



## Der Mengenvordersatz als Geschäftsgrundlage? Gilt der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ noch?

von Rechtsanwalt Peter Wenker\*

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat bereits im Dezember 2008 entschieden, dass ein um das über 800-fache überhöhter Einheitspreis sittenwidrig und somit nichtig ist, mit der Folge, dass dieser durch den ortsüblichen Einheitspreis ersetzt werden muss (Urteil vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06). Nunmehr hat der BGH im Frühjahr dieses Jahres beschlossen (Beschl. vom 23.03.2011 - VII ZR 216/08), dass eine Korrektur des zwischen den Bauvertragsparteien vereinbarten allerdings extrem hohen Einheitspreises unter Umständen auch durch das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorgenommen werden kann.

### 1. Worum geht es?

Die Parteien eines Bauvertrages können unterschiedliche Arten von Bauverträgen abschließen. Neben Pauschal- und Stundenlohnverträgen stellt jedoch der Einheitspreisvertrag den häufigsten Vertragstyp im Bauwesen dar. Das Wesen dieses Einheitspreisvertrages ist, dass die am Ende vom Auftraggeber zu zahlende Vergütung auf Grundlage der *tatsächlich* erbrachten Leistungen zu den zuvor vereinbarten Einheitspreisen errechnet wird.

Die Einheitspreisvereinbarung gestaltet sich im Regelfall so, dass der Auftraggeber in seiner Leistungsbeschreibung Teilleistungen positionsweise ausschreibt und die voraussichtlich anfallenden Mengen nach Maß, Gewicht oder Stückzahl angibt, z.B.: „*Abfälle entsorgen, 5 t*“. Der Auftragnehmer orientiert sich an den einzelnen Leistungspositionen und setzt den von ihm angebotenen Preis für jeweils eine Maß- oder Mengeneinheit ein, also z. B. für die vorbenannte Beispielsposition Abfallentsorgung „2.400 €/t“. Dieser Einheitspreis ergibt - multipliziert mit dem vom Auftraggeber angegebenen Mengenansatz - den Gesamtpositionspreis, hier also 2.400 €/t x 5 t = 12.000 €. Durch Addition sämtlicher Positionspreise errechnet sich schließlich der Angebotsendpreis.

Da sich beim Einheitspreisvertrag die letztendlich zu zahlende Vergütung jedoch nach den tatsächlich erbrachten Mengen richtet, müssen diese vor Rechnungstellung durch ein Aufmaß ermittelt werden. Das Ergebnis dieses Aufmaßes kann also sein - und ist in der Regel auch -, dass der Auftragnehmer im Vergleich zu der vom Auftraggeber angegebenen Menge Mehr- oder Minderungen aufgewandt hat.

Ob und wie sich diese Mehr- oder Minderleistungen auf den angebotenen Einheitspreis auswirken, ist – jedenfalls bei VOB/B-Verträgen – in § 2 Abs. 3 VOB/B geregelt. Für Mehrmengen bestimmt diese Vorschrift, dass der Auftragnehmer auch diese von ihm erbrachten Mehrmengen vergütet erhält, allerdings für die über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ein neuer Preis zu vereinbaren ist, der im Regelfall unterhalb des angebotenen Preises liegt.

Diese Regelung hat jedoch zur Folge, dass bei einer erheblichen Mengenerhöhung der Gesamtpositionspreis um ein Vielfaches steigt. Dies wird für den Auftraggeber insbesondere dann äußerst nachteilig, wenn der vereinbarte Einheitspreis extrem hoch angesetzt wurde. In der Praxis wird diese mathematisch nachvollziehbare Tatsache gelegentlich von erfahrenen Auftragnehmern eingesetzt, und zwar zumeist in den Fällen, in denen sie mit geschultem Blick erkennen, dass die ausgeschriebene Menge mit hoher Wahrscheinlichkeit überschritten werden wird. Dann lohnt es sich nämlich, für diese Leistung einen Einheitspreis mit hohem Gewinnanteil anzubieten (spekulativer Einheitspreis). Dieser vervielfacht sich bei Eintritt der erwarteten Mengenerhöhung entsprechend, so dass diese Abrechnungsposition durchaus rentabel werden kann.

Anlässlich dieser wirtschaftlichen Bedeutung für beide Vertragsparteien haben sich die Gerichte regelmäßig mit extremen Mengenerhöhungen und deren Auswirkungen auf den vertraglich vereinbarten Einheitspreis zu beschäftigen. Stets geht es dabei um die Frage, ob der extrem hohe Einheitspreis, der zwischen den Parteien bei



Abschluss des Vertrages einvernehmlich vereinbart wurde, nicht doch nachträglich angepasst werden muss, d.h. der Abrechnung ein gemäßiger und ggf. ortsüblicher Preis zugrunde zu legen ist.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun den nachfolgend skizzierten Fall zum Anlass genommen, neben der Sittenwidrigkeit eine weitere Möglichkeit der Durchbrechung des zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Einheitspreises aufzuzeigen.

## 2. Beschluss des BGH vom 23.03.2011 - VII ZR 216/08 -

In diesem konkreten Fall hatte der BGH über den nachfolgend stark verkürzt dargestellten Sachverhalt zu entscheiden:

Die Auftraggeberin (Beklagte) beauftragte ein Bauunternehmen (Klägerin) mittels eines VOB/B-Vertrages mit der Erbringung von Bauleistungen im Zusammenhang mit der Erneuerung einer Autobahn. In dem zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis war u. a. ausgeschrieben, dass die Menge von 5 t Abfall (Busch, Hecken- und Schnittgut) zu entsorgen war. Die Klägerin hatte diese Leistung zu einem Einheitspreis von 2.413 €/t angeboten und den Gesamtauftrag erhalten. Sie führte diese Leistung jedoch nicht selbst aus, sondern vergab sie an einen Nachunternehmer zu einem Einheitspreis von 62,10 €/t. In der Schlussrechnung hat die Klägerin sodann die tatsächlich geleistete Menge von mehr als 265 t mit dem vertraglich vereinbarten Einheitspreis, d.h. in Höhe von 2.413 € abgerechnet. Die Beklagte hat sich geweigert, die Schlussrechnung insoweit auszugleichen.

In dem Rechtsstreit verlangte die Klägerin von der beklagten Auftraggeberin für eine letztendlich tatsächlich geleistete Menge von mehr als 265 t den vereinbarten Einheitspreis von 2.413 € unter Abzug von eingesparten Kosten in Höhe von gerundet 117 € für 260 t. Der BGH hat letztendlich das Urteil der Vorinstanz, des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichtes, bestätigt und für die Menge von ca. 250 t eine schwerwiegende Störung der Geschäftsgrundlage angenommen und unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben den Einheitspreis von 2.413 €/t auf lediglich ca. 275,00 €/t reduziert.

In seiner Entscheidung stellt der BGH zwar klar, dass § 2 Nr. 3 VOB/B (jetzt: § 2 Abs. 3 VOB/B) bei einem VOB/B-Vertrag grundsätzlich eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Massenansätze über 10 % hinaus enthält, wobei diese Regelung auch nicht auf eine bestimmte prozentuale Überschreitung beschränkt ist. Hiernach also hatte die Klägerin im Streitfall den Gesamtpositionspreis korrekterweise gemäß § 2

Abs. 3 VOB/B unter Zugrundelegung des vereinbarten Einheitspreises errechnet. Getreu dem Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“, nach welchem die Kalkulation fortgeschrieben wird.

Allerdings - wie so oft - werden Grundsätze von Ausnahmen durchbrochen: Denn, so der BGH, die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sind trotz der an sich abschließenden Regelung über die Überschreitung der Massenansätze (§ 2 Nr. 3 VOB/B) anwendbar, wenn die Mengenänderung das von den Parteien *gemeinsam vorausgesetzte Maß* überschreitet.

Dies wirft jedoch die Frage auf, wann die Parteien gemeinsam ein bestimmtes Mengenmaß vorausgesetzt haben. Denn schließlich ist - und dies verkennt auch der BGH nicht - dem Einheitspreis die Möglichkeit einer Mengenänderung immanent, d. h. eine bestimmte Menge ist also grundsätzlich gerade nicht zur Grundlage des Vertrages geworden. Der BGH führt insoweit aus, dass bei einer „*außergewöhnlichen Preisbildung*“, wie sie im Streitfall vorlag, gleichwohl eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages werden kann, weil sich die darin angelegte Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bei erheblichen Mengenänderungen in viel stärkerem Maße auswirkt. Der BGH schließt also aus der extrem hohen Einheitspreisbildung und der außergewöhnlichen Mengenmehrung, dass ein Festhalten an der ursprünglichen Parteienvereinbarung nicht zumutbar ist, da hierdurch der äquivalente Rahmen gesprengt wird.

Über die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage hatte also ausnahmsweise eine Anpassung des Einheitspreises für solche Mehrmengen zu erfolgen, die außerhalb des noch bei Vertragsschluss annähernd voraussehbaren Risikorahmens lagen, hier für 250 t.

## 3. Konsequenzen für die Praxis

Mit diesem Beschluss des BGH vom 23.03.2011 (VII ZR 216/08) existiert nunmehr eine zweite höchstrichterlich akzeptierte Korrekturmöglichkeit eines extrem hohen Einheitspreises in VOB-Verträgen, sodass der in der Überschrift zitierte Grundsatz jedenfalls hinsichtlich der „guten Preise“ eine Einschränkung erfährt.

Der Rechtssuchende stellt sich bei Lektüre des Urteils jedoch die Anschlussfrage, ab welcher Mengenüberschreitung ein solcher Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen ist. Schließlich wird beim Einheitspreisvertrag gerade keine bestimmte Menge vorausgesetzt.



Eine trennscharfe Festlegung, ab wann ein Festhalten am ursprünglich vereinbarten Einheitspreis nicht mehr zumutbar ist, weil das Ausmaß der Mehrmengen jeden äquivalenten Rahmen sprengt, hat jedoch weder der BGH noch die Vorinstanz getroffen. In jedem Fall muss damit gerechnet werden, dass - wie im Streitfall vom OLG Schleswig und vom BGH angenommen wurde - bei einer durch die Mengenerhöhung bedingten Erhöhung der ursprünglich vorgesehenen Gesamtvertragssumme um 60 % von einer ganz gravierenden Äquivalenzstörung auszugehen ist. Allerdings - und auch dies ist dem Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig zu entnehmen - liegt eine Verdreifachung der ursprünglich zugrunde gelegten Masse im Bereich dessen, was noch als vorhersehbar angenommen werden kann, sodass auch unterhalb dieses Multiplikators noch nicht mit einer gerichtlichen Anpassung des Einheitspreises gerechnet werden muss.

Wo letztendlich genau die Erheblichkeitsschwellen und Opfergrenzen verlaufen werden, bleibt der zukünftigen Instanzenrechtsprechung ebenso überlassen wie die Frage der Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf BGB-Verträge. Der Grundsatz allerdings, dass § 2 Abs. 3 VOB/B eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Mengeneinsätze beinhaltet, so dass auch Mengenerhöhungen stets unter Heranziehung des vereinbarten Einheitspreises abzurechnen sind, wird lediglich in Extremfällen, die die Ausnahme darstellen, durchbrochen werden.

### **Hinweis**

*Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*

**Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website [www.ahlers-vogel.de](http://www.ahlers-vogel.de).**

### **Kontakt**

Ahlers & Vogel \_ Bremen  
Contrescarpe 21 \_ 28203 Bremen  
Telefon +49 (421) 33 34-0  
Telefax +49 (421) 33 34-111  
E-Mail: [bremen@ahlers-vogel.de](mailto:bremen@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Hamburg  
Schaarsteinwegsbrücke 2 \_ 20459 Hamburg  
Telefon +49 (40) 37 85 88-0  
Telefax +49 (40) 37 85 88-88  
E-Mail: [hamburg@ahlers-vogel.de](mailto:hamburg@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Leer  
Königstraße 32 \_ 26789 Leer (Ostfriesland)  
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0  
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99  
E-Mail: [leer@ahlers-vogel.de](mailto:leer@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Rostock  
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 \_ 18055 Rostock  
Telefon +49 (381) 491 39-0  
Telefax +49 (381) 491 39-99  
E-Mail: [rostock@ahlers-vogel.de](mailto:rostock@ahlers-vogel.de)

\* **Peter Wenker** studierte Rechtswissenschaften in Bremen. Nach mehrmonatiger Mitarbeit in einer international tätigen Anwaltsfirma in Rom unterstützte Herr Wenker unsere Sozietät bereits im Rahmen seines Referendariats. Er ist seit 2007 als Rechtsanwalt zugelassen und berät unsere Mandanten vor allem auf den Gebieten des privaten Bau- und Architektenrechts sowie in zivil- und handelsrechtlichen Fragen. Herr Wenker ist Mitglied im Deutschen Anwaltsverein.