

die zeitliche Begrenzung von vier Monaten nicht enthält. Demgegenüber besteht grundsätzlich bei den Verträgen, die außerhalb der Frist von vier Monaten geschlossen worden sind, die Möglichkeit zur Preisänderung auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. In Verträgen mit Unternehmern dürfte jedoch die Frist von vier Monaten kein Maßstab sein, der die Unangemessenheit indiziert.

Zu beachten ist ferner, dass die Anpassungsklauseln Preisreduzierungen entsprechend berücksichtigen und transparent genug sein müssen. Das ergibt sich für Preisklauseln nach §§ 3 bis 7 PreisklG auch aus § 2 Abs. 3 PreisklG. Der Erwerber muss bereits bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel ersehen können, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen können. Die Preiserhöhungsklausel darf nicht zu einem willkürlich vom Bauträger festgesetzten Preis führen (BGH, Urt. v. 20.5.1985 – VII ZR 198/84). Sofern eine Preiserhöhung bei Bauträgerverträgen überhaupt klauselmäßig vereinbart werden könnte, wäre jedenfalls zu berücksichtigen, dass nicht allgemein eine Erhöhung des Erwerbspreises in Höhe von 3 % vereinbart wird, sondern nur die Erhöhungen weitergegeben werden, die auch den Bauträger betreffen (Everts, ZfIR 2006, 664).

Da grundsätzlich nach dem Gesetz kein Preisanpassungsanspruch besteht, kann die Preisgleitklausel auch wirksam den Anwendungsbereich durch eine sog. Bagatell- und Selbstbeteiligungsklausel begrenzen (BGH, Urt. v. 22.11.2001 – VII ZR 150/01).

Selbstverständlich muss eine Anpassungsklausel auch in ihren Auswirkungen nicht überraschend sein. Das hat der BGH für die Stoffpreisgleitklausel HVA B-StB-Stoffpreisgleitklausel (03/06) der öffentlichen Hand angenommen, die bei üblicher und ordnungsgemäßer Kalkulation zu einer erblichen Minderung der Vergütung führen sollte (BGH, Urt. v. 8.1.2015 – VII ZR 6/14).

bb) Preisänderungen wegen Mengenänderungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B)

Die Parteien können abweichend von der Gesetzeslage auch für einen BGB-Werkvertrag vereinbaren, dass Mengenveränderungen Auswirkungen auf den vereinbarten Einheitspreis haben sollen. Eine solche Preisänderungsregelung findet sich in § 2 Abs. 3 VOB/B. Danach führen Änderungen der ausgeführten Mengen einer Leistungsposition über 10 % im Vergleich zur ausgeschriebenen Menge zu einem Anpassungsanspruch (→ Rdn. 938 ff.).

cc) Umsatzsteuergleitklauseln

Nach § 29 UStG besteht bei Umsatzsteuererhöhungen ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch (→ Rdn. 484). Dennoch kann wegen dessen zeitlicher Begrenzung eine vertragliche Regelung sinnvoll sein.

Umsatzsteuergleitklauseln („Umsatzsteuer in der jeweils gesetzlichen Höhe“, „zzgl. der jeweils gültigen MwSt.“ o. ä.) sind im Geschäftsverkehr üblich und nicht unangemessen (Wittmann/Zugmaier, NJW 2006, 2150, 2152; Weinbrenner DStR 2010, 982, 984), soweit sie den steuerrechtlichen Vorgaben auch entsprechen (problematisch BGH, Urt. vom 25.8.2016 – VII ZR 193/13, vgl. → Rdn. 482).

In Verträgen mit Verbrauchern sind uneingeschränkte Gleitklauseln wie „Änderungen des Umsatzsteuersatzes berechtigen beide Parteien zur entsprechenden Preisanpassung“ oder „Der Preis für die vertraglichen Leistungen beträgt ... Euro zzgl. Umsatzsteuer in der jeweils gesetzlichen Höhe“ aber nach § 309 Nr. 1 BGB unwirksam (Wittmann/Zugmaier, NJW 2006, 2150, 2152), weil der Anpassungsvorbehalt so allgemein formuliert ist, dass er auch eine Preisänderung innerhalb der Krenzfrist von vier Monaten zulässt.

b) Vergütungsänderungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage

Nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage kann ein Anspruch eines Vertragspartners auf Anpassung des vertraglich vereinbarten Preises auch bei vertraglich unverändertem Leistungsumfang bestehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Leistungsumfang oder Arbeitsaufwand bei unverändertem Leistungssoll tatsächliche wesentlich größer als der gemeinsam vorgestellte Leistungsumfang ist. Die Fälle von Leistungsänderungen und ihre Auswirkungen werden unten gesondert erörtert (→ Rdn. 846 ff.).

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist seit der Schuldrechtsmodernisierung ausdrücklich geregelt, § 313 BGB. Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom

Vorhandensein oder dem zukünftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (BGH, Urt. v. 25.2.1993 – VII ZR 24/92). Haben sich die Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden sind, nach Vertragsschluss schwer wiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Einer Veränderung steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen, §313 Abs. 2 BGB.

- 559 Der Anspruch auf Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage unterliegt grundsätzlich keinen zeitlichen Beschränkungen. Er ist sofort fällig, wenn die Anpassung verlangt werden kann. Er kann auch in eine Abschlagsforderung eingestellt werden (BGH, Urt. v. 21.11.1968 – VII ZR 89/66). Eine Begrenzung ergibt sich aus Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verwirkung. Eine Verwirkung kommt in Betracht, wenn die Werklohnforderung erloschen ist, etwa durch Zahlung. Denn dann wird neben dem Zeitmoment auch häufig das Umstandsmoment zu bejahen sein.
- 560 Weigert sich eine Vertragspartei, dem berechtigten Verlangen der anderen Partei auf Anpassung des Vertrags wegen Änderung der Geschäftsgrundlage zu entsprechen, so darf sich grundsätzlich die betroffene Partei vom Vertrag lösen. Zu einem der VOB/B unterliegenden Bauvertrag hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Lösung durch Kündigung erfolgt. Das wird auch für den BGB-Vertrag gelten (BGH, Urt. v. 21.11.1968 – VII ZR 89/66).

aa) Preisveränderungen

- 561 Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch Kalkulationselemente der Vergütung Geschäftsgrundlage sind und deshalb deren Veränderung einen Preisanpassungsanspruch begründet. Es müssen die folgenden Voraussetzungen vorliegen:
- 562 Voraussetzung ist zunächst eine wesentliche Änderung der Kalkulationselemente.
- 563 Es muss sich um eine Änderung solcher Kalkulationselemente handeln, die nach den Vorstellungen beider Parteien oder jedenfalls erkennbar einer Partei zur Geschäftsgrundlage gemacht werden (zur Schrottmenge bei Abbrucharbeiten vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 6.9.2006 – 7 U 235/97).
- 564 Keine Partei darf das Risiko der Änderung der Geschäftsgrundlage (allein) übernommen haben. Die Risikoübernahme kann sich aus den gesetzlichen Regeln oder aus der Vertragsgestaltung ergeben. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann die Risikoverteilung nur begrenzt wirksam geregelt werden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.9.2003 – 23 U 204/02). Wenn die Parteien mit §6 VOB/B vereinbaren, dass bei außergewöhnlich ungünstigen Witterungseinflüssen der Auftragnehmer zwar eine Verlängerung der Ausführungsfristen erhält, aber keine Anpassung der Vergütung, führt diese Übernahme des finanziellen Risikos durch den Auftragnehmer dazu, dass er auch bei einer zweimonatigen Unterbrechung der Bauausführung Mehraufwendungen auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage verlangen kann (BGH, Urt. v. 20.4.2017 – VII ZR 194/13).
- 565 Nur im Ausnahmefall kann eine unvorhergesehene Materialpreis- oder Lohnkostenerhöhungen, Erhöhung öffentlicher Lasten (z. B. Kippgebühren), Steuern oder Versicherungsbeiträgen einen Anspruch auf Preisanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage begründen. Grundsätzlich fallen die Preisbildung und damit auch die Entwicklung der preisbildenden Umstände in den Risikobereich einer Partei, regelmäßig des Unternehmers (BGH, Urt. v. 19.12.1985 – VII ZR 188/84). Wenn z. B. bei einem größeren Bauvorhaben Besteller und Bauunternehmer Einheitspreise als „Festpreise für die Dauer der Bauzeit“ vereinbaren, so ist der Unternehmer gehindert, wegen während der Bauzeit eingetretener Lohnerhöhungen aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Nachzahlung zu verlangen, wenn er die Lohnerhöhungen nach der Gestaltung der Tarifverträge teilweise hatte voraussehen können und er, da er zu Einheitspreisen abgeschlossen hatte, sich bewusst sein musste, ein großes Risiko durch Preissteigerungen und Lohnsteigerungen während der langen Bauzeit auf sich zu nehmen (BGH, Urt. v. 28.9.1964 – VII ZR 47/63). Nur ganz extreme, nicht vorhersehbare Preisentwicklungen können eine Anpassung des Vertrages rechtfertigen (BGH, Urt. v. 13.7.1995 – VII ZR 142/94). Deshalb können Lohn- und Materialpreissteigerungen, die außerhalb der Dauer des eigentlichen Annahmeverzuges nicht mehr durch §642 BGB

erfasst werden (vgl. näher → § 642 BGB Rdn. 110 ff.), auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB geltend gemacht werden (BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

Der von der Änderung der Geschäftsgrundlage betroffenen Partei darf das Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten sein. Das kann nur bejaht werden, wenn es sich um eine massive Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung handelt (BGH, Urt. v. 8.7.1993 – VII ZR 79/92). Die Beurteilung kann sich nicht allein an den jeweiligen Preisen orientieren, sondern daran, ob der Vertrag insgesamt eine schwer wiegende Äquivalenzstörung aufweist (vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.1995 – 21 U 12/95). Einer Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage muss eine Gesamtschau zugrunde liegen. Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann z. B. dem Unternehmer, der auf der Grundlage eines Festpreises arbeitet, unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben eine Erhöhung der vertraglichen Vergütung nur dann zugestanden werden, wenn die bei Ausführung der Arbeiten auftretenden Schwierigkeiten jedes bei Vertragsschluss voraussehbare Maß übersteigen und der Unternehmer bei Einhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen zu Aufwendungen gezwungen wäre, die zu der ihm eingeräumten Vergütung in keinem vertretbaren Verhältnis stehen, oder wenn die mit der Durchführung der übernommenen Arbeiten verbundenen Kosten in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse und des Umfangs seines Unternehmens im Verhältnis zu dem ihm eingeräumten Werklohn so hoch sind, dass ihm ein weiteres Festhalten am Vertrag schlechterdings nicht zumutbar ist. Die dem Bauunternehmer obliegende Leistung erscheine noch nicht unzumutbar, wenn die tatsächlichen Kosten mehr als 20% (BGH, Urt. v. 20.10.1960 – VII ZR 126/59) oder das Doppelte der veranschlagten Gesamtsumme betragen (BGH, Urt. v. 27.6.1957 – VII ZR 293/56).

Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an, wobei stets eine Gesamtschau notwendig ist. So kann eine unvorhergesehene Materialpreiserhöhung (z. B. der Stahlpreise, vgl. dazu Luz, IBR 2004, 359; Homann/Jamm, IBR 2004, 504; OLG Hamburg, Urt. v. 28.12.2005 – 14 U 124/05) in einem Fall einen Anspruch auf Preiserhöhung rechtfertigen, weil dem Unternehmer ein Festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände dieses Vertrages und insbesondere der Auswirkungen auf den Unternehmer nicht zuzumuten ist, während im anderen Fall der Anspruch zu verneinen ist, etwa weil sich die Erhöhung des Materialpreises nur unwesentlich auf den Gesamtpreis auswirkt.

bb) Mengenänderungen

Eine Preisanpassung nach Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage kommt auch bei unvorhergesehenen Mengenänderungen in Betracht. Zu unterscheiden ist zwischen Einheitspreis- und Pauschalvertrag. Beim Einheitspreisvertrag fällt die Mengenänderung gegenüber den beim Vertragsschluss zugrunde gelegten Vordersätzen nicht so stark ins Gewicht wie beim Pauschalvertrag.

(1) Einheitspreisvertrag. Beim Einheitspreisvertrag wird ohnehin der Preis aus dem Produkt von Menge und Einheitspreis gebildet. Die Abweichung von den geschätzten Vordersätzen ist also grundsätzlich preisneutral. Sie kann aber kalkulatorisch zu Gewinnen oder Verlusten führen, je nach Verteilung der Zuschläge. Außerdem können höhere Mengen zu kalkulatorisch nicht vorhergesehenen Aufwendungen führen, sie können aber auch zu nicht einkalkulierten Vorteilen führen, z. B. zur Überdeckung von Baustellengemeinkosten oder Allgemeinen Geschäftskosten. Grundsätzlich sind derartige kalkulatorische Veränderungen unerheblich. Beim BGB-Vertrag hat keine Partei einen Anspruch auf Preisanpassung bei Abweichung der tatsächlichen Menge von der dem Vertrag zugrunde gelegten, geschätzten Menge. Ein solcher Preisanpassungsanspruch kann vertraglich vereinbart werden, wie z. B. in § 2 Abs. 3 VOB/B geschehen. Das dürfte zwar wegen der weiten Verbreitung der VOB/B praktisch ein Normalfall sein, rechtlich ist es die Ausnahme von der Grundregel. Aus diesem Grund hält eine Vertragsklausel, die in einem VOB-Vertrag die Preisanpassungsregel des § 2 Abs. 3 VOB/B ausschließt, der Inhaltskontrolle stand. Denn sie entspricht der gesetzlichen Regel. Ausgenommen davon sind Preisanpassungsansprüche nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (BGH, Urt. v. 8.7.1993 – VII ZR 79/92; Beschl. v. 23.3.2011 – VII ZR 216/08).

Die Hürden für einen Preisanpassungsanspruch ohne vertragliche Vereinbarung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind sehr hoch (→ Rdn. 566). Diese Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind anwendbar, wenn aufgrund einer Kombination von erheblicher Überhöhung des Einheitspreises und erheblicher Mengenabweichung eine Störung des Äquivalenzverhältnisses eintritt. Eine Anpassung soll möglich sein, wenn die Summe

aller Mehrmengen 30 % der Auftragssumme erreicht (OLG Schleswig, Urt. v. 10.10.2008 – 17 U 6/08 für den Fall einer 40fachen Überhöhung, die zu einer Mehrvergütung vom über 700.000 Euro geführt hat; vgl. dazu BGH, Beschl. v. 23.3.2011 – VII ZR 216/08).

571 Der Unternehmer kann einen Schadensersatzanspruch gegen den Besteller haben, wenn die vertraglichen Angaben zu den Mengen von ihm schuldhaft fehlerhaft gemacht wurden. Der Unternehmer kann dann als Vertrauensschaden Ersatz derjenigen Einbußen verlangen, die ihm gerade dadurch entstanden sind, dass er nach seiner Kalkulation auf die kostensenkende Wirkung der im Vertrag angegebenen Mengen vertrauend einen niedrigen Einheitspreis angeboten hat und nunmehr bei der tatsächlichen Ausführung geringerer Mengen entsprechende kostensenkende Effekte nicht realisieren kann (OLG Nürnberg, Urt. v. 24.11.2006 – 2 U 1723/06). Dazu ist es notwendig, dass der Unternehmer die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation offen legt. Das gilt auch wenn durch eine Mengenreduktion die Kalkulation von Fixkosten in den Einheitspreisen eine Unterdeckung erfährt.

572 **(2) Pauschalvertrag.** Beim Pauschalvertrag bleibt der Gesamtpreis grundsätzlich ebenfalls unverändert, wenn die tatsächliche Menge von der dem Vertrag zugrunde gelegten Menge abweicht. Mengenabweichungen wirken sich beim Pauschalvertrag in der Regel jedoch weit- aus deutlicher auf die Kalkulationsgrundlagen aus als beim Einheitspreisvertrag. Denn der Unternehmer erhält für die Mehrmenge nicht eine unterdeckende Vergütung, sondern trotz Mehrmenge keine Mehrvergütung. Andererseits muss der Besteller eine nicht zur Ausführung gelangte Menge voll bezahlen. Bei gravierenden Mengenabweichungen kommt deshalb eine Preisanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dieser sich bereits aus dem Gesetz ergebende Anspruch ist im VOB-Vertrag in § 2 Abs. 7 VOB/B ausdrücklich wiederholt. Er greift aber nicht, wenn der Pauschalpreis erst nach Durchführung der Leistung vereinbart wird (OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – I-23 U 33/114). Wann ein Festhalten an der vertraglich vereinbarten Pauschalsumme wegen Mengenänderungen unzu- mutbar ist, kann nicht allgemein gesagt werden. Die Rechtsprechung stellt auf den Einzelfall ab. Entscheidungen, die allein auf die Mengenansätze abstellen, z. B. Mengenabweichung von bis zu 20 % soll noch zumutbar sein (BGH, Urt. v. 20.10.1960 – VII ZR 126/59; OLG Hamm, Urt. v. 20.9.2005 – 24 U 152/04; eine darüber liegende Überschreitung der Mengenansätze wurde hingegen als erheblich angesehen, OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.12.1975 – 21 U 235/75), lassen unberücksichtigt, dass es darauf ankommt, wie sich die Mengenabweichung auswirkt. Nur eine unzumutbare Auswirkung führt zu einem Anspruch auf Preisanpassung. Es kommt deshalb darauf an, wie die gesamte Vertragskalkulation beeinflusst ist (vgl. Moufang, IBR 2007, 180). Der Bundesgerichtshof hat hervorgehoben, dass es eine starre Grenze (von 20 % Mehrkosten) nicht gibt (BGH, Urt. v. 2.11.1995 – VII ZR 29/95; BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03). Maßgeblich sind die wirtschaftlichen Auswirkungen, insbesondere inwieweit Mengenabweichungen zu einer Mehrbelastung des Unternehmers geführt haben. Es ist stets eine Gesamtschau notwendig, denn Mengenüberschreitungen in einer Position können durch Mengenunterschreitungen in anderen Positionen ausgeglichen sein (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.2.2001 – 21 U 118/00). Im Rahmen des anzuwendenden § 242 BGB ist auch zu berück- sichtigen, wie es zu der Mengenabweichung gekommen ist. Dabei spielt vor allem eine Rolle, wer die dem Pauschalvertrag zugrunde liegende Menge geschätzt hat. Fehlschätzungen des ausschreibenden Bestellers berechtigen eher zu einer Preisanpassung als Fehlschätzungen des Unternehmers (vgl. aber OLG Schleswig, Urt. v. 31.3.2006 – 1 U 162/03; keine Preisanpassung bei einer Volumenänderung von 2 %, die aus dem Risikobereich des Bestellers stammt). Ist eine Mengenreduzierung auf fehlerhafte (unvollständige) Leistung des Unternehmers zurück- zuführen, gelten die dargestellten Grundsätze (BGH, Urt. v. 11.9.2003 – VII ZR 116/02). Die Mengenreduzierung muss derart sein, dass dem Besteller ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. In aller Regel wird allerdings zu berücksichtigen sein, dass dem Besteller wegen der Mengenreduzierung ein Gewährleistungsanspruch zusteht, so dass zu einer Preis- anpassung kein Anlass besteht.

573 Die Klausel in einem auf der Grundlage eines detaillierten Leistungsverzeichnisses mit Men- genangaben geschlossenen Pauschalvertrages, dem die VOB/B zugrunde liegt und nach der Mehr- und Mindermassen von 5 % als vereinbart gelten, regelt das Mengenrisiko. Sie ist dahin zu verstehen, dass bei einer nicht durch Planänderungen bedingten Mengenabweichung in den einzelnen Positionen, die über 5 % hinausgeht, auf Verlangen ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/B gebildet werden muss. Bei der Preisbildung ist das übernommene Mengenrisiko zu berücksichtigen. Der neue Preis darf diese Risikoverteilung nicht verändern (BGH, Urt. v. 11.9.2003 – VII ZR 116/02).

Aus einer schuldhaften Fehlschätzung des Bestellers in der Ausschreibung kann der Unternehmer ebenso wie beim Einheitspreisvertrag im Übrigen einen Schadensersatzanspruch aus § 311a, § 280 BGB herleiten. 574

cc) Externer Kalkulationsirrtum

Ein externer Kalkulationsirrtum kann zu einer Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung bzw. das Fehlen der Geschäftsgrundlage führen. Externe Kalkulationsirrtümer sind vor allem offene Berechnungsfehler bei der Ermittlung der Vergütung. Das kann sowohl die Berechnung des Einheitspreises als auch die Berechnung eines Pauschalpreises betreffen. Allerdings wird die offen gelegte Kalkulation in beiden Fällen selten Geschäftsgrundlage des Vertrages sein. Eine Berechnungsgrundlage bedeutet nicht automatisch Geschäftsgrundlage. Eine Anpassung der Vergütung kommt in Betracht, wenn der andere Teil sich die unrichtige Kalkulation soweit zu Eigen gemacht hat, dass eine Verweigerung der Anpassung gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* verstoßen würde. Das kann z. B. der Fall sein, wenn ein zwischengeschalteter Generalunternehmer nach Wunsch des Bestellers auf der Grundlage des Angebots eines Nachunternehmers (mit einem Aufschlag) ein Pauschalpreisangebot abgibt und sich herausstellt, dass bestimmte Leistungen, die an sich hätten bepreist werden müssen, nicht bepreist sind. Auch kommt eine Anpassung in Betracht, wenn beide Parteien einen bestimmten Berechnungsmaßstab zur Grundlage ihrer Vereinbarung gemacht haben. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn die Parteien die zu erbringenden Leistungen übereinstimmend feststellen und mit einem bestimmten Preis bewerten, der rechnerisch fehlerhaft ermittelt wird. Auch kann eine Anpassung vorzunehmen sein, wenn die andere Seite den Irrtum bemerkt oder treuwidrig ausgenutzt hat (vgl. sogleich unten). Auch in diesen Fällen ist es allerdings nötig, dass das Festhalten an dem Vertrag für die benachteiligte Partei unzumutbar ist. Geringfügige externe Kalkulationsirrtümer sind deshalb regelmäßig nicht über das Fehlen der Geschäftsgrundlage zu korrigieren (zu allem: BGH, Urt. v. 13.7.1995 – VII ZR 142/94). 575

Unterhalb der Grenze der Störung der Geschäftsgrundlage sind Kalkulationsirrtümer der Parteien regelmäßig unbeachtlich. Ein Anfechtungsgrund liegt nicht allein darin, dass in der Kalkulation irrtümlich preisbildende Faktoren nicht oder fehlerhaft berücksichtigt worden sind (BGH, Urt. v. 7.7.1998 – X ZR 17/97). Das gilt auch dann, wenn nach dem Vertrag geschuldete Leistungen irrtümlich bei der Preisbildung nicht berücksichtigt worden sind (BGH, Urt. v. 19.12.1985 – VII ZR 188/84). 576

Auch wenn ein Kalkulationsirrtum nach außen getreten ist und vom Besteller erkannt wurde oder die Kenntnis treuwidrig vereitelt wurde, besteht kein Anfechtungsrecht (BGH, Urt. v. 7.7.1998 – X ZR 17/97). Die Kenntnis allein reicht für ein Anfechtungsrecht nicht aus (OLG Brandenburg, Urt. v. 17.03.2016 – 12 U 76/15; Riehm, JuS 2015, 644). 577

In diesem Fall kommen – neben dem Anspruch auf Anpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage – bei schwerwiegenden Kalkulationsfehlern Schadensersatzansprüche aus schuldhafter Verletzung der Aufklärungspflicht und aus Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Vertragsteils nach § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Das gilt sowohl für den Bereich der öffentlichen Vergabe wie bei privaten Beauftragungen (BGH, Urt. v. 17.5.1965 – VII ZR 66/63; offengelassen von OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.2.2016 – I-21 U 100/15). Dem Unternehmer steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Besteller zu, wenn dieser einen erkannten Irrtum zu Lasten des Unternehmers ausnutzt (BGH, Urt. v. 4.10.1979 – VII ZR 11/79; BGH, Urt. v. 7.7.1998 – X ZR 17/97; OLG Stuttgart, Urt. v. 18.12.1996 – 1 U 118/96 (Verschweigen bevorstehender Deponiegebührenerhöhung bei Auftrag zur Deponieablagerung); OLG Frankfurt, Urt. v. 3.7.1997 – 1 U 157/95, vgl. auch BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14). Der Besteller ist verpflichtet, den Unternehmer auf einen vom ihm erkannten Kalkulationsfehler hinzuweisen. Unterlässt er dies, ist das gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB eine Pflichtverletzung mit der Folge von Schadensersatzansprüchen des Unternehmers gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Der Unternehmer hat dann Anspruch darauf so gestellt zu werden, wie er bei vertragsgerechter Aufklärung stünde. Ob das zu einem angepassten Preis oder zur Vertragsauflösung führt, ist eine Frage des Einzelfalls. Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss besteht nicht nur, wenn der Besteller den Kalkulationsirrtum positiv erkannt hat. Es reicht aus, dass sich der Tatbestand des Kalkulationsirrtums mit seinen unzumutbaren Folgen für den Unternehmer aus dem Angebot des Unternehmers oder aus dem Vergleich zu den weiteren Angeboten oder aus den dem Besteller bekannten sonstigen Umständen geradezu aufdrängt und er gleichwohl den Auftrag erteilt hat (BGH, Urt. v. 7.7.1998 – X ZR 17/97). 578

579 Bei öffentlichen Vergaben nützt die Aufklärung über den Kalkulationsirrtum in Anbetracht des bindenden Angebots nicht weiter. Hier kann die Annahme eines Vertragsangebots und das Bestehen auf Vertragsdurchführung ein treuwidriges Verhalten sein (BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14; Urt. v. 28.4.1983 – VII ZR 259/82; OLG Brandenburg, Urt. v. 17.03.2016 – 12 U 76/15). Die Schwelle zum Pflichtenverstoß bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist dann überschritten, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Bauleistung zu begnügen. Eine solche Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung hat der BGH in einem Fall angenommen, bei dem das Angebot des Bieters mit ca. EUR 455.000 signifikant unter dem Angebot des zweitgünstigsten Bieters mit EUR 621.000 lag. Der Bieter hatte auch noch vor Zuschlag den Kalkulationsirrtum nachvollziehbar angezeigt. Steht der Kalkulationsirrtum im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung außer Streit, muss bei derartigen Fällen der Ausschreibende im Hinblick auf die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des betroffenen Bieters (§ 241 Abs. 2 BGB) von der Zuschlagserteilung absehen. Diese Grenze ist nicht erst erreicht, wenn die wirtschaftliche Existenz des Bieters auf dem Spiel steht. Eine unbillige Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung reicht aus. Diese kann vorliegen, wenn der Positionspreis nur ein Sechstel des üblichen Preises ist und damit der Endpreis des Angebots 27% hinter dem nächsten zurückbleibt, wobei es aber immer auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14). Ein grobes Missverhältnis im Sinn von § 138 BGB muss nicht vorliegen (BGH, Urt. v. 17.5.1965 – VII ZR 66/63). Es kann ausreichen, wenn der angebotenen Einzelpreis von EUR 4.172,00 einem Preis von EUR 79.825 bei zutreffender Kalkulation gegenübersteht, auch wenn die Differenz zum Nächstbietenden nur 7,3% oder EUR 20.804 ist (OLG Brandenburg, Urt. v. 17.03.2016 – 12 U 76/15). 10% Abstand zum Nächstbietenden bei einer Auftragssumme von EUR 92.500 reicht aber wohl aus (OLG Brandenburg, Urteil vom 25.11.2015 – 4 U 7/14).

580 Ob der Ausschreibende im Angebotsverfahren die Preise nicht auf Auskömmlichkeit überprüft hat oder das Angebot hätte mangels Auskömmlichkeit zurückweisen müssen, ist nicht entscheidend. Diese Vorschriften dienen anderen Schutzzwecken. Sie schützen in erster Linie die öffentlichen Auftraggeber und sind kein Instrument dafür, dem einzelnen Bieter die Folgen seines eigenen unauskömmlichen Angebots zu ersparen (BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14; Beschl. v. 31.8.1994 – 2 StR 256/94; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.2.2016 – I-21 U 100/15; OLG Brandenburg, Urt. v. 25.11.2015 – 4 U 7/14).

7. Nachträgliche Verständigung über die Werklohnforderung

581 Die Parteien können sich nach oder während der Durchführung des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen über die zu zahlende Vergütung verständigen. Vereinbaren die Parteien eine abweichende Vergütung, liegt eine Abänderungsvereinbarung vor. Deren Inhalt und Rechtsfolgen richtet sich nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Anlass für eine abweichende Vergütung wird vielfach ein geänderter Leistungsumfang sein. Ändert sich nachträglich die Auffassung einer Partei zur Berechtigung der Vertragspreisänderung, stellt sich die Frage der Verbindlichkeit der Absprache. Vergleiche und kausale Schuldanerkenntnisse sind kausale Feststellungsverträge, die bei einem Grundlagenirrtum unwirksam sein können. Abstrakte Schuldanerkenntnisse können ggf. kondiziert werden.

a) Vergleich

582 Erfolgt die Einigung zur Beilegung eines Streits durch einen Vergleich, ist § 779 BGB anwendbar. Nach § 779 BGB ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege des gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich) unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

aa) Irrtum über Vergleichsgrundlage

583 § 779 BGB birgt für die Parteien eine gewisse Ungewissheit. Denn die Regelung eröffnet es einer Partei, die Unwirksamkeit des Vergleichs geltend zu machen, wenn der dem Vergleich als (unstreitig) feststehend zugrundegelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht. Welcher Sachverhalt dem Vergleich als unstreitig zugrunde gelegt wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Relevant ist immer nur der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht, nicht die rechtliche Wür-

digung der Parteien. Irren sich diese über die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts, führt nachträgliche bessere Erkenntnis nicht zur Unwirksamkeit des Vergleichs. Ein allein relevanter Sachverhaltsirrtum liegt vor, wenn einzelne tatsächliche Voraussetzungen eines Anspruchs fehlerhaft zugrunde gelegt werden. Das ist z. B. der Fall, wenn die Parteien davon ausgehen, dass ein bestimmter vertragsstrafenbewehrter Fertigstellungstermin tatsächlich vereinbart und nicht eingehalten worden ist. Einigen sich die Parteien auf dieser Grundlage über die Höhe der Vertragsstrafe, kann die Einigung gemäß § 779 BGB unwirksam sein (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2006 – VII ZR 275/05). Allerdings wird dieser Fall eher selten sein, weil zumeist erst der Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen zu einem Vergleich führt.

Problematisch kann deshalb auch eine Einigung über eine Mehrvergütung für Nachträge bei nur streitiger Höhe sein, wenn der Besteller nachträglich zu Erkenntnis gelangt, dass der Nachtrag bereits dem Grunde nach unberechtigt ist. Ein beiderseitiger Irrtum über die Berechtigung eines Nachtrages dem Grunde nach muss die Bindungswirkung einer Nachtragsvergleichs nicht notwendig entfallen, da der Irrtum über die grundsätzliche Berechtigung des Nachtrages auch ein bloßer Rechtsirrtum sein kann, der nicht zur Unwirksamkeit des Vergleiches führt (BGH, Urt. v. 7.6.1961 – VIII ZR 69/60 m. w. N.) Allerdings liegt nach der neueren Rechtsprechung zumindest dann kein reiner Rechtsirrtum mehr vor, sondern ein Tatsachenirrtum i. S. d. § 779 BGB, wenn es um die Auslegung eines Vertrages geht und dieser eine umfassende Wertung erfordert, bei der tatsächliche Umstände von entscheidender Bedeutung sein können (BGH, Urt. v. 6.11.2003 – III ZR 376/02; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.6.2003 – VIII ZR 335/02; KG, Beschl. v. 29.3.2003 – 24 W 242/02). Entdeckt z. B. der zwischenzeitlich eingeschaltete Anti-Claim-Manager des Bestellers nachträglich die Vertragspassagen, die die Nachtragsleistung als Vertragsleistung ausweisen, kann die die Wirksamkeit des Vergleichs entfallen (näher v. Rintelen, FS Kapellmann, S. 373, 379, m. w. N.). Vgl. zu sog. Doppelbeauftragung näher → § 650b BGB Rdn. 318 ff.

Soll der Vergleich allerdings gerade bestimmte tatsächliche Voraussetzungen dem Streit entziehen, ist § 779 BGB nicht anwendbar, wenn die Parteien übereinstimmend falsche Vorstellungen dazu entwickeln. Dann ist es nicht nur bloße Vergleichsgrundlage, sondern unmittelbarer Vergleichsgegenstand; was Gegenstand des Vergleichs ist, kann nicht zu dessen Unwirksamkeit führen (BGH, Urt. v. 21.12.2006 – VII ZR 275/05). Bei einer beabsichtigten Generalvereinbarung werden vielfach alle in den Vergleich einfließenden Positionen Vergleichsgegenstand sein, auch soweit über einzelne Positionen oder einzelne Elemente einer Position zwischen den Parteien kein Streit bestand. Der Vergleich wird dann durch einen tatsächlichen Irrtum über die unstreitigen Positionen nicht berührt.

Vielfach wird deshalb eine Vereinbarung über die Höhe einer Vertragspreisanpassung auch bei einem die Höhe betreffenden Irrtum bindend bleibend bleiben, weil die Vereinbarung ja gerade der verbindlichen Klärung der Vergütungshöhe diene (vgl. dazu Althaus/Heindl-Althaus/Bartsch/Usselman Teil 4, Rdn. 251 f.). Das gilt z. B. auch, wenn die Parteien erst nach Durchführung der Leistungen einen Pauschalpreis vereinbaren (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.8.2014 – 22 U 7/14).

bb) Verbindlichkeit bloßer Teileinigungen

Streitig bei der Geltendmachung einer vergleichsweisen Einigung ist häufiger, ob eine gefundene Übereinstimmung bereits ein verbindlicher (Vergleichs)Vertrag ist. Eine Teileinigung ist im Zweifel noch nicht verbindlich, da § 154 BGB eindeutig bestimmt: „Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.“ Das Gesetz schützt damit bewusst die negative Vertragsfreiheit gegenüber einer frühzeitigen Teilverbindlichkeit. Eine unverbindliche Übereinstimmung begründet keinen Kontrahierungszwang, sondern ggf. Verhandlungspflichten (näher Martinek, AcP 1998, 329 ff.).

b) Schuldanerkenntnisse in Bausachen

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen rechtsgeschäftlichen Anerkenntnissen und Anerkenntnissen mit rein tatsächlicher Wirkung. Zu den rechtsgeschäftlichen Anerkenntnissen gehören das abstrakte (konstitutive) und das kausale (auch deklaratorische) Anerkenntnis. Zu den Anerkenntnissen mit tatsächlicher Wirkung gehört das sogenannte beweis erleichternde

Anerkenntnis. Auch wenn letztere Anerkenntnisse in der Praxis überwiegen dürften, sollen zunächst die rechtsgeschäftlichen Schuldanerkenntnisse erörtert werden.

aa) Das abstrakte Schuldanerkenntnis

589 Nur das in der Praxis sehr seltene abstrakte Schuldanerkenntnis ist im Gesetz in § 781 BGB geregelt. Es führt zu einer Abstrahierung des anerkannten Forderungsbetrages durch Schaffung einer neuen abstrakten Forderung mit eigenem Schuldgrund. Es erlangt vor allem Bedeutung bei der Abgrenzung zu einem kausalen Schuldanerkenntnis. Folge des abstrakten Schuldanerkenntnisses ist, dass der Gläubiger allein aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis vorgehen kann; die wirtschaftlich zugrunde liegende anerkannte Schuld spielt für die Begründung des Zahlungsanspruchs keine Rolle mehr.

590 Wegen dieser Abstrahierung wird ein abstraktes Schuldanerkenntnis als riskant empfunden; auch die Gerichte legen sich Zurückhaltung auf, eine die Schuld bestätigende Erklärung des Schuldners als abstraktes Schuldanerkenntnis auszulegen (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1985 – IVa ZR 103/84).

591 Eine Novation durch abstraktes Schuldanerkenntnis überschreitet in aller Regel die Vorstellungskraft juristischer Laien und wird in der Praxis die Ausnahme bleiben. Nur bedingt richtig ist allerdings die Einschätzung, das abstrakte Schuldanerkenntnis sei besonders gefährlich (zutreffend Ehmann, WM 2007, 329, 332 f.). Zwar ist mit der Abstrahierung der Ausschluss von Einwendungen gegen die alte Forderung gegenüber der neu begründeten Schuld verbunden. Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Kondition des gesamten abstrakten Schuldanerkenntnisses mit der Begründung, die dem Anerkenntnis zugrunde liegende Schuld bestehe in Wahrheit nicht. Auf dieser Grundlage erweist sich das abstrakte Schuldanerkenntnis hinsichtlich der ihr zugrunde liegenden Schuld nicht als einwendungsfest. Denn der Schuldner kann den Anspruch aus dem Anerkenntnis mit der Behauptung zu Fall bringen, die zugrunde liegende Schuld bestehe nicht, das Anerkenntnis sei ohne Rechtsgrund abgegeben, es könne kondiziert werden. Allerdings trägt der Schuldner nach allgemeinen Regeln die Beweislast. Das abstrakte Schuldanerkenntnis bindet mithin im Ergebnis nur vorläufig und bewirkt letztlich nur eine Umkehr der Beweislast.

bb) Das kausale Schuldanerkenntnis

592 Das in der Praxis viel verbreiterte kausale Schuldanerkenntnis ist im Gesetz nicht geregelt. Es ist aus den Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts entwickelt (vgl. BGH, Urt. v. 24.3.1976 – IV ZR 222/74 m. w. N.; eingehend Marburger, Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag, 1971; Staudinger/Marburger BGB (2015), § 781 Rdn. 8 m. w. N.; kritisch Leitmeier NZBau 2013, 681). Darunter versteht man einen Vertrag, der im Unterschied zum abstrakten Schuldanerkenntnis den in Frage stehenden Anspruch nicht auf eine neue Anspruchsgrundlage hebt, sondern ihn dadurch verstärkt, dass er ihn Einwänden des Anspruchsgegners entzieht. Ausgeschlossen werden durch ein kausales Schuldanerkenntnis Einwendungen und Einreden, die bei Abgabe der Erklärung bestanden und dem Anspruchsgegner bekannt waren oder mit denen er zumindest rechnete. Zweck eines solchen Vertrages ist es, das Schuldverhältnis insgesamt oder zumindest in bestimmten Beziehungen dem Streit oder der Ungewissheit zu entziehen und es (insoweit) endgültig festzulegen (vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1984 – VI ZR 64/82; Urt. v. 14.7.1981 – VI ZR 304/79; Urt. v. 10.10.1977 – VIII ZR 76/76; Urt. v. 24.3.1976 – IV ZR 222/74; Urt. v. 13.3.1974 – VII ZR 65/72).

593 Damit erweist sich das kausale Schuldanerkenntnis als wirklich riskant für einen Schuldner. Im Umfang der erzielten Einigung führt das Anerkenntnis zu einem endgültigen Ausschluss der Einwendungen gegen eine Forderung. Das wird als Einrede- oder Einwendungsverzicht bezeichnet; dieser Verzicht ist richtigerweise Folge des kausalen Schuldanerkenntnis – parallel zum Vergleich als kausaler Schuldfeststellungsvertrag (dazu näher Ehmann, Schuldanerkenntnis und Vergleich, 2005, 186 ff.). Rechtliche Konsequenz ist jedenfalls, dass diese Erklärung kann nicht mit der Begründung kondiziert werden, die ausgeschlossene Einwendung bestehe in Wahrheit doch.

594 Die weitreichenden Rechtsfolgen zu Lasten des Anerkennenden sind für den Bundesgerichtshof immer wieder Anlass gewesen, auf die hohen Anforderungen für die Annahme eines kausalen Schuldanerkenntnisses hinzuweisen. Der erklärte Wille der Beteiligten muss die mit einem kausalen Schuldanerkenntnis verbundenen Rechtsfolgen auch tragen. Ihr damaliger tatsächlicher Wille zur Schuldfeststellung ist maßgebend, nicht das nachträgliche Interesse einer Partei oder eines Gerichts, einen Sachverhalt nicht mehr aufzuklären. Da die Parteien