

Patrick Noltensmeier

Spekulationspreise im Bauvertrag

Eine kritische Auseinandersetzung mit der Dogmatik der
BGH-Rechtsprechung vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06



Nomos

Schriften zum Baurecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Universität Leipzig

Prof. Dr. Wolfgang Durner, Universität Bonn

Prof. Dr. Annette Guckelberger, Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Martin Kment, Universität Augsburg

Prof. Dr. Thomas Mann,

Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Gerd Motzke, Universität Augsburg

Prof. Dr. Stefan Muckel, Universität zu Köln

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff,

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

Prof. Dr. Dr. h.c. (NUM) Jan Ziekow, Deutsches

Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer

Band 24

Patrick Noltensmeier

Spekulationspreise im Bauvertrag

Eine kritische Auseinandersetzung mit der Dogmatik der
BGH-Rechtsprechung vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06



Nomos



Die Veröffentlichung dieser Arbeit wurde durch die
Leinemann-Stiftung für Bildung und Kunst gefördert.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6796-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0900-2 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für Johanna
und meine Eltern*

Vorwort

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld hat diese Arbeit im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Die Arbeit berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis zum Zeitpunkt der Abgabe Ende Juli 2019. *Prof. Dr. Florian Jacoby* hat das Erstgutachten und *Prof. Dr. Frank Weiler* das Zweitgutachten erstellt.

Besonders danken möchte ich meinem Doktorvater *Prof. Dr. Florian Jacoby* für die Betreuung während des gesamten Entstehungsprozesses dieser Arbeit. Er hat mich nicht nur auf das Thema aufmerksam gemacht, sondern seine Tür stand stets für Gespräche und Diskussionen offen. In der Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, in der diese Arbeit entstanden ist, konnte ich mich in fachlicher und persönlicher Hinsicht weiterentwickeln. Hierzu haben alle Kollegen, mit denen ich in dieser Zeit zusammenarbeiten durfte, beigetragen. Ihnen allen gebührt mein Dank. Besondere Erwähnung sollen an dieser Stelle *Jendrik Freudenberg* für seine stetige Bereitschaft zu spontanen Diskussionen sowie *Sarah Szyskowski* und *Jonas Wagoner* für die kritische Durchsicht des Manuskripts finden.

Ich danke *Prof. Dr. Frank Weiler* für die sehr zügige Anfertigung des Zweitgutachtens und *Prof. Dr. Markus Artz*, dass er den Vorsitz in der Disputation übernommen hat.

Zu großem Dank bin ich der Leinemann-Stiftung für Bildung und Kunst verpflichtet, die mit ihrem großzügigen Druckkostenzuschuss die Veröffentlichung dieser Arbeit ermöglicht hat.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern *Jörg Noltensmeier* und *Cordula Noltensmeier*, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich immer bedingungslos unterstützt haben. Weiter möchte ich meinem Bruder *Dominik Noltensmeier* dafür danken, dass er stets für mich da ist, wenn ich seine Hilfe brauche. Schließlich gebührt mein herzlicher Dank meiner Freundin *Johanna Meyer*, die mich auf meinem gesamten akademischen Werdegang begleitet und besonders in schwierigen Phasen unterstützt hat. Auch ihr sei diese Arbeit gewidmet.

Bielefeld, im April 2020

Patrick Noltensmeier

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung und Untersuchungsgegenstand	17
A. Einführung	17
B. Preisfortschreibung in Einheitspreisverträgen	20
I. Nachtragsvergütung im VOB-Einheitspreisvertrag	20
1. Vergütung beachtlicher Mehrmengen, § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B	21
2. Vergütung geänderter Leistungen, § 2 Abs. 5 VOB/B	22
3. Vergütung zusätzlicher Leistungen, § 2 Abs. 6 VOB/B	24
4. Zunehmende Kritik an vorkalkulatorischer Preisfortschreibung	25
a) Alternativen zur vorkalkulatorischen Preisfortschreibung	26
b) KG-Urteil vom 10.07.2018	29
c) Zwischenergebnis	34
II. Nachtragsvergütung im BGB-Bauvertrag	34
III. Auswirkungen von § 650c BGB auf § 2 VOB/B	39
IV. Zusammenfassung	45
C. Spekulationspreise im Bau- und Vergaberecht	46
I. Spekulationsbegriff	46
II. Spekulationen innerhalb des Bau- und Vergaberechts	47
1. Allgemeines	48
2. Entstehung von Spekulationsangeboten	50
3. Risiken spekulativer Angebotsgestaltungen	51
4. Möglichkeiten zur Verhinderung von Spekulationsangeboten	53
III. Mischkalkulation	55
1. Wirtschaftswissenschaftlicher Begriff	56
2. Mischkalkulationen im Vergabe- und Bauvertragsrecht	56
3. Vergaberechtliche Behandlung von Mischkalkulationen	58
4. Mischkalkulationen und Spekulationspreise	59
IV. Zwischenergebnis	63

Inhaltsverzeichnis

§ 2	Behandlung von Spekulationsangeboten	65
A.	Vergaberechtliche Behandlung spekulativer Preisgestaltungen	65
	I. Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit	65
	II. Ausschluss wegen unangemessener Preise	69
	III. Ausschluss wegen fehlender Wirtschaftlichkeit	70
	IV. Stellungnahme	72
B.	Bauvertragsrechtliche Behandlung spekulativer Einheitspreise	74
	I. Sachverhalt der ersten Entscheidung vom 18.12.2008	74
	II. Sittenwidrigkeitsprüfung einzelner Einheitspreise	75
	III. Berücksichtigung des Gesamtpreises	76
	IV. Treuwidrige Geltendmachung trotz widerlegter Vermutung	77
§ 3	Bewertung der bauvertragsrechtlichen Rechtsprechung	79
A.	Isolierte Einheitspreiskontrolle	79
	I. Überprüfung des Einheitspreises der Basisposition	80
	II. Beschränkung auf Einheitspreise für Mehrmengen & Nachträge	82
	III. Zusammenfassung	88
B.	Objektiver Tatbestand: Wucherähnliches Missverhältnis	89
	I. Das wucherähnliche Rechtsgeschäft im Zivilrecht	90
	II. Der wucherähnliche Einheitspreis	92
	1. Prüfungsmaßstab	92
	2. Zweistufige Prüfung	95
	a) Erste Stufe: Isolierte Prüfung des Einheitspreises	96
	aa) Der Marktpreis als Vergleichsmaßstab	97
	(1) Anknüpfung an Rechtsprechung zu anderen Vertragstypen	97
	(2) Fehlende Berücksichtigung bauvertraglicher Besonderheiten	97
	bb) Notwendigkeit einer Richtwertbestimmung	99
	(1) Argumente für die Bestimmung von Grenzwerten	101
	(a) Notwendigkeit von Grenzwerten	101
	(b) Höhe der Grenzwerte	102
	(2) Argumente gegen die Festlegung von Grenzwerten	104

b)	Zweite Stufe: Berücksichtigung des Gesamtpreises	106
aa)	Notwendigkeit	107
bb)	Inhaltliche Ausgestaltung	108
(1)	Absoluter Betrag	108
(a)	Begriff und Berechnung	108
(b)	Kritische Betrachtung	109
(2)	Relative Überschreitung	110
(a)	Berechnung	110
(b)	Uneinheitliche Vergleichsmaßstäbe	111
(c)	Berücksichtigung fehlgeschlagener Spekulationen	112
(d)	Unterstellung des üblichen Einheitspreises	114
(3)	Je-Desto-Verhältnis	114
c)	Anwendung auf die Sachverhalte des BGH	116
aa)	Urteile aus dem März 2013	117
bb)	Urteil vom 18.12.2008	118
(1)	Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung der Positionen	118
(2)	Absolute Beträge und relative Überschreitungen	119
(a)	Absoluter Betrag	120
(b)	Relative Überschreitung	120
d)	Zwischenergebnis	122
III.	Stellungnahme und Schlussfolgerungen zum objektiven Tatbestand	123
IV.	Zusammenfassung zum objektiven Tatbestand	124
C.	Subjektiver Tatbestand: Vermutung verwerflichen Gewinnstrebens	126
I.	Begründung der Vermutung durch den BGH	128
1.	Vermutung aufgrund des wucherähnlichen Missverhältnisses	129
2.	Vermutung aufgrund der Besonderheiten des Bauvertrags	132
a)	Bauvertragsuntypische Spekulation	133
b)	Von Treu und Glauben geprägter Leistungsaustausch	134
3.	Schlussfolgerung zur Vermutungsbegründung	136
II.	Schwerwiegende Verletzung von Aufklärungspflichten	137
1.	Maßgeblicher Zeitpunkt	139

Inhaltsverzeichnis

2. Hinweispflichten aus dem Bauvertrag	141
3. Hinweispflichten im Vergabeverfahren	143
a) Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB	143
b) Hinweispflicht bei Unklarheiten im Leistungsverzeichnis	144
aa) Reichweite der Prüf- und Hinweispflicht	146
bb) Verwerfliches Gewinnstreben bei fahrlässiger Unkenntnis	148
cc) Einordnung als Obliegenheit	149
(1) Fehlende Klagbarkeit	150
(2) Rechtsfolge unterlassener Aufklärung	150
(3) Interessengemäßheit	151
(4) Schlussfolgerung	152
dd) Unklarheit der Leistungsbeschreibung bei fehlerhaften Vordersätzen	152
ee) Stellungnahme	154
4. Allgemeine Aufklärungspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB	155
a) Informationsgefälle	155
aa) BGH: Regelmäßiger Informationsvorsprung	158
(1) Begründung des Erfahrungssatzes	158
(2) Notwendige Betrachtung ex ante	159
(3) Fehlende positive Kenntnis wegen freier Kündigung	160
(a) Berücksichtigung von Mehrmengen	162
(b) Berücksichtigung geänderter und zusätzlicher Leistungen	166
(aa) Im Kündigungszeitpunkt angeordnete Leistungen	166
(bb) Im Kündigungszeitpunkt noch nicht angeordnete Leistungen	167
(c) Auswirkungen auf spekulative Angebotsgestaltungen	171
bb) Ermittlung positiver Kenntnis nach allgemeinen Regeln	172
(1) Erfahrung des Auftragnehmers	173
(2) Besondere Sachkunde des Auftragnehmers	173
(3) Besondere Ortskenntnis	174
cc) Zwischenergebnis	175
b) Erkennbarkeit des Informationsgefälles	176
c) Entscheidungserheblichkeit der Information	177

d) Schutzwürdigkeit des Informationsinteresses	177
e) Interessenabwägung	178
aa) Der Topos vom besonderen Vertrauensverhältnis	179
bb) Mitverursachungsbeiträge des Auftraggebers	180
(1) Berücksichtigungsfähigkeit von Mitverschuldensanteilen	181
(2) Konzept zur Berücksichtigung des Mitverschuldens	183
f) Bewertung	185
5. Zusammenfassung zur schwerwiegenden Aufklärungspflichtverletzung	186
III. Argumente gegen die verwerfliche Gesinnung	187
1. Argumente zum Bestreiten der Aufklärungspflichtverletzung	188
a) Mitverschulden des Auftraggebers	189
b) Spekulationsgewinne des Auftraggebers	191
c) Kein Anlass zur Spekulation	192
d) „Glücklicher Zufall“ für den Auftragnehmer	193
2. Argumente zur Widerlegung der Vermutung	193
a) Angaben zur Preisbildung	194
b) Angstzuschlag	196
c) Kalkulationsfreiheit	196
d) Ausgewogenheit des Gesamtpreises	197
e) Kollusives Verhalten des Auftragnehmers	198
f) Üblichkeit spekulativer Preisgestaltungen	198
g) Gewinnerzielung erst durch Spekulationsrealisierung	199
h) Fehler des Kalkulators bei der Angebotserstellung	199
3. Zusammenfassung	200
IV. Aufklärungspflichten in den konkreten Fällen des BGH	201
1. BGHZ 179, 213	201
2. BGHZ 196, 299	203
3. BGHZ 196, 355	203
a) Position 130	204
b) Position 200	204
4. Schlussfolgerung	205
V. Zusammenfassung zum subjektiven Tatbestand	206

Inhaltsverzeichnis

D. Rechtsfolge: Nichtigkeit des fortgeschriebenen Einheitspreises	207
I. Aufrechterhaltung des restlichen Vertrags	208
1. Ausgeglichene oder auskömmliche Kalkulation	211
2. Verlustkalkulation	212
3. Der Gesamtnichtigkeit widersprechende Umstände	213
II. Höhe der Vergütung	216
1. Höchster gerade noch zulässiger Einheitspreis	217
2. Tatsächliche Kosten samt angemessenen Zuschlägen	218
a) Abgrenzung nach Freiwilligkeit der Leistungserbringung	222
b) Vereinfachte Abrechenbarkeit tatsächlicher Kosten	223
c) Verhinderung von Spekulationen durch § 650c Abs. 1 BGB	224
d) Stellungnahme	226
3. Übliche Vergütung, § 632 Abs. 2 BGB	226
III. Bewertung	227
1. Teilnichtigkeit nur des sittenwidrigen Einheitspreises	228
2. Vergütungsfolgen	229
E. Treuwidrige Geltendmachung des objektiv sittenwidrigen Einheitspreises	230
I. Kalkulationsirrtum bei der Preisbildung	231
II. Anderweitige Widerlegung des verwerflichen Gewinnstrebens	233
1. Verhältnis von § 138 BGB und § 242 BGB	234
2. Versagung der Geltendmachung und Vertragstreue	235
III. Zusammenfassung	237
F. Fazit zur Sittenwidrigkeitsprüfung einzelner Einheitspreise	238
§ 4 Alternative Lösungsvorschläge	242
A. Kapellmann: Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	242
I. Inhalt	242
II. Kritik	244
1. Anwendbarkeit von § 313 BGB neben § 2 VOB/B	245
2. Gemeinschaftliche Geschäftsgrundlage bei Spekulationen	247
III. Zusammenfassung	249
B. Fuchs: Vergütungsbeschränkung nach § 242 BGB	250

§ 5 Eigener Lösungsvorschlag	253
A. Präventiver Ansatz	253
B. Vorvertraglicher Schadensersatz	259
I. Pflichtverletzung	260
1. Informationsgefälle	261
2. Erkennbarkeit des Informationsgefälles	264
3. Entscheidungserheblichkeit der Information	265
4. Schutzwürdigkeit des Informationsinteresses	266
5. Interessenabwägung	266
a) Ausnahmecharakter der Aufklärungspflicht	267
b) Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung	270
c) Zwischenergebnis	271
6. Fazit zur Pflichtverletzung	272
II. Vertretenmüssen	273
III. Ersatzfähiger Schaden	274
1. Rechtmäßiges Alternativverhalten für Ausgangsmengen	275
2. Vorteilsausgleichung bei teilweise fehlgeschlagener Spekulation	277
3. Zusammenfassung	281
IV. Rechtsfolge: Schadensersatz	281
1. Anspruchsinhalt	281
a) Rechtsprechung: Wahlrecht	282
aa) Inhalt des Wahlrechts	282
bb) Kritik	285
(1) Kritik am Wahlrecht	285
(2) Kritik am Anknüpfungspunkt	286
(3) Kritik an aufgestellter Kausalitätsvermutung	286
b) Literatur: Vertragsaufhebung gem. § 249 Abs. 1 BGB	289
c) Zwischenergebnis	292
2. Berechnung der Anspruchshöhe	292
a) Minderung analog § 441 Abs. 3 BGB	292
b) Differenz von gedachtem und objektivem Wert	294
c) Differenz von überhöhtem Preis und tatsächlichen Kosten	295
d) Differenz von überhöhtem und marktüblichem Preis	296
e) Differenz zu günstigerem Vertragsschluss	298

Inhaltsverzeichnis

f) Zwischenergebnis	299
3. Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens des Auftraggebers	299
a) Fehlerhafte Ausschreibung	300
b) Unzureichende Angebotsprüfung	303
c) Mitverschuldensquoten	306
V. Verhältnis zu § 826 BGB	307
VI. (Prozessuale) Geltendmachung	308
VII. Bewertung	309
C. Zusammenfassung	314
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	316
Literaturverzeichnis	323