BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 116/12

Verkündet am:
14. März 2013
Besirovic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 138 Abs. 1 Bb, § 242 Cd, § 632 Abs. 2; VOB/B (2002) § 2 Nr. 3, Nr. 5

a) Steht die nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B zu bestimmende Vergütung für Mehrmengen oder geänderte Leistungen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung, kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.

b) Beträgt die nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B zu bestimmende Vergütung das 22-fache des üblichen Preises, kann ein auffälliges Missverhältnis vorliegen. Ein auffälliges Missverhältnis ist nur dann wucherähnlich, wenn 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. Unter diesen Voraussetzungen besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.

c) Hat der Auftragnehmer diese Vermutung durch den Nachweis entkräftet, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen, so verstößt es gegen Treu und Glauben und stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn er den hierauf beruhenden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt.

d) Vorbehaltlich anderer Anhaltspunkte zum mutmaßlichen Parteiwillen ist in diesen Fällen entsprechend § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung geschuldet (im Anschluss an BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 68/10, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 14. März 2013 - VII ZR 116/12 - OLG Hamm
LG Arnsberg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier, den Richter Kosziol und den Richter Dr. Kartzke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. März 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision und die Anschlussrevision werden zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restwerklohn unter Bezugnahme auf zwei Positionen eines Einheitspreisvertrages, die jetzt nur noch im Streit sind.

2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin im Rahmen der Modernisierung und Erweiterung ihres Berufsbildungszentrums im Anschluss an eine offene Ausschreibung gemäß § 3 Nr. 1 a) VOB/A durch Schreiben vom 27. Oktober 2005 mit der Ausführung von Trockenbauarbeiten; die Geltung der VOB/B in der Fassung 2002 (im Folgenden nur VOB/B) ist vereinbart. Das dem Vertrag zugrunde liegende Einheitspreis-Leistungsverzeichnis hatte die Streithelferin der Beklagten verfasst. Hierin war in Position 1.1.130 (im Folgenden nur: 130) die Herstellung von 16 Stück T-Verbindungen für Trockenbauwände ausgeschrieben. Der Angebotspreis der Klägerin für diese Position belief sich auf 975,35 € pro Stück, während der übliche Preis 41,81 € pro Stück betrug. Außerdem war eine Position 1.1.200 (im Folgenden nur: 200) mit einer vorgegebenen Stückzahl von neun enthalten, die die Klägerin mit einem Einzelpreis von 308 € angeboten hatte, während der übliche Preis 25,50 € betrug. Die Position lautet: "Zulage für Verstärkungen in vorgeschriebenen Montagewänden und Vorsatzschalen bzw. Auswechselung der Stahlblechprofile für einseitig wandhängende Lasten, z.B. Stütz- und Haltegriffe im Behinderten-Bad".

3 Während der Durchführung der Arbeiten kam es unter Beteiligung der Klägerin und der Streithelferin zu einer Änderung der Pläne, so dass die Klägerin bei den schließlich eingebauten Trockenbauwänden insgesamt 261 T-Verbindungen ausführte. Außerdem ordnete die Streithelferin im Rahmen einer Baubesprechung vom 10. Januar 2006 an, die Ständerelemente neben dem WC-Gestell als "verstärkte Ständer" auszuführen. Die Abrechnung sollte

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"über die entsprechende LV-Position" erfolgen. Die Klägerin macht geltend, hiervon insgesamt 364 Stück hergestellt zu haben, die sie auf der Basis des Einheitspreises der Position 200 abrechnet.

4 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 172.007,56 € nebst Zinsen sowie Zahlung vorgerichtlicher Kosten verurteilt und die auf Zahlung von insgesamt 416.655,47 € nebst Zinsen und Kosten gerichtete Klage im Übrigen abgewiesen. Dabei hat es für die Position 130 des Leistungsverzeichnisses nur 16 mal 975,35 € berücksichtigt und die weiteren 245 T-Anschlüsse mit einem üblichen Preis von 41,81 € pro Stück angesetzt. Dagegen hat es die für die Position 200 von der Klägerin geforderte Vergütung in vollem Umfang zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin, mit der diese noch die Zahlung weiterer 237.279,53 € für die Position 130 nebst Zinsen begehrt hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten und ihrer Streithelferin hat das Berufungsgericht die Verurteilungssumme auf 43.441,05 € nebst Zinsen und Kosten ermäßigt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die weitergehende Berufung der Beklagten und ihrer Streithelferin hat es zurückgewiesen.

5 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Zahlung weiterer 237.279,53 € nebst Zinsen (Position 130) sowie die vollständige Zurückweisung der Berufung der Beklagten. Mit der von ihrer Streithelferin geführten Anschlussrevision begehrt diese für die Beklagte, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen, soweit der Klägerin mehr als 23.146,58 € nebst anteiliger Zinsen zugesprochen worden sind.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Überwiegend hat die Revision keinen Erfolg. Die Anschlussrevision ist unbegründet.

I.

7 Das Berufungsgericht lässt es offen, ob der extremen Mengenabweichung in der Position 130 gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B oder gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B Rechnung zu tragen sei. Jedenfalls liege kein Fall des § 2 Nr. 6 VOB/B vor. Auch wenn - wie von der Streithelferin geltend gemacht - die ursprüngliche Ausschreibung der Position 130 ihre planerische Grundlage allein in Schallschutzerwägungen gehabt habe, welche nur bei 16 Zimmern relevant gewesen seien, während für die Umplanung andere Gründe maßgeblich gewesen seien, so sei doch die Leistung im Vertrag als solche vorgesehen gewesen und deshalb grundsätzlich auch bei Mengenmehrungen heranzuziehen. Zwar sei nach diesen Vorschriften an sich nur den Mehr- oder Minderkosten Rechnung zu tragen, während das grundsätzliche Preisgefüge, im Grundsatz also auch der exorbitante Gewinn durch Fehlkalkulation oder Computerfehler, der in den vereinbarten Einheitspreisen enthalten sei, erhalten bliebe. Hiernach wäre die von der Klägerin beanspruchte Vergütung gerechtfertigt. Wenn der überhöhte Preis jedoch auf einer einfachen Fehleingabe (verrutschte Dezimalstelle) im Rahmen einer Tabellenkalkulation beruhe, die Klägerin also entsprechend ihrem Vorbringen nicht schon im Rahmen der Erstellung ihres Angebotes in sittenwidriger Weise auf eine Mengenmehrung spekuliert haben sollte, erscheine aber unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach § 313 BGB eine Preisanpassung geboten. Die Geltendmachung des objektiv vielfach überhöhten, sittenwid-

rigen und wucherähnlichen Einheitspreises auch nach Erkennen des vorgetragenen Fehlers im Rahmen der Angebotsausfüllung stelle eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende unzulässige Rechtsausübung dar. Zu Recht gehe das Landgericht von einer verwerflichen Gesinnung der Klägerin jedenfalls im Zeitpunkt der notwendig gewordenen Änderungen des Bauentwurfs aus. Zu diesem Zeitpunkt sei ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren gewesen. Der sich beim Ansatz des überhöhten Einheitspreises für alle Verbindungen ergebende Bruttobetrag von knapp 300.000 € für die Position 130 in Relation zum ursprünglichen Angebotspreis von insgesamt 426.092,84 € für den gesamten Auftrag belege die überragende Bedeutung dieser Position im Rahmen einer Abrechnung nach dem überhöhten Einheitspreis. Sie stehe völlig außer Verhältnis zu ihrer Bedeutung im Rahmen der tatsächlichen Ausführung der Arbeiten. Das extreme Missverhältnis begründe die Vermutung eines sittenwidrigen Gewinnstrebens der Klägerin mit der Folge, dass die Geltendmachung des überhöhten Preises eine unzulässige Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB darstelle. Deshalb könne die Klägerin für die als Teil des Werklohns geltend gemachte Rechnungsposition 130 nur den Marktpreis verlangen. Sie könne diese Position auch nicht 16-mal mit dem vereinbarten Einheitspreis abrechnen. Das Festhalten an der Vereinbarung stelle auch insoweit eine unzulässige Rechtsausübung dar.

8 Außerdem sei davon auszugehen, dass die Klägerin jedenfalls im Rahmen der Absprache über die Mengenmehrung eine sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebende Hinweispflicht verletzt habe, bei deren Erfüllung entweder anders geplant oder aber der Mengenmehrung durch die Vereinbarung eines akzeptablen üblichen Preises Rechnung getragen worden wäre, auf den sich die Klägerin redlicher Weise hätte einlassen müssen. Im Wege des Schadensersatzes sei die Beklagte deshalb gemäß § 280 BGB so zu stellen, wie sie bei der Erfül-

lung der Hinweispflicht gestanden hätte. Dann hätte sie nur 159 Anschlüsse zu einem üblichen Preis ausführen lassen.

9 Auch hinsichtlich der Position 200 sei der vereinbarte Preis auf den üblichen Preis herabzusetzen. Die ausgeführten Mehrleistungen (Verstärkungen für Wandhänge-WCs) würden von dieser Position des Leistungsverzeichnisses erfasst. Die auf den Angebotspreis gerichtete Vereinbarung sei wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig. Der vereinbarte Preis überschreite den üblichen Werklohn von 25,50 € gravierend. Auch subjektiv sei von einer sittenwidrigen Preisgestaltung auszugehen. Die gravierende objektive Überschreitung des üblichen Preises lasse den Schluss auf ein zu missbilligendes verwerfliches Gewinnstreben zu. Diese Vermutung sei unwiderlegt. Der sittenwidrig überhöhte Preis sei durch den üblichen Preis von 25,50 € zu ersetzen, und zwar auch für die im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen neun Verstärkungen.

II.

10 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

A. Anschlussrevision der Streithelferin

11 Die Anschlussrevision macht geltend, die Klägerin könne für die in Rede stehenden Arbeiten keine Vergütung auf der Grundlage der Positionen 130 und 200 des Leistungsverzeichnisses erhalten, weil es sich bei den hiernach abgerechneten Arbeiten der Klägerin nicht um Leistungen nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B handele. Vielmehr handele es sich um Zusatzleistungen nach § 2 Nr. 6

VOB/B. Hiernach sei eine Vergütung jedoch nicht geschuldet, weil es an der erforderlichen Vereinbarung bzw. Ankündigung fehle.

12 Damit kann die Anschlussrevision keinen Erfolg haben.

13 Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerfrei in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass die Verstärkung der Ständerelemente für die Wandhänge-WCs der Beschreibung in der Position 200 unterfällt. Es hat darauf abgestellt, dass die hier ausgeführten UA-Profile von dem Wortlaut der Position erfasst werden. Auch gehe es um Verstärkungen, die notwendig würden, weil ein von der Wand abstehendes Objekt eine Kraft auf diese ausübe. Die in der Position genannten Stütz- und Haltegriffe im Behinderten-Bad seien ausdrücklich nur beispielhaft angeführt. Die Anschlussrevision vermag hiergegen nichts Durchgreifendes zu erinnern. Soweit sie darauf hinweist, dass Verstärkungen von auf dem Boden aufsitzenden Traggestellen zu schaffen gewesen wären, so hat das Berufungsgericht dies berücksichtigt und zutreffend erkannt, dass dies nichts daran ändert, dass es sich bei den Wandhänge-WCs gleichwohl um einseitig wandhängende Lasten handelt.

14 Soweit die Anschlussrevision hinsichtlich der zusätzlich ausgeführten T-Verbindungen darauf hinweist, dass es sich hierbei um die Lösung eines Brandschutzproblems, nicht jedoch - wie bei den in Position 130 ausgeschriebenen Mengen - eines Schallschutzproblems gehandelt habe, ist dies ebenfalls unerheblich. Auch diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht gesehen, zutreffend aber darauf abgestellt, dass die Leistung als solche im Vertrag bereits vorgesehen war. Die Frage, ob diese Leistung im Rahmen des ursprünglichen Entwurfs, das heißt für den Schallschutz, erbracht worden ist oder nicht, kann allenfalls dafür Bedeutung haben, ob sie unter § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B einzuordnen ist. Unter § 2 Nr. 6 VOB/B fallen nur im Vertrag nicht vorgesehene

Leistungen; das sind solche Leistungen, die in den Positionen der Einheitspreisvergütungen nicht vorgesehen sind.

B. Revision der Klägerin

15 Die Revision der Klägerin hat zu einem geringen Teil Erfolg.

16 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht der Klägerin für die im Vergleich zur Ausschreibung entstandenen Mehrmengen der Position 200 nur den üblichen Einheitspreis von 25,50 € zugesprochen.

17 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die einer Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B neu zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung steht. Hinzutreten müssen subjektive Umstände, wie zum Beispiel eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers kann eine Vermutung sprechen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213).

18 Der Bundesgerichtshof hat bereits angenommen, eine entweder auf § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B gegründete Vereinbarung der Parteien, für Mehrmengen eine (im Vergleich zum üblichen und angemessenen Preis) um mehr als das Achthundertfache und damit außerordentlich überhöhte Vergütung festzulegen, begründe die Vermutung, ihr liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers zugrunde. Diese Vermutung gründet 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 zu-

grunde liegenden Position des Leistungsverzeichnisses. Regelmäßig beruht die Vereinbarung dieses Einheitspreises auf einem entsprechenden Angebot des Auftragnehmers, dem das Leistungsverzeichnis zum Zwecke der Bepreisung übergeben worden ist. In dem Fall, dass der Auftragnehmer 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. Die vertragsuntypische Spekulation des Auftragnehmers 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 Auftragnehmers, der Anlass zu der Spekulation gibt, sei es die auf Tatsachen oder Erfahrungssätze gegründete Erwartung oder sogar die Gewissheit von Mengenmehrungen. Dieses Verhalten eines 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 (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, aaO Rn. 15).

19 b) aa) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts übersteigt der neu zu vereinbarende Preis den üblichen Werklohn um mehr als das 12-fache. Aufgrund der eingetretenen Mengenmehrung führe das zu einer um ca. 92.000 € netto überhöhten Vergütung. Das wird von den Parteien nicht in Frage gestellt.

Diese Überschreitung begründet objektiv 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 zur Bauleistung.

20 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 (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 68/10, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Hier beträgt die absolute Überschreitung des Preises ca. 92.000 € netto, das sind nahezu 22 % des ursprünglichen Angebotspreises von insgesamt 426.092,84 € für den gesamten Auftrag. Beide Werte sind jedenfalls ausreichend erheblich, ohne dass feste Grenzwerte bestimmt werden müssten.

21 bb) Dieses Missverhältnis begründet die Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens der Klägerin. Es spielt keine Rolle, ob Abweichungen in diesem Ausmaß bei Kalkulationen geringfügiger Leistungspositionen nicht vollkommen ungewöhnlich sind, was die Revision geltend macht. Solange es hierfür keine Erklärung gibt, die die genannte Vermutung widerlegt, bedeutet das allenfalls, dass sittenwidrige Spekulationen auf Mengenmehrungen zu wu-

cherähnlichen Preisen nicht nur in ganz seltenen Ausnahmefällen vorkommen. Ob die Rechtsprechung bei Grundstücksgeschäften und im Miet- und Pachtrecht, nach der bereits ein Missverhältnis mit einer doppelt so hohen Gegenleistung im Vergleich zum Wert der Leistung den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung zulässt, auf die hier in Rede stehenden Fälle - wie die Revision geltend macht - nicht übertragen werden kann, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Das hier vorliegende oben beschriebene auffällige, wucherähnliche Missverhältnis ist jedenfalls damit nicht vergleichbar und ausreichend, die Vermutungswirkung zu begründen.

22 cc) Das Berufungsgericht hat 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 hier vorliegenden Höhe der Überschreitung des üblichen Preises kann 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 ist.

23 dd) An die Stelle der nichtigen Vereinbarung zur Vergütung tritt die Vereinbarung, die Leistungen nach den üblichen Einheitspreisen zu vergüten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, aaO Rn. 29 ff.).

24 2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Position 200 könne auch nicht für neun Stück mit dem vereinbarten Einheitspreis berechnet werden. Die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Vermutungswirkung für das sittlich verwerfliche Gewinnstreben bezieht sich nur auf Vereinbarungen zur Bildung eines neuen Einheitsprei-

ses für Mehrmengen, geänderte Leistungen oder zusätzliche Leistungen. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit kann sich zwar grundsätzlich auch auf die Vereinbarung einzelner Einheitspreise beziehen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, aaO Rn. 9). Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts muss allerdings der Zusammenhang mit dem gesamten Rechtsgeschäft gewürdigt werden (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, aaO Rn. 14). Soweit sich die vereinbarten Einheitspreise auf die im Vertrag geschätzten Mengen beziehen, kommt es bei der Prüfung eines objektiv auffälligen Missverhältnisses nur auf die Endsumme des Vertrages an (vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Oktober 1976 - VII ZR 327/74, BauR 1977, 52). Denn für den Auftraggeber ist diese das entscheidende Kriterium zur Beurteilung der Angemessenheit der von ihm versprochenen Vergütung für die Werkleistung in dem geschätzten Umfang. Die Höhe der einzelnen Einheitspreise spielt daneben keine selbständige Rolle mehr. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu der Preisbildungsvereinbarung für Leistungen, die in den Positionen und/oder Mengen des Einheitspreisvertrages noch gar nicht vorgesehen sind.

25 3. Zu Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht im Rahmen der Leistungsposition 130 nur 159 T-Verbindungen für vergütungspflichtig gehalten hat.

26 Das Berufungsgericht hat gemeint, dass die Beklagte angesichts der extremen Verteuerung der gesamten Baumaßnahme durch die T-Verbindungen, die auch nicht annähernd den damit verbundenen Mehrwert widerspiegelte, in Kenntnis dieser Kostenproblematik teilweise von der Maßnahme Abstand genommen hätte. Denn nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien seien im Bereich der Bäder - nur dort habe es die Brandschutzproblematik, welche Anlass für die Umplanung war, gegeben - vereinbarungsgemäß nur

159 T-Anschlüsse ausgeführt worden. Der mit den weiteren T-Verbindungen in den Trennwänden zwischen den Zimmern verbundene Vorteil sei allenfalls gering gewesen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hätte die Klägerin die Beklagte auf diese Verteuerung hinweisen müssen.

27 Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

28 Das Berufungsgericht ist zugleich mit Recht (vgl. unter 4.) davon ausgegangen, dass die Mehrmengen lediglich mit dem üblichen Preis von 41,81 € pro Stück zu vergüten seien. Es hat nicht festgestellt, dass die Beklagte in Kenntnis dieses geschuldeten Preises nicht bereit gewesen wäre, sämtliche 261 Stück T-Verbindungen ausführen zu lassen. Vielmehr hat es ausdrücklich auf den überhöhten Preis und die hieraus resultierende große Gesamtsumme abgestellt. Diese schuldete die Beklagte jedoch auch bei Ausführung der 261 Anschlüsse nicht. Es kann offen bleiben, ob auch die Annahme einer Hinweispflicht grundsätzlich rechtsfehlerhaft ist. Denn jedenfalls beruht auch diese Annahme auf der fehlerhaften Prämisse, es komme zu einer extremen Verteuerung der gesamten Baumaßnahme, auf die die Klägerin hätte hinweisen müssen.

29 Damit scheidet ein Schadensersatzanspruch der Beklagten aus, der dahin geht, von einer Vergütungspflicht für die 159 Stück übersteigende Menge der T-Verbindungen befreit zu werden.

30 4. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Geltendmachung einer Vergütung für alle ausgeführten T-Verbindungen auf der Basis des vereinbarten Einheitspreises der Position 130 gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße und eine unzulässige Rechtsausübung darstelle.

31 a) Das Berufungsgericht hat es für möglich gehalten, dass die Klägerin nicht schon bei der Erstellung ihres Angebots in sittenwidriger Weise auf eine Mengenmehrung in dieser Position spekuliert hatte. Vielmehr könne ihr Vorbringen zutreffen, der überhöhte Preis beruhe auf einer einfachen Fehleingabe in Form einer verrutschten Dezimalstelle im Rahmen einer Tabellenkalkulation. Von Letzterem ist daher auch in der Revisionsinstanz zu Gunsten der Klägerin auszugehen.

32 b) Der Senat muss nicht entscheiden, ob die Berechnung einer Vergütung gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B oder gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B so erfolgen muss, wie es die Klägerin tut und es das Berufungsgericht grundsätzlich für richtig hält, mit der Folge, dass der Einheitspreis in der dort vorgenommen Weise zur Grundlage des neuen Preises gemacht wird. Denn einen solchen Preis kann die Klägerin jedenfalls nicht verlangen.

33 c) Die Regelungen in § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ebenso wie in § 2 Nr. 5 VOB/B (und in § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B) gehen davon aus, dass die Parteien in den dort näher beschriebenen Fällen einen (neuen) Preis für die betroffenen Leistungen vereinbaren. Kommt eine derartige Vereinbarung nicht zustande, kann der auf Zahlung gerichtete Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 21. März 1968 - VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25, 30). Der Anspruch ergibt sich aus den Preisermittlungsregelungen der VOB/B. Er entsteht in der sich daraus ergebenden Höhe mit der Mengenmehrung oder der Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 1 Nr. 3 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213 Rn. 8; Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 346/01, BauR 2004, 495 = NZBau 2004, 207 = ZfBR 2004, 254).

34 aa) Soweit die vereinbarten Preisermittlungsregelungen vorsehen, dass ein außergewöhnlich hoher Preis auch für Mehrmengen oder geänderte Leistungen gilt, ist die Preisvereinbarung nichtig, wenn die neu zu bestimmende Vergütung in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung steht und der Vereinbarung dieses Preises ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers zugrunde liegt. Ein auffälliges Missverhältnis ist dann wucherähnlich, wenn 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. Unter diesen Voraussetzungen besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers (BGH, Urteile vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213; vom 7. März 2013 - VII ZR 68/10, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vgl. oben unter 1.).

35 Hat der Auftragnehmer diese Vermutung durch den Nachweis entkräftet, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen, so verstößt es gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, wenn er den hierauf beruhenden, in einem 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 verschafft, und es entspreche deshalb nicht seinem Willen, eine derartige Vergütung zu erhalten. Der Auftragnehmer 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.

36 Dem kann die Revision nicht entgegenhalten, die Kalkulation sei grundsätzlich unerheblich, der Auftragnehmer 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 Auftragnehmer 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 2010 - VII ZR 160/09, NZBau 2010, 367). 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.

37 bb) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis des Preises für die Mehrmengen im Vergleich zu den hiermit vergüteten Leistungen angenommen. Dieser Preis übersteigt 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 € ist 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 kann.

38 d) Fehlt es damit an einem durchsetzbaren Anspruch auf Vergütung für die in Rede stehenden Leistungen auf der Grundlage der Regelungen der VOB/B, enthält der Vertrag für diese atypischen Fälle eine unbewusste Lücke. Dass die Parteien die Leistungsposition bepreisen wollten, steht allerdings fest.

Mangels geeigneter Anknüpfungspunkte an die Vertragspreise und mangels sonstiger Umstände kann aus dem Vertrag keine neue Vereinbarung zur Höhe in ergänzender Vertragsauslegung gefunden werden. 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 (vgl. auch BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, aaO Rn. 32). Dies kommt dem mutmaßlichen Parteiwillen am nächsten.

39 5. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Position 130 könne auch nicht für 16 Stück mit dem vereinbarten Einheitspreis berechnet werden. Das Berufungsgericht meint unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. Juli 1998 - X ZR 17/97 (BGHZ 139, 177), das Festhalten an einer Vereinbarung, die auf einem erkannten Kalkulationsfehler beruhe, stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Ausführung des Vertrages zu dem objektiv sittenwidrigen Preis schlechthin unzumutbar erscheine. Das gelte auch, wenn es um einen eigenen Kalkulationsfehler zu eigenen Gunsten gehe. Es muss nicht entschieden werden, ob das richtig ist, wofür allerdings einiges spricht. Jedenfalls hat das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, warum die Durchführung des Vertrages in Bezug auf 16 Stück der Position 130 für die Beklagte schlechthin unzumutbar sein sollte. 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). Dafür ist hier nichts ersichtlich. 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.

40 6. Die Revision hat damit keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung der Klägerin durch das Berufungsgericht wendet. Im Übrigen kann der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden. Das Berufungsgericht hat es, von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent, dahingestellt sein lassen, ob die Umplanung zur Position 130 entsprechend dem Übersichtsplan der Streithelferin nur die 159 Anschlüsse im Sanitärbereich betroffen habe. Es hat damit keine Feststellungen dazu getroffen, ob hinsichtlich der weiteren T-Verbindungen die Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B oder des § 2 Nr. 5 VOB/B vorliegen.

Kniffka Safari Chabestari Halfmeier

Kosziol Kartzke

Vorinstanzen:
LG Arnsberg, Entscheidung vom 17.05.2011 - 1 O 452/08 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 16.03.2012 - 12 U 98/11 -