

## Grenzen der Kalkulationsfreiheit

Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit überhöhter Vertragspreise

Prof. Stefan Leupertz  
Schiedsrichter, Schlichter und Adjudikator  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.



## Grundlage: Rechtsgeschäft Bauvertrag Preis Anpassung: BGB-Bauvertrag

### Veränderung des Bauziels (Bauentwurfsänderungen)

- h. M.: Kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers
- Folge: Rechtsgeschäftliche Einigung über geänderten Leistungsumfang erforderlich
- Grundsatz: Vergütungsvereinbarung nach § 631 Abs. 1 BGB
- § 632 Abs. 1 BGB: Keine Vergütungsvereinbarung erforderlich
- § 632 Abs. 2 BGB: Keine Vergütungsvereinbarung = Übliche Vergütung
- Fortschreibung der Vertragspreise nur bei entsprechender Vertragsabrede (Auslegung)

## Grundlage: Rechtsgeschäft Bauvertrag Preis Anpassung: BGB-Bauvertrag

### Zusätzlich erforderliche Leistungen

- Leistungen sind geschuldet (Funktionalitätserwartung)
- Keine rechtsgeschäftliche Anordnung des Bestellers erforderlich; lediglich (rechtsgeschäftliche) Auswahlentscheidung
- Zusätzliche erforderliche Leistungen sind nicht gesondert verpreist
- Folge: Äquivalenzstörung
- Folge: Anpassung der Vergütung nach § 313 Abs. 2 BGB
- Maßstab ungeklärt: Vertragspreise oder Üblichkeit

## Grundlage: Rechtsgeschäft Bauvertrag Preis Anpassung: VOB/B-Vertrag

### Bauentwurfsänderungen

- § 1 Abs. 3 VOB/B: Einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bestellers
- Folge: Preis Anpassung nach Maßgabe § 2 Abs. 5 VOB/B
- Folge: Neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten
- Folge: Fortschreibung der vom Unternehmer kalkulierten Vertragspreise (h. M.)

### Grundlage: Rechtsgeschäft Bauvertrag Preis Anpassung: VOB/B-Vertrag

#### Zusätzlich erforderlich werdende Leistungen

- § 1 Abs. 4 VOB/B: Auszuführen auf (einseitiges) Verlangen des Bestellers (auch Bauentwurfsänderung)
- Folge: Preis Anpassung nach Maßgabe § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B
- Folge: Vergütung für „nicht vorgesehene“ Leistungen nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertraglichen Leistung und der besonderen Kosten der geforderten Leistung
- Folge: Fortschreibung der vom Unternehmer kalkulierten Vertragspreise (h. M.)

### Grundlage: Rechtsgeschäft Bauvertrag Preis Anpassung: Zwischenergebnisse

#### BGB-Bauvertrag

- Das Werkvertragsrecht kennt keinen Grundsatz „Preis Anpassung durch Fortschreibung der Vertragskalkulation“
- Maßstab: Preisvereinbarung oder übliche Preise

#### VOB/B-Vertrag

- Fortschreibung der Vertragspreise aus der Urkalkulation gemäß § § 1 Abs. 3, 4; 2 Abs. 5, 6 VOB/B

### Bemessungsgrundlagen Preis Anpassung Preis Anpassung auf Basis der Vertragskalkulation

#### Berechnung von Nachträgen:

- Preisermittlungsgrundlagen
- Kalkulatorische Preisermittlungssystematik
- **Preisniveau des Hauptvertrages**

#### Ziel

Aufrechterhaltung des Wettbewerbs durch Fortschreibung des vertraglichen Preisniveaus

### Bemessungsgrundlagen Preis Anpassung Preis Anpassung auf Basis der Vertragskalkulation

#### Problemlage beim VOB/B-Vertrag

Bildung und Fortschreibung spekulativer Baupreise

## Grenzen der kalkulatorischen Preisfortschreibung Vier BGH-Entscheidungen

- BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 142/12
- BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06
- BGH, Urt. v. 07. 03. 2013 – VII ZR 68/10
- BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 116/12

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 142/12 Vertragspreisniveau

### Sachverhalt

- Sanierung Bundesstraße
- VOB/B-Einheitspreisvertrag
- Positionen u. a.
  - Grundhafter Neuausbau
  - Nur Deckenerneuerung
  - Beide: Asphaltbinder und Asphalttragschicht
  - Preise Grundhafter Neuausbau = ungünstig für AN
  - Preise Deckenerneuerung = günstig für AN
- Anordnung AG: Einzelne Streckenabschnitte Grundhafter Neuausbau anstelle Deckenerneuerung
- Abrechnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B: Mehraufwand Grundhafter Neuausbau mit Preisen > Urkalkulation

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 142/12 Vertragspreisniveau

### Kernaussagen (1)

#### Leitsatz a)

Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.

- Maßstab für Preisfortschreibungsregeln: Übereinstimmendes Parteiverständnis
- Hier: § 2 Nr. 5 VOB/B = kalkulatorischen Preisfortschreibung
- Folge: Keine inhaltliche Überprüfung Regelungsgehalt § 2 Nr. 5 VOB/B durch BGH
- Folge: Keine Inhaltskontrolle (§ 307ff. BGB) durch BGH

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 142/12 Vertragspreisniveau

### Kernaussagen (2)

#### Leitsatz b)

Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.

- Preisfortschreibung durch Anknüpfung an Kostenelemente der Auftragskalkulation
- Maßstab in erster Linie: Die geänderte Leistungsposition
- Durch die Änderung nicht betroffene Kostenelemente bleiben grundsätzlich unverändert
- Folge: Neu zu bildender (Einheits-) Preis nach den Kostenansätzen in der Kalkulation für die geänderte Position

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013 – VII ZR 142/12 Preisfortschreibungsregeln / Vertragspreisniveau

### Kernaussagen (3)

#### Leitsatz c)

Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.

- Heranziehung Bezugspositionen zur Sicherung des Vertragspreisniveaus grundsätzlich zulässig
- Keine Heranziehung Bezugsposition zulässig für Kostenelemente, die in der geänderten Leistungsposition enthalten sind
  - Hier: Asphalttragschicht = Mengenerhöhung
- Rückgriff auf andere Position LV dient der Sicherung des Vertragspreisniveaus
  - Durch die Änderung nicht betroffene Kostenelemente bleiben unverändert
  - Maßstab für Vertragspreisniveausicherung: Kostenelementebene
  - Vorteile AN durch unterschiedliche Kalkulation gleichartiger Leistungen sollen erhalten bleiben; insbesondere: Deckungsbeiträge
- Folge: Keine schematische Heranziehung von Bezugspositionen unter Heranziehung des sog. „Vertragspreisniveaufaktors“

## BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Sachverhalt

- Regenrückhaltebecken
- VOB/B-Vertrag
- Positionen Kalkulation
  - 200 kg Betonstahl - 2.210 DM/kg
  - 100 kg Betonstahlmatten - 2.210 DM/kg
  - *Üblicher Preis nach SV: 2,47 DM/kg*
- Tatsächlicher Bedarf durch geänderte Statik:
  - 1.429,20 kg Betonstahl
  - 302,50 kg Betonstahlmatten
- Anspruch auf Mehrvergütung für 110 % der Ausgangsmengen überschreitende Mehrmengen
  - 2.045,15 DM/kg
  - Insgesamt 3.325.340,38 DM

## BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (1)

#### Leitsatz 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.

- Offen gelassen: § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B (Kläger verlangt Mehrvergütung nur für Mengen > 110 %)
- Vermutung für sittenwidrige Gesinnung bei überhöhten Preisen, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen
- Anknüpfungspunkt für Vermutung: Ausnutzung der Preisfortschreibungsregeln VOB/B
- Vermutung: AN nutzt Wissensvorsprung aus und spekuliert darauf, dass AG die auf erwartete Mehrmengen ausgerichtete Preisgestaltung nicht erkennt.

## BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (2)

#### Leitsatz 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 sittenwidriges Gewinnstreben.

#### Leitsatz 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.

- Konsequenz: Auch den günstigsten Bieter kann der Vorwurf treffen, er habe sittenwidrig überhöhte (Einheits-) Preise vereinbart.
- Offen gelassen: Korrektur besonders niedriger Preis?

## BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (3)

#### Leitsatz d)

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

- Konsequenz:
  - Bis 110 % der Ausgangsmenge = kalkulierter Vertragspreis
  - Über 110 % = üblicher Preis

## BGH, Urt. v. 07. 03. 2013– VII ZR 68/10 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Sachverhalt

- Trockenbauarbeiten
- VOB/B-Einheitspreisvertrag
- Positionen Kalkulation
  - 50 Wanddurchführungen – 67,99 €/St
  - *Üblicher Preis nach SV: 9,64 €/St*
  - *Überhöhung um das Achtfache*
- Nach tatsächlichem Bedarf ohne Anordnungen/Verlangen AG ausgeführte Leistungen
  - 4.725 Wanddurchführungen
- Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 6 VOB/B
  - 4.725 x 65,50 € netto
  - Insgesamt 359.005 €

## BGH, Urt. v. 07. 03. 2013 – VII ZR 68/10 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (1)

#### Leitsatz a)

Steht die nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu bestimmende Vergütung für im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zu diesen Leistungen, kann die der Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.

- Leistungen ohne Auftrag nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B sind auch die nicht vereinbarten Leistungen im Sinne von § 1 Nr. 4 VOB/B.
- Nicht vereinbarte Leistungen iSd § 1 Nr. 4 VOB/B sind solche Leistungen, die für die vertragsgerechte Herstellung der Bauleistung erbracht werden müssen, aber weder ausgeschrieben noch bepreist waren.
- Der AG kann solche Leistungen „verlangen“; dann Preisfortschreibung nach § 2 Nr. 6 VOB/B
- Fehlt die „Forderung“: Vergütungsanspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B durch nachträgliche Anerkennung
- Folge: Preisfortschreibung nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B
- Fortführung der Entscheidung VII ZR 201/06 für § 2 Nr. 6 VOB/B

## BGH, Urt. v. 07. 03. 2013 – VII ZR 68/10 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (2)

#### Leitsatz b)

Beträgt die nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu bestimmende Vergütung nahezu das Achtfache des ortsüblichen und angemessenen 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.

- Fortführung der Entscheidung VII ZR 201/06 für § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 6 VOB/B
- Konkretisierung der Bemessungsgrundlagen für wucherähnliche Preisgestaltung
  - Auffälliges Missverhältnis = Achtfache Überhöhung
  - Absolute Überschreitung des Positionspreises: 313.456 €
  - Verhältnis zur Gesamtabrechnungssumme = 39 %

## BGH, Urt. v. 07. 03. 2013 – VII ZR 68/10 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (3)

#### Leitsatz c)

An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Vergütung tritt die Vereinbarung, die Leistungen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

- Fortführung der Entscheidung VII ZR 201/06 für § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 6 VOB/B
- Bezugspunkt: zusätzlich erforderliche Leistungen

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013– VII ZR 116/12 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Sachverhalt

- Trockenbauarbeiten
- VOB/B-Einheitspreisvertrag
- Positionen Kalkulation
  - 16 T-Verbindungen für Trockenbauwände – 975,35 €/St
  - *Üblicher Preis: 41,81 €/St*
  - 9 x Zulage für Verstärkungen – 308 €/St
  - *Üblicher Preis: 25,50 €/St*
- Auf Anordnungen/Verlangen AG ausgeführte Leistungen
  - 261 T-Verbindungen
  - 364 Verstärkungen
- Anspruch auf Mehrvergütung insgesamt 416.655,47 €

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013– VII ZR 116/12 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (1)

#### Leitsatz a)

Steht der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 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.

- Fortführung der Entscheidungen VII ZR 201/06 und VII ZR 68/10

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013– VII ZR 116/12 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (2)

#### Leitsatz b)

Beträgt die nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B zu bestimmende Vergütung nahezu 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 sittenlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.

- Fortführung der Entscheidungen VII ZR 201/06 und VII ZR 68/10

## BGH, Urt. v. 14. 03. 2013– VII ZR 116/12 Sittenwidrig überhöhte Preise

### Kernaussagen (3)

#### Leitsatz 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 Bauleistungen stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt.

#### Leitsatz d)

Vorbehaltlich anderer Anhaltspunkte zum mutmaßlichen Parteiwillen ist in diesen Fällen entsprechend § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung geschuldet

- Konsequenz: Die wucherähnliche Preisüberhöhung kann nur kalkulatorisch gerechtfertigt werden
- AN muss hohen Preis nachvollziehbar so erläutern, dass eine sittlich verwerfliche Gesinnung ausscheidet.
- Bemessung der Vergütung für Mehraufwand nach vertraglichen Abreden denkbar = ergänzende Vertragsauslegung; sonst § 632 Abs. 2 BGB