seien, nicht zu beanstanden.

2.1.3 Entscheidung des BGH vom 25.03.2010

Das **OLG Jena** entschied nach Zurückverweisung durch den BGH (siehe oben) am 11.08.2009 zunächst Folgendes:

Der EP sei nicht sittenwidrig, da der AN die insofern bestehende Vermutung widerlegt habe. Bei den streitgegenständlichen Positionen handle es sich im Verhältnis zum Gesamtauftragswert (48,6 Mio. DM) um verhältnismäßig geringe Positionen. Mengenmehrungen seien auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen auch nicht erkennbar gewesen, da das Auslaufbauwerk nicht detailliert beschrieben war und eine Bewehrungsmenge nicht vorhergesehen werden konnte. Der Kalkulator habe sich zwar keine vertieften Gedanken zum Preis gemacht, dies sei aber nicht verwerflich.

Der vereinbarte hohe EP könne aber dennoch nicht als Grundlage für den neuen Preis für die Mengenmehrungen herangezogen werden. Die vom AN vorgelegte Urkalkulation sei unplausibel und könne deshalb auch nicht Grundlage einer Schätzung des Gerichts sein. Die Preisbildung erfolge deshalb nach dem üblichen Preis, was zu einem Gesamtanspruch des AN für die Mehrmengen in Höhe von $1.401,70 \text{ kg} \times 2,47 \text{ DM/kg} = 3.462,20 \text{ DM}$ (statt der geforderten ca. 3 Mio. DM !) führe.

Mit Entscheidung vom 25.03.2010 hat der **BGH** die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG Jena mangels Zulassungsgrund zurückgewiesen. Er stellte dabei ausdrücklich klar, dass er die Auffassung des OLG Jena, wonach die **Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens widerlegt** worden sei, nicht teile. Diese hätte **nur durch Angaben zur Preisbildung** widerlegt werden können, **die den Schluss auf ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben ausschließen.**

2.2 Urteil des BGH vom 07.03.2013 – VII ZR 68/10

2.2.1 Sachverhalt

Hier ging es um Trockenbauarbeiten in einem Krankenhaus, der Bauvertrag ist aus dem Jahr 2003.

Auszug aus dem Leistungsverzeichnis

„4.5.10 Öffnungen 10 Stück¹⁵

4.5.11 *Wanddurchführungen, Ständerwände, Zulage; Wanddurchführungen in Trockenbau-ständerwänden durch Herstellen des Ausschnitts sowie des elastischen Anschlusses durchführender Leitungen, Kanäle und dergleichen; als Zulage; Größe 20/20 - 40/40 cm; 50 Stück à 67,99 € = 3.399,50 €*

4.5.12 *Rundloch für Dosen und dgl.; Rundloch in Gipskarton- bzw. Gipsfaserplatten für Elekt-rosteckdosen oder ähnliches Bohren; Durchmesser: ca. 80 mm, 1250 Stück à 0,05 € = 62,50 €“*

[Hervorhebung nicht im Originaltext]

Sonstiger Sachverhalt

Die Rundlöcher für Steckdosen (LV-Pos. 4.5.12, EP 0,05 €/Stück) ließ der AG aus unbekann-ten Gründen von einer anderen Firma ausführen, sie wurden somit vom Trockenbau-AN nicht abgerechnet. Allerdings wurden über 4.000 (!) Stück runde und eckige Wanddurchführungen zwischen Durchmesser 8 cm und Größe 20 x 20 cm ohne Anordnung des AG ausgeführt, die Leistung war technisch erforderlich. Die Projektbetreuung forderte im Namen des AG den AN am 12.04.2005 zur Vorlage eines Nachtragsangebots für das Herstellen von Aussparungen auf. Der Großteil der Aussparungen war zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeführt und in Ab-schlagsrechnungen enthalten. Mit Nachtragsangebot vom 18.04.2005 machte der AN Folgen-des geltend:

4.5.11A: Aussparungen 0-20 cm lt. LV-Beschreibung Position 04.5.11 herstellen, 4.300 Stück à 65,50 € netto (Preis abgeleitet aus Pos. 4.5.11, 67,99 €/Stück)

Der übliche Preis (sachverständig festgestellt) beträgt brutto 9,64 €/Stück.

Eine Nachtragsvereinbarung kommt nicht zustande.

Die Schlussrechnung des AN beläuft sich auf insgesamt ca. 1,125 Mio. €, davon entfallen ca. 400.000 € auf den Nachtrag Wanddurchführungen.

Argumentation des Auftragnehmers: Es waren kleinere als in 4.5.11 beschriebene Wand-durchführungen erforderlich, dies wurde erst nach Auftragserteilung erkennbar. Preis ist in An- knüpfung an vergleichbare Position 4.5.11 zu ermitteln. Zeitaufwand ist um 5 Minuten geringer (131 statt 136 Minuten pro Durchführung), somit neuer Preis 65,50 €. Klageforderung ca. 408.000 €.

¹⁵ keine weiteren Infos hierzu im Tatbestand der Entscheidungen

Argumentation des Auftraggebers: Ausgeführte Leistung entspricht 4.5.12 (Rundlöcher bis 80 mm). 4.5.12 erfasst nicht nur Löcher für Steckdosen, sondern auch für Heizungs- und Sanitärinstallation. Vergütung somit nur 0,05 €/Stück (LV-Preis 4.5.12).

2.2.2 Entscheidung des BGH vom 07.03.2013

Die Vorinstanz (OLG Jena, Urteil vom 07.04.2010 – 7 U 499/09) ging von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage aus allein wegen drastischer Mengenüberschreitung. Dies ist nach Auffassung des BGH nicht zutreffend, da es hier keine starren Grenzen gebe. Deshalb hob der BGH das OLG-Urteil auf und verwies die Sache zurück.¹⁶

In deutlichen „Segelanweisungen“ an das OLG macht der BGH klar, dass vorrangig vor einem Wegfall der Geschäftsgrundlage zu prüfen ist, ob die Vereinbarung des neuen Preises auf Grundlage des überhöhten EP der Position 4.5.11 sittenwidrig und damit nichtig ist. Die hierzu **ergangene Rechtsprechung gilt auch für im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden (§ 2 Nr. 6 VOB/B und § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B).**

Der geltend gemachte Preis betrug nahezu das **8-Fache des üblichen Preises**. Ein solches Verhältnis stellt – so der BGH – auch unter Berücksichtigung von gewissen Schwankungen zwischen einzelnen Einheitspreisen im Vergleich zu üblichen Preisen, die sich bei den ursprünglich ausgeschriebenen Mengen häufig ausgleichen werden, ein **auffälliges Missverhältnis** dar. Dieses ist auch **wucherähnlich**. Für diese Feststellung **bedarf es allerdings einer zusätzlichen Kontrolle**, ob der aufgrund dieses auffälligen Missverhältnisses über das übliche Maß hinausgehende Preisanteil sowohl absolut gesehen als auch im Vergleich zur Gesamtauftragssumme in einer Weise erheblich ist, dass dies von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann. Denn obwohl die einzelne Preisermittlungsregelung für sich genommen an dem Maßstab der Sittenwidrigkeit zu messen ist, **kann von einer wucherähnlichen Auswirkung nur gesprochen werden, wenn der Werklohn insgesamt in nennenswerter Weise beeinflusst wird, die zugleich auch die Vermutung sittlich verwerflichen Gewinnstrebens trägt. Dabei kommt in Betracht, dass je größer der absolute Betrag ist, desto kleiner die relative Überschreitung sein kann, bis zu der die Auswirkungen noch hingenommen werden können.** Im entschiedenen Fall betrug die absolute Überschreitung des Preises **313.456 €**, das sind **nahezu 39 % der Gesamtabrechnungssumme** bei Ansatz der üblichen Preise (1.125.000 € - 313.456 € = 811.544 €). Beide Werte sind nach Auffassung des BGH jedenfalls ausreichend erheblich, ohne dass feste Grenzwerte bestimmt werden müssten.

Die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens konnte nicht widerlegt werden durch die Behauptung des AN, er habe für die vertragliche Leistung 131 Minuten pro Aussparung kalkuliert (üblicher Zeitansatz laut Sachverständigengutachten: 15 Minuten). Der AN erhielt durch die Zurückverweisung Gelegenheit, die verwerfliche Gesinnung zu widerlegen. Falls ihm dies nicht gelänge, stehe ihm – so der BGH – nur die übliche Vergütung zu.

¹⁶ Der Fortgang des Verfahrens beim OLG Jena ist nicht bekannt.

2.3 Urteil des BGH vom 14.03.2013 – VII ZR 116/12

2.3.1 Sachverhalt

Es ging hier um Trockenbauarbeiten an einem Berufsbildungszentrum, die Auftragssumme betrug 426.000 €, der Auftrag wurde am 27.10.2005 erteilt. Folgende Positionen waren strittig:

LV-Position	LV-Menge	EP	GP	üblicher Preis	Forderung AN	Prüfung AG
1.1.130 T-Verbindung für Montagewand	16 Stück	975 €	15.605 €	41,81 €	261 Stück x 975 € = 255.000 € netto	0 €
1.1.200 Zulage für Verstärkungen in vorbeschriebenen Montagewänden	9 Stück	308 €	2.772 €	25,50 €	9 Stück x 308 € = 2.772 € netto 355 Stück x 278 € = 98.690 € netto	364 x 5,14 € = 1.870,96 €

Die Mengenerhöhungen beruhen auf (teilweise vom AN angeregten) Planungsänderungen. Die Kostenneutralität der vom AN angeregten Änderungen ist zwar in einem Protokoll vermerkt, der AN beruft sich aber später auf die fehlende Bevollmächtigung des unterzeichnenden Bauleiters. Die Forderungen werden erstmals in der Schlussrechnung geltend gemacht und es gab vorher keine Hinweise des AN auf die eklatanten Mehrkosten.

In der Berufungsinanz (OLG Hamm, Urteil vom 16.03.2012 – 12 U 98/11) brachte der AN unter anderem vor, er habe sich bei der Kalkulation des EP um eine Dezimalstelle zu seinen Gunsten vertan, aber nicht in verwerflicher Weise spekuliert.

2.3.2 Entscheidung des BGH vom 14.03.2013

– T-Verbindungen

Der BGH führt aus, das Berufungsgericht habe ohne Rechtsfehler ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis des Preises für die Mehrmengen im Vergleich zu den hiermit vergüteten Leistungen angenommen. Dieser Preis übersteige den üblichen Preis um das **ca. 22-Fache**. Der aufgrund dieses **auffälligen Missverhältnisses** über das übliche Maß hinausgehende **Preisanteil in Höhe von ca. 300.000 €¹⁷ sei sowohl absolut gesehen als auch gemessen an dem Auftragswert von 426.092,84 € in einer Weise erheblich, dass dies von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden könne**. Es bestehe somit die widerlegliche Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens.

Hat der AN diese Vermutung durch den Nachweis entkräftet, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen, so verstößt es nach dem BGH gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, wenn er den hierauf beruhenden, in einem

¹⁷ Wie der BGH hier auf den Betrag von 300.000 € kommt, erläutert er nicht. Richtigerweise dürfte sich der **über das übliche Maß hinausgehende** Preisanteil entsprechend dem vom BGH in seiner Entscheidung vom 07.03.2013 vollzogenen Rechenweg hier wie folgt ergeben: $(261 \text{ Stück} - 16 \text{ Stück}) \times (975 \text{ €/Stück} - 41,81 \text{ €/Stück}) = 228.631,55 \text{ € netto}$. Für die Praxis „festgezurr“ ist vom BGH aber nur der von ihm genannte Betrag von 300.000 €.

auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt. Denn mit diesem Verlangen würde er sich faktisch in Widerspruch zu seiner Behauptung setzen, er habe nicht vorgehabt, einen Einheitspreis zu bilden, der ihm einen unangemessenen Gewinn verschaffe, und es entspreche deshalb nicht seinem Willen, eine derartige Vergütung zu erhalten. Der AN würde in diesem Fall seinen Berechnungsfehler, der sein sittlich verwerfliches Gewinnstreben ausschließt, in der Weise ausnutzen, dass er gleichwohl den unangemessenen, wucherähnlichen Preis durchsetzt. **Das wäre die Ausnutzung einer Rechtsposition, die mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist.**

Dem kann der AN nach den Ausführungen des BGH nicht entgegenhalten, die Kalkulation sei grundsätzlich unerheblich, er sei seinerseits nicht berechtigt, einen Kalkulationsirrtum zu seinen Lasten zu berichtigen. Die Angaben zur Kalkulation sind erheblich, wenn ein Einheitspreis gebildet worden ist, der im Falle von Mengenmehrungen oder geänderten Leistungen zu einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führt. **Der AN ist regelmäßig nur in der Lage, die sittlich verwerfliche Gesinnung bei der Preisbildung zu widerlegen, indem er den hohen Preis nachvollziehbar so erläutert, dass eine sittlich verwerfliche Gesinnung ausscheidet. Insoweit muss er in aller Regel auf die Grundlagen der Kalkulation zurückgreifen.** Muss er auf diese Weise offenbaren, dass dem hohen Preis ein Rechenfehler zugrunde liegt, der ihm in gleicher Weise einen unangemessenen Gewinn verschaffen würde wie bei einer von vornherein spekulativen Kalkulation, so ist es nicht gerechtfertigt, ihm die Vorteile dieser Kalkulation zu belassen.

Der BGH entschied, dass somit im Ergebnis nur die ausgeschriebene Menge mit dem vereinbarten Preis (975,35 €) zu vergüten war, die darüber hinausgehende Menge dagegen nur mit dem üblichem Preis (41,81 €).

Soweit das OLG Hamm auch die ausgeschriebene Menge nur mit dem üblichen Preis vergüten wollte, widersprach der BGH. **Das OLG Hamm habe nichts dazu festgestellt, warum es dem AG unzumutbar sein solle, zumindest für die ausgeschriebene Menge (auf die er ja den Auftrag erteilt hat) den vereinbarten (überhöhten) EP zu zahlen.**

– Verstärkungen

Der BGH führt aus, der EP sei **auffällig (12-fach) überhöht und wucherähnlich (Auswirkung auf Gesamtvertrag 92.000 €¹⁸ netto = ca. 22 %)**. Beide Werte seien jedenfalls ausreichend erheblich, ohne dass feste Grenzwerte bestimmt werden müssten. Es spiele keine Rolle, ob Abweichungen in diesem Ausmaß bei Kalkulationen geringfügiger Leistungspositionen nicht vollkommen ungewöhnlich sind. Solange es hierfür keine Erklärung gebe, die die genannte Vermutung widerlege, bedeute das allenfalls, dass sittenwidrige Spekulationen auf Mengenmehrungen zu wucherähnlichen Preisen nicht nur in ganz seltenen Ausnahmefällen vorkommen. **Ob bereits eine 2-fache Überhöhung den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung zulasse (wie bei Grundstücksgeschäften oder im Miet- und Pachtrecht), könne offen bleiben.**

Die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens kann – so der BGH – nicht durch einen pauschalen Hinweis auf einen vorgenommenen „Angstzuschlag“ widerlegt werden.

¹⁸ Dieser vom BGH genannte Betrag stellt die Differenz zwischen dem Ergebnis des LG Arnsberg (1. Instanz) und des OLG Hamm (2. Instanz) dar. Die korrekte Herleitung des über das übliche Maß hinausgehenden Preisanteils ergäbe an sich: $(364 \text{ Stück} - 9 \text{ Stück}) \times (308 \text{ €/Stück} - 25,50 \text{ €/Stück}) = 100.287,50 \text{ € netto}$. Für die Praxis „festgezurr“ ist aber der vom BGH angenommene geringere Betrag, da er bereits diesen als ausreichend erheblich ansieht.

Das Berufungsgericht habe die Vermutung zu Recht als nicht widerlegt angesehen. Es musste der unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung der Klägerin, die Position 200 sei ungenau beschrieben worden und sie habe mit ihrer Kalkulation nur eventuellen Unwägbarkeiten Rechnung tragen wollen („Angstzuschlag“), nicht nachgehen. Angesichts der vorliegenden Höhe der Überschreitung des üblichen Preises könne diese nicht plausibel allein mit einem allgemeinen, nicht näher erläuterten „Angstzuschlag“ erklärt werden, zumal die Kalkulation im Übrigen von der Klägerin ebenfalls nicht näher dargelegt worden sei.

Ergebnis: Übliche Vergütung (25,50 €) für Mehrmengen, vereinbarter EP (308 €) für die ausgeschriebene Menge

2.4 Konsequenzen aus den drei Entscheidungen des BGH, Prüfschema, Aufgreifschwelle

Betrachtet man die drei Entscheidungen des BGH im Zusammenhang, so ergibt sich ein nahezu geschlossenes System, aus dem es für den in einzelnen Positionen offenkundig „sittenwidrig überhöht“ anbietenden Auftragnehmer zumindest in den Fällen, bei denen sich dies sowohl absolut als auch im Verhältnis zur Gesamtauftragssumme nennenswert auswirkt, kaum einen Weg zur Fortschreibung eines auffällig überhöhten Preises für anfallende Mehrmengen oder geänderte bzw. zusätzliche Leistungen, deren Preis in Anknüpfung an eine überhöht vereinbarte Bezugsposition zu bilden ist, gibt. Öffentliche Auftraggeber sollten diese Rechtsprechung kennen und im Bedarfsfall auch anwenden, allerdings mit Augenmaß, da der Vorwurf eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens schwerwiegend ist und das Verhältnis der Vertragspartner naturgemäß belastet. Die Kalkulationsfreiheit des Bieters soll im Kernbereich unberührt bleiben. „Ausreißer“ können und sollten dagegen wirksam korrigiert werden.

Um den Prüfungsaufwand zu minimieren und nicht bei jedem subjektiv als zu hoch empfundenen Einheitspreis bei Mengenerhöhungen bzw. geänderten/zusätzlichen Leistungen in Sittenwidrigkeitsüberlegungen eintreten zu müssen, halten wir es für praxisgerecht, **Aufgreifschwellen** zu definieren, ab deren Erreichen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in die vertiefte „Sittenwidrigkeitsprüfung“ eingestiegen werden sollte. Als **Faustformel** sollten hierzu folgende Mindestvoraussetzungen **kumulativ** vorliegen:

vereinbarter EP ist mindestens 8-mal so hoch wie der übliche¹⁹ Preis
und
mindestens 5.000 € netto finanzielle Auswirkung absolut
und
mindestens 5 % finanzielle Auswirkung bezogen auf ursprüngliche Gesamtauftragssumme

Diese Grenzwerte sind keine bindende Vorgabe, weder nach oben noch nach unten. Es bleibt jeder Kommune selbst überlassen, auch unterhalb²⁰ oder erst oberhalb²¹ der genannten Werte eine Sittenwidrigkeitsprüfung vorzunehmen und gegebenenfalls eine Preisanpassung auf den

¹⁹ zur Bestimmung des üblichen Preises siehe unten Abschnitt 2.5.1

²⁰ z. B. in Anknüpfung an die staatlichen Regelungen im VHB Bayern bereits ab einem 5-fach überhöhten EP

²¹ z. B. in Anknüpfung an das Urteil des BGH vom 14.03.2013, a. a. O., ab einer absoluten/auf die Gesamtsumme bezogenen Auswirkung von 92.000 €/22 %

üblichen Preis zu verlangen. Der vorliegende Beitrag soll das Bewusstsein für die Problematik wecken und Anregungen für ein praktikables Vorgehen geben.

Das **Prüfschema am Ende dieses Beitrags** (unter Abschnitt 3) stellt die wesentlichen vom Auftraggeber durchzuführenden Prüfungsschritte dar, nennt dabei die wichtigsten vom BGH entschiedenen Teilaspekte und kann als Ausgangspunkt dienen.

Der AN ist durch die Rechtsprechung des BGH nicht unbillig belastet, denn er erhält für die Mehrmengen die übliche Vergütung und erzielt damit auch einen üblichen Gewinn bei diesen Positionen. Finanziell „weh“ tut die Reduktion des überhöhten Einheitspreises auf den üblichen Preis nur dem mit Auf- und Abpreisungen spekulierenden Auftragnehmer, da er die „Gegenfinanzierung“ der nicht auskömmlich angebotenen Positionen nicht realisieren kann, er aber die zu niedrig angebotenen Positionen regelmäßig (mangels verwerflichen Gewinnstrebens des Auftraggebers) zum angebotenen Preis ausführen muss. Das ist aber von einem treuwidrig spekulierenden AN hinzunehmen. Inwieweit die Rechtsprechung des BGH und der ihm im Wesentlichen folgenden Instanzgerichte dazu führt, dass Spekulationspreise wegen dieses damit für den AN verbundenen Risikos nicht mehr angeboten werden, wird die Praxis zeigen.

2.5 Weitere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zum sittenwidrigen Einheitspreis und Folgerungen für die Praxis

Ergänzend zu den drei maßgeblichen Entscheidungen des BGH (siehe oben) sollen die von Oberlandesgerichten in zeitlich **nach** dem ersten BGH-Urteil (08.12.2008) getroffenen Entscheidungen zum „sittenwidrigen Einheitspreis“ dargestellt werden, soweit die vom BGH offengelassenen Fragen bzw. Grenzwerte konkretisiert werden und sich somit für den Praktiker nähere Anhaltspunkte zum rechtssicheren Vorgehen ergeben.

2.5.1 Ab wann besteht ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis zwischen Einheitspreis und Gegenleistung?

Nach dem BGH²² ist das Vorliegen dieser Voraussetzung zumindest ab dem 8-Fachen der üblichen Vergütung zu bejahen. Die Oberlandesgerichte entschieden wie folgt:

– OLG Köln, Urteil vom 23.02.2010 – 3 U 33/09

Auffälliges Missverhältnis kommt in Betracht, wenn der angebotene EP dem 2,6-Fachen des üblichen Preises entspricht.

– OLG Nürnberg, Urteil vom 08.03.2010 – 2 U 1709/09

Auffälliges Missverhältnis im Sinne von Sittenwidrigkeit liegt bereits dann vor, wenn der Wert der Leistung den der Gegenleistung um 100 % übersteigt. Die Frage der Sittenwidrigkeit bei der Überprüfung von Einheitspreisen in einem Bauvertrag ist nicht anders zu beurteilen als bei anderen Vertragstypen, insbesondere ist nicht zu differenzieren zwischen einem auffälligen Missverhältnis (ohne Nichtigkeitsfolge) und einem besonders auffälligen Missverhältnis (mit Nichtigkeitsfolge). Besonders grobes Missverhältnis liegt damit bei 8-facher Überhöhung auf der Hand.

²² Urteil des BGH vom 07.03.2013, a. a. O., Rn. 25

– **OLG München, Urteil vom 20.07.2010 – 13 U 4489/08**

Fraglich, ob eine 6,87-fache Überhöhung ausreichend ist

– **OLG Celle, Urteil vom 05.08.2010 – 16 U 11/10**

1,7-fache Überhöhung nicht ausreichend

– **OLG Hamm, Urteil vom 13.03.2013 – I-12 U 74/12**

2,86-fache Überhöhung ist nicht so außergewöhnlich, dass der Schluss auf ein zu missbilligendes Gewinnstreben naheliegt.

Zwischenfazit

Bereits ab dem 2-Fachen des üblichen Preises wäre es unter Heranziehung der ergangenen Urteile vertretbar, von einem auffälligen Missverhältnis auszugehen. Auch in der Literatur²³ wird dies teilweise ähnlich gesehen. Die Übertragung dieser bei anderen Vertragstypen seit langem gesicherten Rechtsprechung²⁴ auf einzelne Einheitspreise in einem Bauvertrag erscheint aus Sicht der überörtlichen Prüfung allerdings als zu weitgehend. Sie könnte, wenn man sie konsequent verfolgt, zum einen dazu führen, dass keine wirtschaftlichen Angebote mehr zuschlagsfähig sind, denn angesichts der im Baugewerbe üblichen großen Preisspannen bei einzelnen Positionen und unterschiedlichen Kalkulationsmethoden lassen sich in praktisch jedem Angebot Einheitspreise finden, die den üblichen Preis um mehr als das 2-Fache übersteigen. Eine sachgerechte vergaberechtliche Überprüfung der Angebote in dieser Hinsicht wäre mit angemessenem Aufwand nicht mehr möglich, denn es müssten nicht nur „Ausreißerpreise“ hinterfragt und aufgeklärt werden, sondern eine Vielzahl von Preisen. Im Vertragsstadium wären Streitigkeiten um die Vergütung bei Mehrmengen an der Tagesordnung und würden das bei Baumaßnahmen erforderliche Kooperationsverhältnis der Vertragspartner wegen des jeweils im Raum stehenden Vorwurfs eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens erheblich belasten. Wir halten deshalb – wie oben bereits dargestellt – eine Aufgreifschwelle ab dem 8-Fachen des üblichen Preises für praxisgerecht.

Wie kann der übliche Preis ermittelt werden?

Generell stellt sich dem Praktiker die Frage, wie er den **üblichen** Preis als Vergleichsmaßstab ermittelt. Die Beweislast für das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses liegt beim Auftraggeber. In Gerichtsverfahren werden hierzu regelmäßig Sachverständige befragt; das ist in einem zügig abzuwickelnden Vergabeverfahren und auch im Rahmen einer Nachtragsprüfung aus Zeit- und Kostengründen regelmäßig nicht möglich.

Leicht zugängliche Anhaltspunkte zur Ermittlung des üblichen Preises sind zum einen das vom eingeschalteten Planer im Rahmen der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) als

²³ Kniffka/Koeble, a. a. O., Rn. 145, wo ein wucherähnliches Verhältnis in einem Beispiel mit 2,5-fach überhöhtem EP bejaht wird

²⁴ siehe Hinweise des VII. Zivilsenats im Urteil vom 18.12.2008, Rn. 11, auf Entscheidungen des V. Zivilsenats zum Grundstückskauf, des VIII. Zivilsenats zum Finanzierungsleasingvertrag und des XII. Zivilsenats zum Pachtvertrag

Grundleistung zu erstellende²⁵ **bepreiste Leistungsverzeichnis** und zum anderen das sich aus dem (vom Planer in der Leistungsphase 7, Mitwirkung bei der Vergabe zu erstellenden) **Preisspiegel** ergebende Preisgefüge. Der augenfällig überhöhte EP des AN ist dabei nicht mit zu berücksichtigen, da er offenkundig nicht als Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des üblichen Preises geeignet ist.

Der Mittelwert aus dem Preisspiegel der anderen Angebote ist einfach ermittelbar, bildet den Markt zum Zeitpunkt der Ausschreibung ab und berücksichtigt alle Randbedingungen der konkreten Ausschreibung. Letzteres ist wichtig, da die Randbedingungen erhebliche Preisunterschiede zum normalen „Listenpreis“ verursachen können.²⁶

Andererseits kann es insbesondere bei offenkundig zu geringen Vordersätzen dazu kommen, dass mehrere oder gar alle Bieter auf die zu erwartende Mengenmehrung spekuliert haben und somit der Mittelwert des Preisspiegels nicht den üblichen Preis der beschriebenen Leistung wiedergibt. Ferner findet man nicht selten Angebote, deren Gesamtpreis (und auch die einzelnen Einheitspreise) sich deutlich vom Feld nach oben abhebt, sei es, dass der Bieter nur ein Höflichkeitsangebot abgibt statt abzusagen, sei es, dass er nur an der Submission teilnehmen wollte, um sich über die aktuelle Marktsituation (z. B. Auslastung der Konkurrenzfirmen) zu informieren. Diese Ausreißer können den Mittelwert des Preisspiegels in gewissem Maße verzerren, insofern ist eine Kontrolle des ermittelten Wertes sinnvoll.

Stimmen **Mittelwert aus Preisspiegel und der vom Planer im bepreisten LV angesetzte Preis** einigermaßen überein, kann der **Mittelwert zwischen diesen Ergebnissen als üblicher Preis** angesetzt werden. Auffällige Abweichungen zwischen diesen Werten müssten dagegen bewertet werden, gegebenenfalls unter Heranziehung einer elektronischen Baukostendatenbank als weiterer Vergleichsmöglichkeit.

Die **alleinige** Heranziehung einer Baukostendatenbank ist dagegen – unabhängig von den entstehenden Nutzungskosten – problematisch. Nach dem BGH²⁷ ist zur Bildung des üblichen Preises, der an die Stelle des nichtigen tritt, abzustellen auf den Preis, der **zur Zeit des Vertragsschlusses** für gleiche Leistungen **am Ort der Werkleistung** gewährt zu werden pflegt. Regionale Preisunterschiede werden in den Datenbanken berücksichtigt, ein Zugriff auf Preise aus der Vergangenheit ist jedoch regelmäßig nicht möglich. Liegt der Zeitpunkt der Auftragserteilung schon länger zurück, kann sich im Einzelfall der übliche Marktpreis deutlich verändert haben, so dass eine Baukostendatenbank, die nur den aktuellen Marktpreis wiedergibt, nur bedingt als Vergleichsmaßstab herangezogen werden kann. Sehr geringe Mengenansätze können zusätzlich einen höheren Preis rechtfertigen (kleinteiliges Arbeiten ist regelmäßig lohnintensiv und deshalb teurer)²⁸, was in den Baukostendatenbanken allenfalls näherungsweise durch Ansatz des oberen Endes des in der Datenbank genannten Preisspektrums Berücksichtigung findet. Die Datenbanken gehen außerdem von „normalen“ Randbedingungen aus und berücksichtigen nicht eventuell bestehende Besonderheiten der Baumstände.

²⁵ entsprechende Bezugnahme auf diese Grundleistungen als Leistungspflicht im Vertrag vorausgesetzt; siehe Anlage 10 zur HOAI 2013, Grundleistungen im Leistungsbild Gebäude und Innenräume, LP 6, Grundleistung d: „*Ermitteln der Kosten auf der Grundlage vom Planer bepreister Leistungsverzeichnisse*“

²⁶ Beispiel hierzu in Entscheidung des OLG München, Urteil vom 20.07.2010 – 13 U 4489/08

²⁷ Urteil vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 32 a. E.

²⁸ vgl. OLG Dresden, Urteil vom 25.11.2011 – 1 U 571/10: EP von 71,76 €/m² bei ausgeschriebenen 2,6 m² Straßenaufbruch nicht überhöht

Praxisgerecht erscheint deshalb, den Mittelwert des Preisspiegels aus den anderen Angeboten als üblichen Preis heranzuziehen, diesen aber mittels des bepreisten LVs und gegebenenfalls einer Baukostendatenbank noch auf Schlüssigkeit abzugleichen.

In Fällen des § 2 Abs. 3 VOB/B (Mengenmehrung bei der ausgeschriebenen Position ohne Eingriff des AG) kann der so ermittelte übliche Preis für die anfallende Mengenmehrung 1 : 1 angesetzt werden, um die absolute finanzielle Auswirkung zu ermitteln. Bei Fällen des § 2 Abs. 5, 6 oder 8 VOB/B (geänderte oder zusätzliche Leistungen) dagegen muss auf Grundlage des für die ausgeschriebene (unveränderte) Leistung ermittelten üblichen Preises in einem weiteren Schritt erst der übliche Preis der geänderten oder zusätzlichen Leistung ermittelt werden.

Ausreichend für einen schlüssigen Vortrag des Auftraggebers dürfte in jedem Fall sein, wenn der behauptete übliche Preis auf einem der genannten Wege ermittelt wurde; die Einholung eines Gutachtens hierzu ist nicht erforderlich (kann aber in finanziell bedeutenden Streitigkeiten trotz der entstehenden Kosten sinnvoll sein).

Letztlich verbleibt bei allen Varianten ein Restrisiko für den Auftraggeber, dass der von ihm als üblich angesetzte Preis im Streitfall von einem Sachverständigen als zu gering bewertet wird, das Missverhältnis zum vereinbarten EP damit geringer wird und die auf Sittenwidrigkeit bzw. unzulässige Rechtsausübung gestützte Kürzung einer gerichtlichen Prüfung nicht standhält.

Rechtssicher kann ab einem mindestens 8-fach überhöhten Einheitspreis ein auffälliges Missverhältnis belegt werden, da der BGH²⁹ dies bestätigt hat. Ob der Auftraggeber wegen der Unwägbarkeiten bei der Feststellung des üblichen Preises einen Sicherheitsaufschlag vornimmt und z. B. erst ab einem 10-fach überhöhten Preis eine Sittenwidrigkeitsprüfung anstellt, bleibt ihm überlassen; dies wäre aber der „**sicherste Weg**“.

Im **staatlichen Bereich** gilt sowohl vergabe- wie auch vertragsrechtlich neuerdings eine **Aufgreifschwelle** bereits **ab 5-fach** überhöhten Einheitspreisen. Das Vergabehandbuch (VHB) Bund und ihm folgend das den bayerischen Kommunen zur Anwendung empfohlene **VHB Bayern** sehen in den aktuellen Fortschreibungen (Stand August 2014) im **Leitfaden zur Vergütung von Nachträgen** (510) unter Ziffer 2.1.1 folgendes Vorgehen vor:

„Es kann nicht nach dem vereinbarten Einheitspreis abgerechnet werden, wenn dieser in einem auffälligen wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung steht. Ein solcher Fall kann bereits bei 5-fach überhöhtem Einheitspreis vorliegen. Dann kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein, zur Klärung des Sachverhalts ist die Fachaufsicht führende Ebene einzuschalten.“

Diese Regelung sieht – wie sich spätestens aus dem dazugehörigen Erlass des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)³⁰ ergibt – eine Korrekturmöglichkeit unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG Hamm vom 13.03.2013³¹ nicht nur für die angefallene Mehrmenge, sondern auch für die ausgeschriebene Menge vor. Das Urteil des OLG Hamm dürfte in diesem Punkt aber der Rechtsprechung des BGH widersprechen; denn

²⁹ siehe Fußnote 14

³⁰ Erlass BMUB BI7-8164.2/2 vom 02.10.2014, S. 3: „In Nummer 2.1.1 fand eine Entscheidung des OLG Hamm Berücksichtigung. Bei Mengenmehrungen steht dem AN ein vereinbarter Einheitspreis auch nicht für 110 % der vereinbarten Menge zu, wenn es sich um einen wucherähnlichen (...) Preis handelt (...).“

³¹ OLG Hamm, Urteil vom 13.03.2013 – I-12 U 74/12

dieser hat (einen Tag später) im Urteil vom 14.03.2013³² eine Reduzierung des Einheitspreises bezüglich der ausgeschriebenen Mengen nur ausnahmsweise, nämlich wenn die Durchführung des Vertrags bereits in Bezug auf die ausgeschriebene Menge für den Bauherrn schlechthin unzumutbar sein sollte, in Erwägung gezogen und hierzu in Rn. 39 ausgeführt:

*„Eine solche Unzumutbarkeit kann etwa vorliegen, wenn der benachteiligte Vertragsteil dadurch in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1998 - X ZR 17/97, aaO S. 185). (...) Die bloße Unangemessenheit des vereinbarten Einzelpreises begründet allein keine Unzumutbarkeit, die hieraus folgende Vergütung für **die im Vertrag vorgesehene Menge zu bezahlen.**“* [Hervorhebung nicht im Originaltext]

Bei öffentlichen Auftraggebern dürfte es ausgeschlossen sein, dass diese, wenn sie die Einheitspreise für die ausgeschriebenen Mengen im per Ausschreibung ermittelten wirtschaftlichsten (!) Angebot bezahlen müssen, in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten.³³ Der Erlass des BMUB ist somit in diesem Punkt zu weitgehend bzw. undifferenziert.

Die Aufgreifschwelle „5-fach überhöhter EP“ erscheint auch angesichts der ergangenen Rechtsprechung prinzipiell gut vertretbar, insbesondere da kein Automatismus damit verbunden ist, sondern eine Aufklärung des Sachverhalts und eine Entscheidung im Einzelfall unter Einschaltung der vorgesetzten Dienststelle erforderlich bleibt.

Im kommunalen Bereich gibt es allerdings keine „vorgesetzte Dienststelle“, die hier jeweils unterstützen kann. Praxisgerecht wäre es insofern aus unserer Sicht, wenn die Kommune im Regelfall erst ab Einheitspreisen, die dem 8-Fachen des aus dem Preisspiegel der anderen Angebote errechneten Mittelwertes der jeweiligen Position (mit dem Kontrollwert aus dem bepreisten LV und gegebenenfalls einer Baukostendatenbank auf Plausibilität überprüft) entsprechen, tätig wird und in eine vertiefte Prüfung eintritt. Im Übrigen sollte bei Zweifelsfällen fachkundiger Rechtsrat eingeholt werden.

2.5.2 Ab wann ist der sich aus dem auffälligen Missverhältnis ergebende Preisanteil sowohl absolut gesehen als auch im Vergleich zur Gesamtauftragssumme „erheblich“?

Bereits in der ersten Entscheidung vom 18.12.2008 hat der **BGH** darauf hingewiesen, dass es bei „Spekulationen“, die den Preisrahmen „exorbitant“ sprengen, nicht darauf ankommt, wie sich das Ergebnis nach der Mengenerhöhung auf den Gesamtpreis auswirkt. Die absolute Auswirkung in den Positionen war mit ca. 2,7 Mio. DM netto bzw. ca. 446.000 DM netto ohne Zweifel erheblich, das Verhältnis zur Gesamtauftragssumme (48,6 Mio. DM³⁴) dagegen aber zumindest bei der zweiten Position mit „nur“ ca. 1 % wohl nicht. Richtigerweise ist aus dem Urteil des BGH vom 18.12.2008 in Verbindung mit dem vom 07.03.2013³⁵ zu folgern, dass es bei einer absoluten Auswirkung von mindestens 446.000 DM (= ca. 228.000 €) netto auf das Verhältnis zur Gesamtauftragssumme nicht mehr ankommt. Ob nach dem BGH auch eine geringe sechsstellige absolute Auswirkung (100.000 €) ausreichen würde, erscheint fraglich, da

³² Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 24 und 39

³³ Sind alle Angebote überteuert, kann der AG im Übrigen bereits im Vergabestadium die Ausschreibung aufheben.

³⁴ siehe Tatbestand des Urteils vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 1

³⁵ VII ZR 68/10, Rn. 25: „Dabei kommt in Betracht, dass je größer der absolute Betrag ist, desto kleiner die relative Überschreitung sein kann, bis zu der die Auswirkungen noch hingenommen werden können.“

der BGH³⁶ bei einer Auswirkung in Höhe von 92.000 € netto das Kriterium der erheblichen Auswirkung auf den Gesamtangebotspreis noch geprüft (und bei 22 % der Gesamtauftragssumme bejaht) hat.

Die **Oberlandesgerichte** haben zur „Erheblichkeit“ wie folgt geurteilt:

– **OLG Celle, Urteil vom 05.08.2010 – 16 U 11/10**

Bei der Frage der sittenwidrigen Preisüberhöhung kommt es immer auch auf den letztlich vereinbarten Gesamtpreis des Vertrags an, der sich aus der Summe der Positionspreise ergibt.

– **OLG Nürnberg, Urteil vom 08.03.2010 – 2 U 1709/09**

Richtig ist, dass bei der Überprüfung von Einheitspreisen deren Überhöhung auch im Zusammenhang mit den Auswirkungen auf das Gesamtgeschäft zu sehen ist. An der Sittenwidrigkeit kann es fehlen, wenn die Auswirkung auf den Gesamtpreis nur unerheblich ist. Bei einer Überhöhung des Gesamtpreises von 13 %, die einem Betrag von 130.000 € entspricht, kann von Unerheblichkeit nicht gesprochen werden.

– **OLG Hamm, Urteil vom 13.03.2013 – I-12 U 74/12**

Sittenwidrigkeit bejaht bei folgenden Kombinationen: EP 28-, 53- oder 41-fach überhöht, ca. 45.000 €, 6.000 € oder 178.000 € netto Auswirkung absolut, was bezogen auf die ursprüngliche Gesamtauftragssumme ca. 8 %, 1% oder 30 % entspricht. Auswirkung in Höhe von 6.000 € netto absolut und 1 % bezogen auf Gesamtauftrag also bereits ausreichend.

Zwischenfazit

Rechtssicherheit durch BGH-Entscheidungen (Erheblichkeit zu bejahen) besteht im Bereich ab mindestens 92.000 € netto absoluter und gleichzeitiger relativer Auswirkung von mindestens 22 % und im Bereich ab 228.000 € netto absoluter Auswirkung (keine relative Erheblichkeit erforderlich). Unter diesen Werten gibt es keine starren Grenzen, sondern es gilt: Je größer die absolute Auswirkung, desto geringer die noch hinzunehmende relative Auswirkung.

Als Aufgreifschwelle empfehlen wir die oben bereits erwähnte Faustformel:

EP mindestens 8-fach überhöht + absolute Auswirkung mindestens 5.000 € netto + relative Auswirkung mindestens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme
--

Unterhalb dieser Werte ist ein Vorgehen wegen sittenwidrigen Einheitspreises vertretbar (siehe OLG Hamm: 6.000 € netto absolut und 1 % der Auftragssumme ausreichend), erscheint aber wegen des damit verbundenen „Unwerturteils“ (verwerfliches Gewinnstreben des Vertragspart-

³⁶ Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 20

ners) und des nicht unerheblichen Prüfungsaufwands und Streitpotenzials aus Sicht der überörtlichen Rechnungsprüfung im Regelfall nicht angezeigt.

Wie ist die absolute Auswirkung konkret zu berechnen?

Hierzu kann auf das Urteil des BGH vom 07.03.2013 zurückgegriffen werden, in dem der BGH eine absolute Überschreitung von 313.456 € angenommen hat,³⁷ ohne den Rechenweg hierzu allerdings darzustellen. Der BGH ging von 4.725 Stück zusätzlich ausgeführten Wanddurchführungen aus, für die der AN – anknüpfend an den überhöhten Preis einer ähnlichen LV-Position – 65,50 €/Stück netto (= 75,98 € brutto) forderte, deren üblicher Preis aber (sachverständig festgestellt) nur 9,64 €/Stück brutto betrug. Die vom BGH benannte absolute Überschreitung von 313.456 € brutto ergibt sich rechnerisch schlüssig wie folgt:

$$4.725 \text{ Stück} \times (75,98 \text{ €/Stück brutto} - 9,64 \text{ €/Stück brutto}) = 313.456 \text{ € brutto}$$

Es ist somit darauf zu achten, dass zur Ermittlung der absoluten Auswirkung vom vereinbarten Preis der übliche abgezogen wird und nur die sich daraus ergebende Differenz mit der relevanten (Mehr-)Menge multipliziert wird. Dieses Vorgehen ist zwingend, da es nach BGH³⁸ zur Feststellung des auffälligen Missverhältnisses auf die absolute und relative Auswirkung nur des **über das übliche Maß hinausgehenden Preisanteils** ankommt.

Wie ist die relative Auswirkung zu ermitteln?

Hier ist zu klären, ob die ermittelte absolute Auswirkung ins Verhältnis zur ursprünglichen **Auftrags**summe oder zur (regelmäßig mehr oder weniger deutlich von der Auftragssumme abweichenden) **Abrechnung**ssumme gestellt werden muss. In den Leitsätzen der Entscheidungen des BGH vom 07.03.2013 und 14.03.2013 wird das Verhältnis zur „Gesamtauftragssumme“ für maßgeblich erklärt. Gemeint ist hierbei richtigerweise die ursprüngliche Auftragssumme bei Zuschlagserteilung. Der im Urteil des BGH vom 14.03.2013 in Rn. 37 mit der absoluten Auswirkung verglichene Auftragswert von 426.092,84 € entspricht denn auch der ursprünglichen Angebotssumme des AN, wie sich aus dem Tatbestand der erstinstanzlichen Entscheidung des LG Arnsberg³⁹ ergibt. Soweit der BGH im Urteil vom 07.03.2013 abweichend von der eine Woche später ergangenen Entscheidung und abweichend von der Formulierung in Leitsatz 2 („Gesamtauftragssumme“ !) in den Entscheidungsgründen in Rn. 25 am Ende zur Ermittlung der relativen Auswirkung auf die „Gesamtabrechnungssumme“ von 1,125 Mio. € (= Schlussrechnungssumme, siehe Rn. 2 des Urteils) abgestellt hat, erschließt sich nicht. Ein Abstellen auf die Abrechnungssumme wäre auch weder sach- noch praxisgerecht, da sich diese unabhängig vom ursprünglichen Ausschreibungsumfang erheblich durch zusätzlich gewünschte oder gekündigte Leistungen nach unten oder oben verschieben kann und Überprüfungen auf Sittenwidrigkeit einzelner Preise auch erst nach Schlussrechnungsstellung möglich wären. Es ist somit richtigerweise auf die ursprüngliche Auftragssumme abzustellen und darauf zu achten, jeweils Bruttobeträge miteinander zu vergleichen.

³⁷ BGH, Urteil vom 07.03.2013, a. a. O., Rn. 25

³⁸ BGH, Urteil vom 07.03.2013, a. a. O., Leitsatz 2

³⁹ LG Arnsberg, Urteil vom 17.05.2011 – 1 O 452/08, Rn. 1

2.5.3 Wie kann der Auftragnehmer die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens widerlegen?

Der **BGH** hat hierzu folgende Leitlinien vorgegeben:

„Regelmäßig beruht die Bildung überhöhter Preise auch auf einem nicht offengelegten Informationsvorsprung des Bieters, sei es die Erwartung oder gar die Gewissheit von Mengenmehrungen. Dieses Verhalten eines Bieters widerspricht eklatant dem gesetzlichen Leitbild eines Vertrages, das einen fairen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch im Blick hat. Es begründet die Vermutung, der Auftraggeber, der über entsprechende Informationen möglicherweise nicht verfügt, solle aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben übervorteilt werden.“⁴⁰

Liegt ein auffälliges Missverhältnis zwischen EP und Gegenleistung vor, welches in Verbindung mit der eintretenden Mengenmehrung auch bezogen auf den Gesamtvertrag erheblich ist, so „muss der Auftragnehmer Umstände darlegen, die die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen.“⁴¹ Die Vermutung „wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat.“⁴² Sie kann „durch Angaben zur Preisbildung widerlegt werden, die den Schluss auf ein verwerfliches Gewinnstreben ausschließen.“⁴³ Hierbei „muss er in aller Regel auf die Grundlagen der Kalkulation zurückgreifen.“⁴⁴ Lebensfremde, grotesk überhöhte Einzelkosten der Teilleistung (z. B. 131 Minuten Zeitaufwand für das Erstellen eines Ausschnittes in einer Trockenbauständerwand in der Größe bis zu 20 x 20 cm) sind nicht geeignet, die Vermutung zu widerlegen.⁴⁵ Eine ca. 8-fache Überhöhung des EP kann „nicht plausibel allein mit einem allgemeinen, nicht näher erläuterten Angstzuschlag erklärt werden, zumal die Kalkulation im Übrigen ebenfalls nicht näher dargelegt worden ist.“⁴⁶ Der AN kann die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens dagegen durch den Nachweis entkräften, „ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen.“⁴⁷

Klar ist somit, dass es Sache des Auftraggebers ist, ein auffälliges Missverhältnis des vereinbarten EP zur damit verbundenen Leistung darzulegen. Nach Auffassung des BGH beruht die Bildung überhöhter Preise **regelmäßig** auch auf einem nicht offengelegten Informationsvorsprung des Bieters, sei es die Erwartung oder gar die Gewissheit von Mengenmehrungen. Dieses regelmäßig anzunehmende Verhalten begründet die widerlegliche Vermutung, dass der Auftragnehmer sittlich verwerflich auf eine Mengenmehrung spekuliert hat. Es ist Sache des Auftragnehmers, diesen Regelfall und die daraus abgeleitete Vermutung zu widerlegen; also muss er darlegen und beweisen, dass er nicht auf eine Mengenmehrung spekuliert hat. Hierbei kann es dann eine Rolle spielen, inwieweit der ausgeschriebene Vordersatz für einen durchschnittlich fachkundigen Kalkulator erkennbar zu gering war. Kommt es zu dieser Frage zu einem non liquet, also keiner eindeutigen Sichtweise, so unterliegt der Auftragnehmer, da er die Vermutung nicht widerlegen konnte. Selbst wenn der Auftragnehmer aber plausibel darlegen kann, dass die später eingetretene Mengenmehrung im Rahmen der Angebotskalkulation nicht erkennbar war, reicht dies noch nicht aus, die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens zu

⁴⁰ BGH, Urteil vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 15

⁴¹ BGH, Urteil vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 16

⁴² BGH, Urteil vom 18.12.2008, a. a. O., Leitsatz 4

⁴³ BGH, Beschluss vom 25.03.2010 – VII ZR 160/09

⁴⁴ BGH, Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 36

⁴⁵ siehe BGH, Urteile vom 18.12.2008, a. a. O., Rn. 39, und vom 07.03.2013, a. a. O., Rn. 26

⁴⁶ BGH, Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 22

⁴⁷ BGH, Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Leitsatz 3 und Rn. 35

widerlegen. Der BGH fordert nämlich zusätzlich im Regelfall Angaben zur Preisbildung unter Rückgriff auf die Grundlagen der Kalkulation. Nur wenn hierzu plausible Ansätze dargelegt werden können, kann die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens widerlegt werden.

Die **Oberlandesgerichte** stellen teilweise maßgeblich auf die **Erkennbarkeit** der zu gering ausgeschriebenen Menge und eine damit verbundene Spekulation auf Mengenmehrungen im Angebotsstadium ab:

– **OLG Dresden, Urteil vom 11.12.2009 – 4 U 1070/09**

„Wie die Vermutung eines unangemessenen spekulativen Gewinnstrebens vom Auftragnehmer widerlegt werden kann, lässt die Entscheidung des BGH“ (vom 18.12.2008) „offen. Es reicht jedenfalls nicht aus, die Position offen auszuweisen, so dass die Auftraggeberin die verwerfliche Motivation des Auftragnehmers erkennen oder das Geschäft verhindern kann. Zwar konnte die Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt, der Abgabe ihres Angebots am 23.05.2006, die exakte Entwicklung der Mengenmehrung nicht vorhersehen. Jedoch stand für sie zum Zeitpunkt der Abgabe ihres Angebots und der Erteilung des Zuschlags durch die Beklagte zur Überzeugung des Senats fest, dass die ausgeschriebenen Mengen bei weitem nicht ausreichen und erhebliche Mehrmengen anfallen würden. Einen geeigneten Gegenbeweis hat die Klägerin nicht angeboten.“

– **OLG Nürnberg, Urteil vom 08.03.2010 – 2 U 1709/09**

Die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens begründet sich „nicht nur auf die rechnerische Höhe der Preisüberschreitung, sondern auch auf die Umstände der Angebotsabgabe“. Die Behauptung eines AN, er habe den (offensichtlich) um den Faktor 100 zu niedrigen Vordersatz nicht als fehlerhaft erkannt und den anzusetzenden EP auch nur oberflächlich kalkuliert, wobei er versehentlich statt des angemessenen Preises einen 16-fach überhöhten Preis angeboten hat, kann die Vermutung nicht widerlegen. „Dieser Versuch der Klägerin, den angebotenen und dann auch abgerechneten Einheitspreis durch eine doppelte gravierende Unaufmerksamkeit ihres Sachbearbeiters zu erklären und zu rechtfertigen, ist zum Scheitern verurteilt, und zwar aus folgenden Gründen: Dass dem Sachbearbeiter der Klägerin die genannten Fehler unterlaufen sein könnten, ist völlig lebensfremd und damit äußerst unwahrscheinlich. Der Massenansatz bei der Gerüstvorhaltung war nicht nur um den Faktor 100 zu niedrig, der Fehler war auch offensichtlich. Der Massenansatz bei der Gerüstvorhaltung kann denknötwendig nicht niedriger liegen als derjenige bei der Gerüsterstellung. Dass sich die Position 4.40 auf die Vorhaltung eben desselben Gerüstes bezieht, dessen Aufstellung in der unmittelbar vorangegangenen Position 4.30 anzubieten ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Leistungsverzeichnisses. Dass die Masse von 1.365 m² für Position 4.30 nicht derjenigen von 546 m²Wo entsprach, sondern statt der ausdrücklich angegebenen durchschnittlichen Vorhaltungsdauer von 40 Wochen nur eine solche von weniger als einer halben Woche ergab, kann nach der Überzeugung des Senats bei der Angebotskalkulation (die - im Gegensatz zur Leistungsbeschreibung bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses - ohne Plausibilitätskontrolle nicht geleistet werden kann) nicht übersehen werden.“

– **OLG Dresden, Urteil vom 25.11.2011 – 1 U 571/10**

„Angesichts des umfangreichen von der Klägerin zu bepreisenden Leistungsverzeichnisses musste ihr auch nicht zwangsnotwendig ins Auge fallen, dass bei der Ausschreibung etwaig ein Schreibfehler vorliegen habe können. Immerhin umfasste das Leistungsverzeich-

nis 130 Seiten für die Herstellung eines Straßenabschnittes, bei der sich nicht konsequent in jeder Position dieselbe Fläche durchsetzt. Indiz dafür ist, dass auch den fachkundigen Beklagten dieser Fehler nicht aufgefallen ist. (...)“

Eine Kenntnis des Kalkulators des AN von der zu gering ausgeschriebenen Menge „lässt sich hier nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen. Dagegen sprechen - wie bereits ausgeführt - zum einen die hinterlegte Urkalkulation, die eindeutig auf den Abbruch einer nur kleinen Straßenfläche abgestellt hat, zum anderen der Umstand, dass anders als in dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall es möglicherweise erkennbar, aber nicht augenfällig war, dass die Mengen für Abbruch und Herstellung der Straße identisch sein mussten. Dies deshalb, weil es eine Vielzahl von Positionen gab, die zur Herstellung der Straße führten und hierfür auch verschiedene Mengenangaben angesetzt wurden. Auch aus einer Zusammenschau mit den im Leistungsverzeichnis nachfolgenden Positionen 01.07.0050 'Abfall = Asphalt, teerfrei, laden, fördern abladen und entsorgen' 260,000 m³ und 01.07.0060 'Tragschicht aufbrechen und aufnehmen aus Schotter. Material in Eigentum des AN übernehmen, von der Baustelle entfernen und einer Wiederverwertung zuführen ...' 1.340,000 m³ musste sich für die Klägerin keine ausgeschriebene Menge von 2.600m² in der hier strittigen Position ergeben. Zum einen war die Entfernung und Entsorgung in der Position 01.07.0040 bereits enthalten, ein Zusammenhang mit den beiden anderen Positionen daher nicht naheliegend. Zum anderen ergab sich auch aus den ausgeschriebenen Mengen entgegen der Auffassung der Beklagten gerade kein zwingender Zusammenhang. (...) Auch bei Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den Positionen 01.07.0050 und 01.07.0060 um aufgelockertes Material handelt, ist ein zwingender Zusammenhang, aus welchem sich die Kenntnis der Klägerin von der größeren Fläche würde erschließen lassen, nicht ersichtlich.“

– **OLG Hamm, Urteil vom 13.03.2013 – I-12 U 74/12**

Die „widerlegliche Vermutung ist hier nicht erschüttert. Vielmehr spricht die vom Sachverständigen festgestellte leichte Erkennbarkeit der zu niedrigen Vordersätze im Leistungsverzeichnis für eine solche Spekulation“. Relevant ist, ob der AN „bei Angebotsabgabe mit einer Mengenerhöhung rechnen konnte“.

Das OLG München sah in folgendem Fall die Vermutung des verwerflichen Gewinnstrebens als widerlegt an:

– **OLG München, Urteil vom 20.07.2010 – 13 U 4489/08**

„Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob vorliegend der objektive Tatbestand des § 138 Absatz 1 BGB erfüllt ist, da es der Klägerin gelungen ist, eine etwaige Vermutungswirkung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben zu erschüttern. Die Klägerin hat vorliegend ihre Urkalkulation hinsichtlich der Position 1.5.12 (K 154) und hinsichtlich der übrigen Positionen des Los 2 BA 1 (K 162) offen gelegt. Damit hat die Klägerin dargetan, wie sie den Preis gebildet hat. Nach Überzeugung des Senats handelt es sich bei den vorgelegten Reinschriften der Urkalkulation um die tatsächliche Urkalkulation der Klägerin. Der Senat hält insbesondere die Kalkulation zur Position 1.5.12 für nachvollziehbar und in sich schlüssig. Der Klägerin ist es damit gelungen, eine etwaige Vermutungswirkung zu widerlegen und damit den Schluss auf ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben auszuschließen. (...) Der Zeuge K. gab in seiner uneidlichen Einvernehmung an, (...) aus den Vorbemerkungen zur Ausschreibung habe er ersehen, dass der 15.11.2001 ein wichtiger Termin sei. Zu diesem Zeitpunkt musste nämlich die Erdplanie fertig und zur Übergabe reif sein, an-

sonsten sei die Gefahr einer großen Vertragsstrafe gegeben. Weiterhin habe er aus einem benachbarten früheren Bauvorhaben gewusst, dass die Bodenverhältnisse schlecht seien. All dies habe er bei seiner Kalkulation berücksichtigt. Er habe dabei zwischen Lohnkosten, Gerätekosten, Betriebsstoffen unterschieden und wegen der engen Bauzeit, der Witterungsbedingungen und der drohenden hohen Vertragsstrafe einen Aufschlag von 10% gemacht. In die Position 1.5.12 habe er keine Kostenanteile anderer Positionen eingearbeitet. (...) Der Zeuge K. hat zudem glaubhaft erläutert, dass er die Lohnkosten in DM kalkuliert, die Gerätekosten aber bereits in Euro. Die Gerätekosten habe er deshalb in Euro kalkuliert, weil ihm bereits die Baugeräteliste 2001 vorgelegen habe. Diese sei im Juli 2001 erschienen und habe die Preise bereits in Euro ausgewiesen.“

Zwischenfazit

Das sittlich verwerfliche Gewinnstreben ist vom AN nur dann leicht zu widerlegen, wenn ein **Rechen- oder Schreibfehler** des Kalkulators glaubhaft dargelegt wird. Das hilft dem AN aber letztlich nichts, da die Korrektur des überhöhten EP dann zwar nicht über § 138 BGB, wohl aber wegen unzulässiger Rechtsausübung, § 242 BGB, erfolgt (siehe oben, Urteil BGH vom 14.03.2013).

Wirklich erfolgreich durchsetzen kann der AN seinen überhöhten Preis bezüglich der anfallenden Mehrmengen bzw. als Grundlage der Preisbildung für eine geänderte oder zusätzliche Leistung nur, wenn er den auffällig hohen Preis plausibel⁴⁸ erklären kann. Die Hürden hierbei sind hoch, wie die ergangenen Urteile zeigen. Unrealistisch hohe Kostenansätze müssen plausibel erklärt werden, ansonsten sind sie nicht anzuerkennen. Die Ausweisung eines eklatant hohen Gewinnanteils des AN in einer Urkalkulation ermöglicht zwar gegebenenfalls den Nachweis üblicher Ansätze bei den Einzelkosten der Teilleistungen (EKT), kann das verwerfliche Gewinnstreben aber nicht widerlegen, vielmehr belegt sie es. Plausibel im Sinne der Rechtsprechung können nur Darlegungen zu den Einzelkosten der Teilleistungen (insbesondere Lohn, Stoffe, Geräte, Nachunternehmer) sein, soweit sie nachvollziehbar erklären, warum deren Ansatz so ungewöhnlich hoch ist.

2.5.4 Bezüglich welcher (Mehr-)Mengen ist die Korrektur des Einheitspreises auf den üblichen Preis möglich?

Der BGH wendet seine Rechtsprechung zum sittenwidrig überhöhten Einheitspreis und zur unzulässigen Rechtsausübung sowohl auf Mengenerhöhungen ohne Eingriff des AG (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) als auch auf geänderte oder zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 5, § 2 Abs. 6, § 2 Abs. 8 VOB/B) an.

Unter Abschnitt 2.5.1 wurde bereits darauf hingewiesen, dass der BGH eine Korrektur des Einheitspreises für die **ausgeschriebene** Menge nur in Ausnahmefällen zulässt, die bei öffentlichen Auftraggebern nicht in Betracht kommen. Dies gilt sowohl bei Fällen der sittenwidrigen Preisvereinbarung⁴⁹ als auch bei den Fällen, in denen der überhöhte EP nicht auf einem verwerflichen Gewinnstreben, sondern auf „Schusseligkeit“ des AN (Verschreiben, Verrechnen,

⁴⁸ Ergibt sich der hohe Preis schlüssig wegen eines Kleinmengenaufschlags, ist der Preis ab 110 % allerdings nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu verringern.

⁴⁹ Siehe BGH, Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 24: „Die (...) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Vermutungswirkung für das sittlich verwerfliche Gewinnstreben bezieht sich nur auf Vereinbarungen zur Bildung eines neuen Einheitspreises für Mehrmengen, geänderte Leistungen oder zusätzliche Leistungen.“

Übertragungsfehler) beruht.^{50, 51} Soweit die ausgeschriebene Menge zur Ausführung kam, ist diese somit mit dem überhöhten EP zu vergüten.

Bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen gibt es anders als in den Fällen des § 2 Abs. 3 VOB/B keine ausgeschriebene Menge. Knüpft der AN aber bei der Preisbildung für die zusätzliche Leistung gemäß § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B an eine sittenwidrig oder versehentlich überhöht angebotene Bezugsposition an,⁵² so steht dem AN für die gesamte geändert oder zusätzlich erbrachte Leistung nur der übliche Preis zu. Das gleiche gilt für Fälle des § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B. Der in einem auffälligen Missverhältnis zur Bauleistung stehende EP einer Bezugsposition kann nicht als Grundlage für die Bildung des Preises für die geänderte oder zusätzliche Leistung herangezogen werden. Dementsprechend bezieht sich die Preiskorrektur jeweils auf die gesamte Abrechnungsmenge der geänderten, zusätzlichen oder nachträglich anerkannten oder erforderlichen Leistung.⁵³

Fraglich ist, ob bei Fällen des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B der EP bereits ab 100 % der ausgeführten Menge oder – entsprechend der in § 2 Abs. 3 geregelten Toleranzgrenze von +/- 10 % – erst ab 110 % der ausgeführten Menge auf den üblichen Preis korrigiert werden kann. Die Unterscheidung kann finanziell durchaus bedeutsam sein, wenn der vereinbarte EP sehr hoch ist.

In seiner ersten Entscheidung vom 18.12.2008 musste sich der BGH mit dieser Frage nicht befassen, da nur um die Abrechnung der Mengen über 110 % gestritten wurde. Bei der zweiten Entscheidung vom 07.03.2013 ging der BGH von einer zusätzlichen Leistung aus, so dass sich die Frage ebenfalls nicht stellte, da die gesamte zusätzlich ausgeführte Menge nur mit dem üblichen Preis zu vergüten ist.

Klarheit⁵⁴ bringt die dritte Entscheidung des BGH vom 14.03.2013. Bei den Wandverstärkungen (Pos. 200, ausgeschriebene Menge 9 Stück, ausgeführte Menge 364 Stück) geht der BGH in Rn. 16 hier von „im Vergleich zur Ausschreibung entstandenen Mehrmengen der Position 200“ aus. Die Verwendung des Wortes „Mehrmengen“ belegt im Zusammenhang mit der vom BGH in Rn. 34 vorgenommenen Unterscheidung zwischen „Mehrmengen“ und „geänderten Leistungen“, dass der BGH von einem Fall des § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeht. Zudem gibt es bei

⁵⁰ Siehe BGH, Urteil vom 14.03.2013, a. a. O., Rn. 39: „Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Position 1.30 könne auch nicht für die“ (ausgeschriebenen) „16 Stück mit dem vereinbarten Einheitspreis abgerechnet werden. (...) Die Beklagte hat den Zuschlag auf das Angebot der Klägerin in Kenntnis dieses Einheitspreises und des sich daraus für die geschätzte Menge ergebenden Gesamtpreises erteilt, ohne dass sie dadurch in irgendwelche Schwierigkeiten geriet. Die bloße Unangemessenheit des vereinbarten Einzelpreises begründet allein keine Unzumutbarkeit, die hieraus folgende Vergütung für die im Vertrag vorgesehene Menge zu bezahlen.“

⁵¹ Die Gleichbehandlung des vorsätzlich mit sittlich verwerflichem Gewinnstreben spekulierenden AN mit dem AN, der sich „nur“ verschrieben hat, ist wertungsmäßig nicht überzeugend. Plausibler wäre es unseres Erachtens, den sittenwidrig spekulierenden AN härter zu bestrafen und ihm den überhöhten EP noch nicht einmal für die ausgeschriebene Menge zuzugestehen, beim „schusseligen“ AN dagegen erst bezüglich der Mengenerhöhungen über die ausgeschriebene Menge hinaus eine Korrektur auf den üblichen Preis vorzunehmen. Die Praxis muss aber die insoweit andere höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigen.

⁵² Ob der BGH die (in der Praxis mehrheitlich durchgeführte) Bildung eines neuen Preises nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B durch Heranziehung einer ähnlichen Bezugsposition für richtig hält, konnte er offen lassen, da die Parteien von diesem Prozedere ausgingen und dieser übereinstimmende Wille der Auslegung von AGB vorgeht (BGH, Urteil vom 07.03.2013, a. a. O., Rn. 17). Es bleibt abzuwarten, wie sich der VII. Zivilsenat des BGH (unter neuem Vorsitz) zu diesem Thema abschließend äußern wird.

⁵³ siehe Urteil des BGH vom 07.03.2013, bei dem der BGH eine Korrektur auf die übliche Vergütung bezüglich der gesamten zusätzlich ausgeführten 4.725 Stück Wanddurchführungen bejahte

⁵⁴ allerdings erst bei genauem Hinschauen

geänderten Leistungen keine ausgeschriebene Menge, die noch zum „vereinbarten“ EP zu vergüten wäre. Da der BGH in Rn. 24 die Korrektur des EP auf den üblichen Preis nur bezüglich der ausgeschriebenen 9 Stück – und nicht etwa 110 % dieser Menge, was 9,9 Stück entspräche – ablehnt, ist eine **Korrektur somit nach BGH bei § 2 Abs. 3 VOB/B-Fällen bereits ab 100 % der ausgeschriebenen Menge möglich.**

3 Prüfschema

