BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 201/06

Verkündet am:
18. Dezember 2008
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 138 Abs. 1 Bb, 632 Abs. 2; VOB/B §§ 2 Nr. 3 Abs. 2, 2 Nr. 5

a) Steht 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, kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.

b) Ist der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um mehr als das Achthundertfache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.

c) Diese Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist nicht schützenswert.

d) An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06 - OLG Jena
LG Erfurt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 19. September 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung weiterer 354.038,84 € nebst Zinsen verurteilt und die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restwerklohn. Im Revisionsverfahren geht es nur noch um die Vergütung von 1.700.219,54 € für Mehrmengen an Betonstahl und Betonstahlmatten für ein Regenrückhaltebecken. Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 4. Januar 1999 zu einem Gesamtpreis von ca. 48,6 Mio. DM mit Tiefbauleistungen unter Einbeziehung der VOB/B und auf Grundlage ihres Leistungsverzeichnisses.

2 Die Klägerin gab nach öffentlicher Ausschreibung der Beklagten ein Angebot ab, in dem die Einheitspreise der Positionen 32.5.120 "200 kg Betonstahl ... liefern und verlegen für Bauteile aus Ortbeton. Schneiden und Biegen ist abzurechnen" und 32.5.130 "100 kg Betonstahlmatten ... liefern und verlegen für Bauteile aus Ortbeton einschließlich Schneiden und Biegen" jeweils mit 2.210 DM/kg ausgewiesen waren. Die Beklagte nahm das Angebot an.

3 Aufgrund einer nachträglich durch die Beklagte erstellten Statik ergab sich für die Position 32.5.120 ein Bedarf von 1.429,20 kg Formeisen und für die Position 32.5.130 ein Bedarf von 302,5 kg Betonstahlmatten. Die Klägerin verlangt für die Mehrmengen, die 110 % der ausgeschriebenen Mengen überschreiten, einen Preis von 2.045,15 DM/kg. Sie hat mit der Klage 3.325.340,38 DM (1.700.219,54 €) geltend gemacht.

4 Das Landgericht hat die Klage auf Vergütung der Mehrmengen abgewiesen, weil die Klägerin keine Urkalkulation vorgelegt habe, aus der ein neuer Preis ermittelt werden könne. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 354.038,84 € nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung bezüglich des Anspruchs wegen der Mengenmehrungen, mit der Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch in vollem Umfang weiter.

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

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin führen im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht lässt offen, ob der Zahlungsanspruch der Klägerin aus § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B folgt. In beiden Fällen sei Grundlage des neuen Preises für die 110 % der ausgeschriebenen Menge überschreitende Menge der von den Parteien vereinbarte Einheitspreis. Selbst bei einer bewusst spekulativen Überteuerung des Einheitspreises durch den Auftragnehmer sei dieser Preis grundsätzlich dem neuen Preis für die Mehrmenge zugrunde zu legen. Der vereinbarte Einheitspreis für die beiden Mehrmengenpositionen sei hier jedoch 894-mal so hoch wie der vom Sachverständigen in erster Instanz bundesweit ermittelte, statistische, angemessene Preis von 2,47 DM. Deshalb sei es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, den vertraglichen Einheitspreis zur Grundlage des neu zu vereinbarenden Einheitspreises für die Mehrmenge zu machen. Vielmehr sei nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Preis zu bilden, der sich an dem üblichen und angemessenen Preis einerseits und an den üblichen Geschäftspraktiken andererseits orientiere. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei es durchaus üblich, dass der Auftragnehmer extrem überhöhte Einheitspreise einsetze und diese in der Hoffnung akzeptiert würden, die ausgeschriebene Menge würde nicht überschritten. Es sei davon auszugehen, dass auch bei Weitem überhöhte Einheitspreise noch mit Treu und Glauben vereinbar seien, solange sie nicht zu einem schlichtweg untragbaren Ergebnis führten. Ein Einheitspreis,

der das Zweihundertfache des ortsüblichen und angemessenen Preises darstelle, sei kein schlichtweg unerträgliches Ergebnis. Da der ortsübliche und angemessene Preis 2,47 DM/kg betrage, errechne sich ein Vergütungsanspruch von 692.439,80 DM.

II. Die Revision der Beklagten

8 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand, soweit die Beklagte zur Zahlung verurteilt worden ist. Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit der auf die Vergütung der Mehrmengen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 gerichteten Preisvereinbarung nicht geprüft. Dazu bestand im Hinblick darauf Anlass, dass dem Auftragnehmer für die geltend gemachte Mehrmenge eine Vergütung zustehen soll, die die übliche Vergütung um mehr als das Achthundertfache übersteigt. Der Senat muss nicht entscheiden, ob die Vereinbarung eines derart überhöhten Preises für die im Leistungsverzeichnis geschätzte Menge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein kann. Die Vergütung für die geschätzten Mengen zuzüglich einer Menge von 10 % ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Die Klägerin verlangt mit der Klage lediglich die Vergütung für die über 110 % hinausgehende Menge. Zur Beurteilung steht deshalb nur der Teil der Vereinbarung, aus dem die Klägerin die Vergütung für diese Mehrmenge geltend macht. Das ist für alle Einheitspreise und somit auch für die Einheitspreise in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 die Vereinbarung in § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zur Anpassung des vertraglichen Preises im Falle von Mehrmengen oder Leistungsänderungen. Nach diesen Regelungen ist (auf Verlangen) auf der Grundlage des jeweils vereinbarten Einheitspreises ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. 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 27. November 2003 - VII ZR 346/01, BauR 2004, 495 = NZBau 2004, 207 = ZfBR 2004, 254).

9 Ein derartiger Zahlungsanspruch besteht jedoch nicht, wenn die Vereinbarung, auf der Grundlage des in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 vereinbarten Einheitspreises einen neuen Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, sittenwidrig und nichtig ist. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit kann auf die Vereinbarung einzelner Einheitspreise und auch auf die Vereinbarung der Preisbildung für den Fall der Mengenmehrung beschränkt werden. Denn diese Vereinbarungen bilden Teile des Rechtsgeschäfts, deren Sittenwidrigkeit unabhängig davon beurteilt werden kann, ob die sonstigen Regelungen des Rechtsgeschäfts sittenwidrig sind. Bei der Beurteilung kommt es maßgeblich darauf an, welcher Preis im Vertrag vereinbart ist und wie sich dieser Preis auf den neu zu vereinbarenden Preis auswirkt. Die Parteien haben in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 einen Einheitspreis von 2.210 DM/kg vereinbart. In der Revision ist davon auszugehen, dass der von der Klägerin für die Mehrmengen verlangte Preis von 2.045,15 DM/kg (das Berufungsgericht geht irrtümlich von 2.210 DM/kg aus) der sich aus § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. § 2 Nr. 5 VOB/B ergebende Einheitspreis ist. Das ist erkennbar die Grundlage des Berufungsurteils, wenn das Berufungsgericht dazu auch keine Feststellungen getroffen hat. Eigene Feststellungen sind dem Senat nicht möglich.

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

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

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

13 a) Der von der Klägerin geltend gemachte Einheitspreis für die Mehrmengen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 steht in einem besonders auf-

fälligen Missverhältnis zur Gegenleistung. Das bedarf bei einer mehr als achthundertfachen Überschreitung des im Bundesdurchschnitt gezahlten Preises für die in diesen Positionen ausgeschriebenen Leistungen keiner weiteren Erörterung. Die Richtigkeit des vom Sachverständigen erster Instanz mit 2,47 DM/kg bezifferten üblichen und angemessenen Durchschnittspreises wird von den Parteien nicht in Frage gestellt.

14 b) Der Annahme eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung steht nicht entgegen, dass dieses lediglich für die einzelne Position des Leistungsverzeichnisses geprüft und angenommen wird. Zu Unrecht wird teilweise in der Literatur angenommen, ein solches auffälliges Missverhältnis könne von vornherein die Sittenwidrigkeit einer Einheitspreisvereinbarung nicht begründen. So wird vertreten, die theoretische Grenze, bei der an die hohe Vergütung einer Bezugsleistung nicht mehr angeknüpft werden dürfe, sei erst dann erreicht, wenn der ganze Ursprungsvertrag nach § 138 BGB nichtig sei. Es sei immer auf den ganzen Vertrag, nicht auf einzelne Positionen abzustellen, wobei es diese Fälle praktisch nicht gebe (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Teil 1, 5. Aufl., Rdn. 1049, 608). Diese Meinung verkennt, dass ein Teil eines Rechtsgeschäftes, wie die Vereinbarung eines Einheitspreises oder des nach Mengenmehrungen auf dieser Grundlage zu vereinbarenden neuen Einheitspreises, unabhängig davon als sittenwidrig beurteilt werden kann, ob das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts muss allerdings der Zusammenhang mit dem gesamten Rechtsgeschäft gewürdigt werden. Die weiteren Folgen der Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts regelt das Gesetz, § 139 BGB.

15 c) Die entweder auf § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B gegründete Vereinbarung der Parteien, für die Mehrmengen eine um mehr als das Achthundertfache

und damit außerordentlich überhöhte Vergütung festzulegen, begründet die Vermutung, ihr liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers zugrunde. Diese Vermutung gründet sich nicht allein auf das außerordentliche Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, so dass ihr die Rechtsprechung nicht entgegensteht, wonach eine Übervorteilung von Kaufleuten in der Regel nicht allein aus einem groben Missverhältnis von Preis und Gegenleistung abgeleitet werden kann (BGH, Urteile vom 2. Dezember 1982 - III ZR 90/81, NJW 1983, 1420 und vom 11. Januar 1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 268; Beschluss vom 13. Juli 1989 - III ZR 201/88, NJW-RR 1989, 1068). Vielmehr gründet sie sich auf die Besonderheiten des Bauvertrages. Die Vereinbarung eines außerordentlich überhöhten Preises für Mehrmengen fußt auf der Vereinbarung eines außerordentlich überhöhten Einheitspreises in der dem Preisanpassungsverlangen zugrunde liegenden Position des Leistungsverzeichnisses. Regelmäßig beruht die Vereinbarung dieses Einheitspreises auf einem entsprechenden Angebot des Bieters, dem das Leistungsverzeichnis zum Zwecke der Bepreisung übergeben worden ist. In dem Fall, dass der Bieter in einer Position des Leistungsverzeichnisses einen außerordentlich überhöhten Einheitspreis angegeben hat, besteht die widerlegbare Vermutung, dass er in dieser Position auf eine Mengenmehrung hofft und durch Preisfortschreibung auch für diese Mengenmehrung einen außerordentlich überhöhten Preis erzielen will. Diese Spekulation ist jedenfalls dann sittlich verwerflich, wenn sie zu dermaßen überhöhten Preisen führt, wie das hier der Fall ist. Die vertragsuntypische Spekulation des Bieters durch Einsatz deutlich überhöhter Einheitspreise ist regelmäßig mit der Erwartung verbunden, einen außerordentlichen Gewinn zu erzielen, der andererseits zu nicht eingeplanten Mehrkosten bei dem Auftraggeber führt, denen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht. Regelmäßig beruht die Bildung überhöhter Preise auch auf einem nicht offengelegten Informationsvorsprung des Bieters, der Anlass zu der Spekulation gibt,

sei es die auf Tatsachen oder Erfahrungssätze gegründete Erwartung oder sogar die Gewissheit von Mengenmehrungen. Dieses Verhalten eines Bieters und späteren Auftragnehmers widerspricht eklatant dem gesetzlichen Leitbild eines Vertrages, das - nicht anders als die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - einen fairen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch im Blick hat, vgl. § 157 BGB. Es begründet die Vermutung, der Auftraggeber, der über entsprechende Informationen möglicherweise nicht verfügt oder die mit der Preisgestaltung verfolgte Absicht im Einzelfall nicht erkennt, solle aus sittlich verwerflichem Gewinnstreben übervorteilt werden.

16 Ein Auftragnehmer, der sich einen außerordentlich überhöhten Preis versprechen lässt, muss daher Umstände darlegen, die die Vermutung des sittlich verwerflichen Gewinnstrebens ausräumen. Solche Umstände hat die Klägerin bisher nicht vorgetragen. Die im Rechtsstreit erörterten und vom Landgericht offengelassenen Umstände vermögen die Vermutung einer sittenwidrigen Vereinbarung nicht zu entkräften.

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

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

19 bb) Unbehelflich ist auch der Verweis der Klägerin auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht, nach der es in der Natur des Wettbewerbs um die Vergabe baurechtlicher Aufträge liege, dass Unternehmen in unterschiedlicher Art und Weise und auch in unterschiedlichen Positionen ihre Gewinnerwartung realisierten. Diese Rechtsprechung befasst sich nicht mit der Bildung anstößiger, weil spekulativ überhöhter Einheitspreise, die das Maß dessen sprengen, was von der Rechtsordnung hingenommen werden kann.

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

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

22 dd) Unerheblich ist, dass die beiden Positionen 32.5.120 und 32.5.130 lediglich einen Teil des Gesamtauftrages bilden und möglicherweise der Gesamtpreis auch nach der Mengenmehrung nicht anstößig ist. Das Wesen des Einheitspreises ist es, dass für einzelne Positionen Preise gebildet werden, die rechtsgeschäftlich vereinbart sind. Die Bedeutung dieser Preise erschöpft sich nicht darin, dass sie Teil einer Gesamtpreisbildung sind. Die Einheitspreise ha-

ben vielmehr eine eigenständige Bedeutung, wie sie insbesondere bei der Preisbildung nach Mengenmehrungen hervortritt, sei es aufgrund dem Vertrag zugrunde liegender Fehlschätzungen der Mengen, sei es aufgrund von Leistungsänderungen oder zusätzlichen Leistungen. Denn die VOB/B sieht vor, dass auf Verlangen ein neuer Preis für die Überschreitung des Mengenansatzes unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren bzw. zu ermitteln ist. Das kann in einzelnen Positionen zu unangemessenen Ergebnissen führen, insbesondere dann, wenn überhöhte Preise bei solchen Positionen vereinbart sind, bei denen es zu Mengenmehrungen kommt. Solche Ergebnisse werden in Teilen der Literatur und von der Klägerin allerdings als hinnehmbar dargestellt mit dem Hinweis darauf, es sei allein Sache des Unternehmers, wie er kalkuliere; der Auftraggeber sei nicht schützenswert, wenn er infolge eines Ausschreibungsfehlers oder nachträglicher Änderungen des Vertrages die Möglichkeit zu solchen Preisen eröffne (vgl. Thormann, BauR 2000, 953 f.; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Teil 1, 5. Aufl., Rdn. 1049, 608). Der Senat muss nicht abschließend dazu Stellung nehmen, ob diese Argumentation, die vor allem im Zusammenhang mit in solchen Fällen naheliegenden Spekulationen des Unternehmers wegen von ihm erkannter oder vermuteter Ausschreibungsmängel zu finden ist, dem Wesen des Bauvertrags widerspricht.

23 Der Bauvertrag ist ein auf Austausch von Leistungen und Vergütung gerichteter Vertrag, der für längere Zeit eine kooperative Zusammenarbeit erfordert. Es wäre bedenklich, wenn es vergabe- und vertragsrechtlich ohne weiteres zulässig wäre, die Kooperation in der Weise zu beginnen, dass der Unternehmer über erkannte Ausschreibungsmängel nicht aufklärt, sondern diese dazu nutzt, über von ihm vorausgesehene oder vermutete Nachtragssachverhalte Positionspreise zu erzielen, die das angemessene Maß deutlich überschreiten.

24 Jedenfalls können Spekulationen auf Mengenerhöhungen nicht hingenommen werden, wenn sie dazu führen, dass der Preisrahmen derart exorbitant gesprengt wird, wie das hier der Fall ist. Bei einer solchen Spekulation kommt es auch nicht darauf an, wie sich das Ergebnis nach der Mengenerhöhung auf den Gesamtpreis ausgewirkt und ob der Unternehmer in anderen Positionen niedrigere Preise eingesetzt hat. Die gegenteilige Argumentation der Klägerin verkennt, dass in dieser Weise vorgenommene Spekulationen sittlich verwerflich sind, weil die Rechtsordnung kein Verständnis dafür aufbringen kann, dass ein Unternehmer aufgrund eines Ausschreibungsfehlers einen völlig unangemessenen Gewinn in einer Position erlangen kann und dabei gleichzeitig gegen die Prinzipien der öffentlichen Vergabe verstößt, die jedenfalls im Grundsatz gewährleisten sollen, dass der Bauauftrag zu angemessenen Preisen vergeben werden soll, § 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A. Das gilt selbst für den Fall, dass durch diesen Gewinn Verluste ausgeglichen werden, die der Auftragnehmer dadurch erlangt, dass er in anderen Positionen Einheitspreise eingesetzt hat, die weit unter den üblichen Preisen lagen. Denn dieses spekulative Bieterverhalten ist nicht schützenswert.

25 ee) Zu Unrecht beruft sich die Klägerin zur Verteidigung ihrer Rechtsansicht auf ein Urteil des Senats vom 21. Oktober 1976 (VII ZR 327/74, BauR 1977, 52). In diesem Urteil hat der Senat zu einer älteren Fassung des § 25 Nr. 2 VOB/A, nach der Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, ausgeschieden werden können, entschieden, abzustellen sei auf den Gesamtpreis. Diese Rechtsprechung verhält sich lediglich zu der Frage, wie nach der damals geltenden Fassung der VOB/A die Unangemessenheit des Preises bei der Vergabe zu beurteilen war. Sie verhält sich nicht zu der neuen Rechtslage bei der Vergabe, die in § 25 Nr. 3 VOB/A der geltenden Fassung anders geregelt ist, und auch nicht zu der Frage, ob Bieter ausgeschlossen werden können, die völlig überhöhte Preise zum Zweck der Spekulation einset-

zen. Insbesondere verhält sich diese Entscheidung nicht dazu, ob eine überhöhte Preisvereinbarung, die sich insbesondere durch eine Mengenmehrung nachteilig auswirkt, als sittenwidrig beurteilt werden kann.

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

27 ff) Die weiter vom Landgericht in den Raum gestellte Möglichkeit, dass die Klägerin und Mitarbeiter der Beklagten kollusiv zum Nachteil der Beklagten den exorbitant erhöhten Einheitspreis vereinbart hätten, würde eine strafbare Handlung der Untreue und/oder des Betruges zu Lasten der Beklagten bedeuten. Dass ein solches strafrechtlich relevantes Verhalten sittenwidrig ist, steht außer Frage.

28 3. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Der Klägerin ist Gelegenheit zu geben, zur Vermutung ihrer verwerflichen Gesinnung Stellung zu nehmen und diese zu widerlegen. Auch hat das Berufungsgericht keine Ausführungen dazu gemacht, wie es die neuen Preise für die Mehrmengen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 bzw. § 2 Nr. 5 VOB/B berechnet. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben, soweit die Beklagte zur Zahlung weiterer 354.038,84 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

29 a) Für den nach bisherigem Sach- und Streitstand naheliegenden Fall, dass das Berufungsgericht die Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung für die Mehrmengen zu Positionen 32.5.120 und 32.5.130 bejaht, ist die Vereinba-

rung nichtig. Die Nichtigkeit dieses Teils des Rechtsgeschäfts führt nicht dazu, dass die jeweilige Position, soweit es um die Mehrmenge geht, nicht wirksam vereinbart wäre, was auch zur Folge hätte, dass die entsprechenden Leistungen nicht erbracht werden müssten. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung zur Vergütung der Mehrmengen tritt vielmehr die Vereinbarung, die Mehrmenge nach den üblichen Einheitspreisen zu vergüten.

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

31 bb) Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Parteien einen Einheitspreisvertrag schließen und lediglich ein oder wenige Einheitspreise unwirksam vereinbart sind. Hätte die Nichtigkeit dieser Vereinbarungen die Nichtigkeit

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

32 cc) Dabei kommt allerdings entgegen der vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang erörterten Lösung nicht in Betracht, ein aus seiner Sicht gerade noch zulässiges Höchstmaß eines Spekulationspreises anzunehmen. Es kann bereits keine Rede davon sein, dass ein um das Zweihundertfache überhöhter Einheitspreis die Grenze einer sittlich verwerflichen Preisbildung nicht überschreitet. Das Berufungsgericht lässt sich offenbar von der Feststellung des Sachverständigen leiten, Spekulationen seien in der Baupraxis zunehmend üblich. Das belegt nicht, dass sie nicht sittlich verwerflich sind. Spekulationen mit derartigen Einheitspreisen führen zu erheblichen Verwerfungen bei der Beurteilung von Leistung und Vergütung in der entsprechenden Position und sind - wie auch der Senat aus seiner Erfahrung beurteilen kann - die Quelle von häufigen Auseinandersetzungen zwischen den Bauvertragsparteien, falls eine Mengenmehrung eintritt. Diese Auseinandersetzungen können die kooperative Abwicklung des Bauvertrages erheblich beeinträchtigen. Eine Aufspaltung einer sittenwidrigen Vereinbarung in einen wirksamen und unwirksamen Teil (sog. quantitative Teilbarkeit) kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn

konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Aufspaltung dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2008 - V ZR 14/08, bei juris). Solche Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich. Zudem würde die Annahme einer quantitativen Teilbarkeit die Spekulation aus Fehlern der Ausschreibung fördern und dem auch bei einem Bauvertrag notwendigen Grundvertrauen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1993 - VII ZR 96/92, BauR 1994, 98) entgegenwirken. Eine der Rechtsordnung entsprechende und angemessene Lösung lässt sich vielmehr nur dadurch erzielen, dass der übliche Preis gilt. Dass die Parteien die Leistungsposition bepreisen wollten, steht fest. Es bietet sich deshalb eine entsprechende Anwendung des § 632 Abs. 2 BGB an, wonach die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist. Üblich ist der Einheitspreis, der zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 - VII ZR 239/98, BauR 2001, 249 = ZfBR 2001, 104).

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

34 b) Sollte die Preisvereinbarung hinsichtlich der geltend gemachten Mehrmengen wirksam sein, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass der neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu ermitteln ist, § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder Nr. 5 VOB/B (vgl. dazu unten III).

III. Die Anschlussrevision der Klägerin

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

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

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

37 Die Klageabweisung durch das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die von der Beklagten mit der Begründung beantragte Abweisung der Klage durch den Senat, die Klägerin habe ihre Urkalkulation nicht offengelegt, kommt nicht in Betracht. Denn vorrangig ist die Frage zu klären, ob die Preisvereinbarung zu den Mengenmehrungen in den Positionen 32.5.120 und 32.5.130 wirksam ist. Ist das nicht der Fall, steht der Klägerin der übliche Werklohn zu. Sollte die Vergütungsvereinbarung wirksam sein, so käme es allerdings darauf an, ob die Klägerin ihren Anspruch schlüssig dargelegt hat. Das ist vom Landgericht verneint worden. Die Erwägungen des Landgerichts sind im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass es zur Ermittlung des unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu bildenden neuen Preises für die Mehrmengen notwendig sein kann, auf die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers zurückzugreifen. Denn diese Kalkulation weist aus, mit welchen Kosten der Auftragnehmer den Preis gebildet hat. Auf dieser Grundlage lässt sich beurteilen, inwieweit Mehr- oder Minderkosten entstanden sind. Zutreffend ist auch die Auffassung des Landgerichts, es sei Sache des Auftragnehmers, die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vorzulegen. Denn dazu ist allein er in der Lage, sofern die Kalkulation nicht bereits beim Auftraggeber hinterlegt ist oder er auf andere Weise über die Kalkulation in Kenntnis gesetzt worden ist.

38 Soweit das Landgericht unter Hinweis auf das Vorbringen der Beklagten annehmen will, die von der Klägerin in der Anlage K 26 vorgelegte Kalkulation

könne schon deshalb nicht als ausreichende Darlegung angesehen werden, weil es sich um eine nachträgliche Aufschlüsselung handele und notwendige kalkulatorische Angaben fehlten, kann dem allerdings nicht gefolgt werden. In der Anlage K 26 hat die Klägerin den Preis von 2.210 DM/kg in Lohnkosten, Materialkosten und Gerätekosten untergliedert. Die Klägerin hat vorgetragen, auf diese Weise habe sie den Preis kalkuliert. Wenn das zutrifft, können die Darlegungen zur Kalkulation nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, es handele sich um eine nachträgliche Aufstellung. Eine dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation kann nachträglich schriftlich niedergelegt werden. Es ist ihr Wesen, dass sie den Preis in Kalkulationsbestandteile aufschlüsselt. Eine derartige Aufschlüsselung kann auch nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, es fehlten weitere, für eine Kalkulation übliche Angaben, wie solche zu den Allgemeinen Geschäftskosten oder zu Gewinn und Wagnis. Es steht einem Unternehmer grundsätzlich frei, wie er seine Preise kalkuliert. Er kann Preise lediglich mit den direkten Herstellungskosten kalkulieren, also ohne Geschäftskostenzuschlag oder Zuschlag für die Gewinnerwartung. Eine solche Kalkulation mag zwar unüblich sein, kann jedoch nicht als unschlüssig zurückgewiesen werden.

39 Das Landgericht hat jedoch darüber hinaus die Auffassung vertreten, die vorgelegte Kalkulation sei unplausibel. Die eingesetzten Kosten von 720 DM/kg für Lohn, 1.319,52 DM/kg für Material und 170,48 DM/kg für Gerät seien willkürlich, lebensfremd und grotesk überhöht. Es handele sich um einen willkürlichen Sachvortrag ins Blaue hinein. Diese Würdigung des Landgerichts ist naheliegend und lässt keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin bei der Preisermittlung für die Mehrmenge Aufschläge für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten abgezogen hat. Diese Aufschläge finden sich in der später vorgelegten Kalkulation nicht. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage an, wie der Unternehmer

kalkuliert, sondern auf die Frage, ob die vorgelegte Kalkulation der Preisbildung tatsächlich zugrunde liegt.

Kniffka Bauner Eick

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Erfurt, Entscheidung vom 23.08.2005 - 3 O 1867/02 -
OLG Jena, Entscheidung vom 19.09.2006 - 5 U 899/05 -