
Datum: 16.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 98/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0316.12U98.11.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 1 O 452 /08

Tenor:

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das am 17.05.2011 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 43.441,05 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 20.294,47 € für die Zeit vom 09.06.2007 bis zum 16.05.2008 sowie aus 43.441,05 € für die Zeit ab dem 17.05.2008 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 1.286,20 € zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den in 1. Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreites tragen die Klägerin 90 % und die Beklagte 10 %. Die erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Streithelferin tragen die Klägerin zu 90 % und die Streithelferin selbst zu 10 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 95 % und die Beklagte zu 5 %. Die zweitinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Streithelferin tragen die Klägerin zu 95 % und die Streithelferin selbst zu 5 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die Vollstreckung durch die Beklagte und ihre Streithelferin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte und ihre Streithelferin zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert der Berufung wird auf 386.140,51 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin auf der Grundlage des Angebots vom 19.09.2005 (K1) mit Schreiben vom 27.10.2005 (K 3) mit der Ausführung von Trockenbauarbeiten im Rahmen der Modernisierung und Erweiterung des Berufsbildungszentrums der Handwerkskammer in B. Diese Leistung hatte die Beklagte im Wege des offenen Verfahrens gem. § 3 Nr. 1 a) VOB/A ausgeschrieben (Anlagen B 1 und 2), wobei das zugrunde liegende Einheitspreis-Leistungsverzeichnis von der Streithelferin verfasst worden war.

In Pos. 130 des Leistungsverzeichnisses hatte die Beklagte die Herstellung von 16 Stück T-Verbindungen für Trockenbauwände ausgeschrieben. Der Angebotspreis der Klägerin für diese Position belief sich auf 975,35 €, während sich der durchschnittliche Ansatz der Konkurrenten hierfür auf lediglich 9,37 € belief.

Ferner war das Detail Sanitärzelle Einzelzimmer (K 19) Gegenstand der Ausschreibungsunterlagen. In diesem war eine Rohrleitung der Dachentwässerung im Hohlraum zwischen der Betonwand und der herzustellenden Trockenbauwand unberücksichtigt geblieben. Wegen dieser Leitung konnten die Trockenbauwände nicht entsprechend der Anlage K 19 hergestellt werden. Deshalb wurde unter Beteiligung der Streithelferin, der Beklagten und der Fa. S in Abstimmung mit dem Brandschutzbeauftragten ein Lösungsvorschlag erarbeitet. Das Ergebnis waren zwei neue Detailpläne Trockenbau und Installation für die Einzelzimmer sowie die Doppelzimmer, in denen T-Verbindungen vorgesehen waren. Diese Pläne hatte die Streithelferin der Klägerin mit der als Anlage K 18 vorgelegten Email vom 19.05.2006 zur Verfügung gestellt, nachdem sie ausweislich des als Anlage K 11 vorgelegten Auszugs aus dem Bautagebuch zwei Tage zuvor vor Ort auf der Baustelle eine entsprechende Ausführung festgelegt hatte. Mit dem als Anlage K 32 vorgelegten Schreiben vom selben Tag bestätigte die Klägerin der Beklagten die Ausführung der Patientenzimmer nach Maßgabe dieser Pläne. In der Folge stellte die Klägerin die Trockenbauwände nach Maßgabe der Anlage K18 her. Insgesamt kamen so 261 T-Verbindungen zur Ausführung.

Mit der Ergänzungsvereinbarung vom 20.12.2006 (K5) vereinbarten die Parteien im Hinblick auf die zum 01.01.2007 wirksam werdende Erhöhung der Umsatzsteuer von 16 % auf 19 % die Fertigstellung, Abnahme und Schlussabrechnung eines Teils der vertraglich geschuldeten Leistungen bis zum 29.12.2006. Entsprechend dieser Vereinbarung stellte die Klägerin die vertraglich vereinbarten Leistungen fertig, die von der Beklagten sukzessive abgenommen worden.

Mit den Schlussrechnungen vom 14.03.2007 und 12.02.2008 (K 9 + 10) rechnete die Klägerin die erbrachten Leistungsteile mit den jeweils einschlägigen Umsatz-steuersätzen ab, wobei sie in der Rechnung vom 14.03.2007 für die hergestellten T-Verbindungen in Pos. 130 der Teilschlussrechnung Nr. ##### vom 14.03.2007 (K9) den sich aus dem Ursprungsleistungsverzeichnis ergebenden Einheitspreis von EUR 975,35/St. ansetzte. Diesen Ansatz strich die Beklagte im Rahmen ihrer Rechnungsprüfung vollständig. Sie hat die Erbringung dieser Leistung bestritten und den vereinbarten Einheitspreis als sittenwidrig überhöht beanstandet.

Weiterer Streitpunkt ist die Position 1.1.200. Für die unter dieser Position angebotene "Zulage für Verstärkungen in vorgeschriebenen Montagewänden und Vorsatzschalen bzw. Auswechslung der Stahlblechprofile für einseitig wandhängende Lasten, zum Beispiel Stütz- und Haltegriffe im Behinderten-Bad" war eine Stückzahl von 9 vorgegeben und von der Klägerin ein Einzelpreis von 308,00 € (Durchschnittspreis der übrigen Anbieter: 18,52 €) angeboten worden. Im Rahmen einer Baubesprechung vom 10.01.2006 ordnete die Streithelferin an, die Ständerelemente neben dem WC-Gestell als "verstärkte Ständer" auszuführen. Die Abrechnung sollte ausweislich Blatt 368 d.A. "über die entsprechende LV-Position" erfolgen. Tatsächlich erfolgte in der Teil-Schlussrechnung vom 14.03.2007 eine Abrechnung von insgesamt 191 Stück mit dem Einheitspreis der Position 1.1.200. Die Beklagte billigte im Rahmen ihrer Rechnungsprüfung zwar die Stückzahl, akzeptierte jedoch nur einen Einheitspreis von 5,14 € entsprechend der Position 1.1.190 des LV (Zulageverstärkung der Eckverbindungsprofile 100/50).

Eine Vielzahl weiterer kleinerer Positionen, die in der Schlussrechnung vom 12.02.2008 abgerechnet worden sind, sind zweitinstanzlich nicht mehr im Streit. Auf die insoweit vom Landgericht als berechtigt angesehene Forderung in Höhe von 23.146,58 € (Seite 33 des Urteils) erstreckt sich die Berufung der Beklagten nicht.

Nach Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten hat das Landgericht der Klage hinsichtlich eines Teilbetrages von 172.007,56 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 148.860,98 € für die Zeit vom 9.6.2007 bis zum 16.05.2008 und aus 172.007,56 € für die Zeit ab dem 17.05.2008 sowie wegen vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 2.280,70 € stattgegeben, wobei es die in Pos. 130 abgerechnete Vergütung für die Herstellung der zusätzlichen T-Verbindungen mit Rücksicht auf ein als sittenwidrig gewertetes Verhalten der Klägerin auf das marktübliche Niveau herabgesetzt hat. Zwar sei die durch das Gutachten festgestellte Überschreitung des vereinbarten Einheitspreises um den Faktor 23,3 über dem Marktpreis nicht allein für die Annahme der Sittenwidrigkeit ausreichend. Allerdings habe die Klägerin die Beklagte, die dies offenbar nicht erkannt habe, pflichtwidrig über die mit der Planänderung verbundene Preisänderung im Unklaren gelassen. Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Kürzung der Position 130. Ihrem Berufungsantrag liegt folgende Berechnung zu Grunde:

Pos.	Leistung	Menge		
Einheitspreis	Gesamtpreis			
01.01.0130	T-Verbindung	17,6 Stk.	975,35	
EUR/Stk.	17.166,16			

01.01.01 30 (> 110%)	T-Verbindung	243,4 Stk.	879,44	
EUR/Stk.	214.055,70			
Zwischensumme				15
	231.221,86			
LG Arnsberg				16
	25.849,05			
Summe				17
	205.372,81			
0,4 % Umlage für Baustrom und Bauwasser				18
	821,49			
Zwischensumme				19
	204.551,31			
16 % Umsatzsteuer				20
	32.728,21			
Summe				21
	237.279,53			

Sie meint weiterhin, dass sie für die Herstellung der T-Verbindungen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung entsprechend dem Preisansatz unter Pos. 130 des Leistungsverzeichnisses habe, wobei lediglich für die über 110% der ausgeschriebenen Menge hinausgehende Menge eine Anpassung gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B erfolgen müsse. 22

Sie wehrt sich gegen den Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens unter Hinweis darauf, dass die spätere Mengenmehrung für sie bei der Angebotsabgabe nicht erkennbar gewesen sei, so dass ihr nicht vorgeworfen werden könne, in zu missbilligender Weise einen Informationsvorsprung ausgenutzt zu haben. Der im Vergleich zu den Konkurrenzangeboten sehr hohe Angebotspreis beruhe auf einem Kalkulationsfehler ihres Kalkulators, der sich bei der Eingabe eines Multiplikators für Erschwernisse in einer Excel-Tabelle um eine Dezimalstelle vertan habe. Da diese Kalkulation nicht Vertragsbestandteil geworden sei, sei dieser Fehler bei der Abrechnung nicht zu korrigieren. Die Annahme, dass die Beklagte hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen der Planänderung beratungsbedürftig gewesen sei, sei verfehlt. Das Gegenteil ergebe sich aus dem als Anlage K 12 vorgelegten Auszug aus dem Bautagebuch vom 17.05.2006, in dem die Anordnung der Montage der T-Anschlüsse bestätigt und diese mit dem Zusatz: „Hieraus entstehen keine Mehrkosten“ versehen worden sei. Ersichtlich habe man sich danach über die Kosten Gedanken gemacht. Dies ergebe sich auch aus dem als Anlage B 70 vorgelegten Vermerk des Herrn V vom 24.07.2008, in dem dieser explizit darauf hingewiesen habe, dass er mit dem vorbezeichneten Zusatz „sicherstellen [wollte], dass gegenüber der planerischen Vorgabe keine Mehrkosten entstehen“. Dies mache nur dann Sinn, wenn mit Mehrkosten gerechnet worden sei. 23

Sie selbst habe mit der als Anlage K 18 vorgelegten Email vom 19.05.2006 und mit dem als Anlage K 32 vorgelegten Schreiben vom 19.05.2006 darauf hingewiesen, dass die Leistungen „gemäß LV erbracht [werden]“, und damit klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nach Position 01.01.0130 abrechnen werde. Einer Wiederholung der Positionsnummer habe es nicht bedurft. Es bedürfe auch lediglich im Fall einer zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Nr. 24

6 VOB/B eines Hinweises, nicht dagegen im Falle einer bloßen Mengenmehrung. Bei außergewöhnlich umfangreichen Mengenmehrungen bestehe eine Hinweispflicht des Auftragnehmers jedenfalls dann nicht, wenn der Auftraggeber über alle maßgeblichen Umstände informiert sei, was hier der Fall gewesen sei. Aus dem Umstand, dass sie die T-Verbindungen nicht bereits in ihren Abschlagsrechnungen, sondern erst in der als Anlage K 9 vorgelegten Schlussrechnung abgerechnet habe, könne nicht hergeleitet werden, dass sie die Beklagte über die wirtschaftlichen Folgen ihres Handelns zunächst im Unklaren habe lassen wollen. Sie habe die Leistungsermittlungen an Herrn C untervergeben, der die Mengen erfasst und die Aufmaße und Mengenermittlungen anschließend an sie zwecks Rechnungserstellung weitergeleitet habe. Dabei habe er ihr die Abrechnungsunterlagen zur Pos. 130 erst so spät zur Verfügung gestellt, dass sie diese erst mit der Teilschlussrechnung habe abrechnen können. Auch dieser Umstand rechtfertige daher keinen Rückschluss auf ein in verwerflicher Weise übersteigertes Gewinnstreben.	
Trotz der Mengenmehrung sei im Grundsatz auf den vereinbarten Einheitspreis abzustellen. Lediglich hinsichtlich der über 110 % der ausgeschriebenen Menge hinausgehenden Menge sei eine gewisse Anpassung geboten, welche sie schon im Schriftsatz vom 06.05.2009 angemessen vorgenommen habe.	25
Die Klägerin beantragt,	26
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zur Zahlung weiterer 237.279,53 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2007 an die Klägerin zu verurteilen	27
und die von der Streithelferin der Beklagten eingelegte Berufung sowie die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.	28
Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,	29
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen	30
und unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit der Klägerin mehr als 23.146,58 € nebst anteiligen Zinsen zugesprochen worden sind.	31
Die Streithelferin begründet die für die Beklagte eingelegte Berufung wie folgt:	32
Bei den streitigen Leistungen gehe es um Arbeiten, die im Vertrag überhaupt nicht vorgesehen seien.	33
Die Position 200 des Leistungsverzeichnisses betreffe überhaupt nicht die Verstärkung der Haltegestelle der auf dem Boden aufgesetzten Toilettenkörper, sondern wandhängende Lasten in den 3 geplanten Behinderten-Bädern. Bei den Stütz- und Haltegriffen gehe es um eine Verstärkung durch aus Sperrholz bestehenden Konsolen, die zwischen 2 ohnehin notwendigen und schon vom Einheitspreis für die Wand erfassten C-Profilen befestigt würden. Bei dem auf dem Boden aufstehenden Tragegestell gehe es dagegen um links und rechts angebrachte Verstärkungen aus einem UA- Profil. Der Sachverständige sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass auch Stütz- und Haltegriffe an UA-Profilen zu befestigen seien und deshalb eine vergleichbare Leistung vorliege.	34
Die zusätzlichen Arbeiten wegen der Veränderung der Badezimmer seien zwar rein formal unter Position 1.1.130 zu subsumieren. In der Sache sei es dort aber gar nicht um die mit dieser Leistungsposition bezweckte Lösung von Schallschutzproblemen beim	35

Aufeinanderstoßen von Trockenbauwänden und Betonwänden durch Entkoppelung gegangen. Die Verwendung der T- Anschlüsse sei nur deshalb erfolgt, weil ansonsten bereits zugeschnittene Platten überflüssig gewesen wären. Die Klägerin habe deshalb darum gebeten, die von der Problematik mit den Rohrleitungen der Dachentwässerung betroffenen 27 Badezimmer nach ihren Vorstellungen so ändern zu dürfen, dass sie die Platten weiterhin verwenden konnte. Tatsächlich würden durch die Riduritstreifen die Wandscheiben miteinander verbunden und damit der besondere Schallschutzeffekt des T- Anschlusses aufgehoben. Sie – die Streithelferin - wäre gar nicht auf die Idee gekommen, hier das dem Schallschutz dienende T- Stück einzubauen. Sie habe davon ausgehen können, dass die Klägerin angesichts der Möglichkeit, die schon zugeschnittenen Platten verwenden zu können, auf ihre Kosten kommen werde und keine Mehrkosten anfallen würden. Dies habe sie sich vom Polier der Klägerin, Herrn L, bestätigen lassen.	
Es gehe daher nicht um Massenänderungen wegen falscher Schätzung der anfallenden Mengen, sondern um zusätzliche, im LV nicht vorgesehene Aufträge, die man auch anderweitig hätte vergeben können. Die LV-Positionen seien insoweit keine geeignete Abrechnungsgrundlage. Es gehe um neue Leistungen, für die vor Beginn der Ausführung ein neuer Preis zu verhandeln gewesen wäre. Eine Abrechnung nach den Einheitspreisen der Positionen 130 und 200 habe sie – die Streithelferin – schon mangels Vollmacht nicht akzeptieren dürfen. Eine entsprechende Vereinbarung wäre angesichts der extremen Verteuerung der Baumaßnahme auch nur bei einem kollusiven Zusammenwirken von Architekten und Unternehmer denkbar. Die gesamte Vorgehensweise der Klägerin zeige, dass sie es darauf angelegt habe, möglichst viel nach den maßlos überteuerten Positionen abzurechnen.	36
Mit dem im Rahmen der Rechnungsprüfung vorgenommenen Ansatz der Position 1.1.190 für die Verstärkung der Tragegestelle habe die Klägerin bereits mehr bekommen, als ihr zugestanden habe. Das in der Position 1.1.190 zur Verstärkung vorgesehene Vierkant-Rohr sei teurer als ein UA- Profil.	37
Hinsichtlich der streitigen Positionen könne auch nicht auf die vom Sachverständigen ermittelten üblichen Marktpreise abgestellt werden, da ersparte Aufwendungen für die ursprünglich vorgesehene Ausführung gegenzurechnen seien.	38
Entsprechend argumentiert die Beklagte im Rahmen ihrer Anschlussberufung.	39
Wegen der Einzelheiten des weiteren Vorbringens der Parteien und der Streithelferin wird auf den Inhalt und die Anlagen der gewechselten Schriftsätze verwiesen.	40
II.	41
Die Berufungen beider Parteien und der Streithelferin sind zulässig; in der Sache hat nur die Berufung der Beklagten/Streithelferin teilweise Erfolg.	42
A. Berufung der Klägerin	43
1. Für das Schuldverhältnis gilt das BGB in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB) sowie die VOB in der Fassung 2002.	44
2.	45
Die Berufung der Klägerin, die ausschließlich die als Teil des Werklohns geltend gemachte Rechnungsposition 130 (T-Verbindung für Montagewand) betrifft, hat in der Sache keinen	46

Erfolg. Ein über den vom Landgericht insoweit zugesprochenen Werklohn hinausgehender Anspruch besteht nicht, da für die von der Klägerin berechneten Mehrmengen entsprechend den Gründen des landgerichtlichen Urteils im Ergebnis jedenfalls nur der Marktpreis verlangt werden kann.

a) 47

48
Zwar ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass diese Position in dem vollen abgerechneten Umfang erbracht worden ist. Dass die Produkte von L2 und S gleichwertig sind, hat der Sachverständige eindeutig bestätigt. Dagegen wird auch nichts mehr eingewandt. Die technische Ausführung der T- Verbindung unterscheidet sich bei den beiden Varianten nicht. Nachdem die Parteien sich darauf verständigt hatten, dass zur Klärung des Leistungsumfanges stichprobenweise Überprüfungen vorgenommen werden sollten und diese Überprüfungen ergeben haben, dass die Leistung in den geöffneten Bereichen überall vorhanden war, bedarf es auch hinsichtlich der abgerechneten Menge keiner weiteren Aufklärung.

b) 49

50
Diese Mehrleistung ist nicht wegen des Vermerks "Hierdurch entstehen keine Mehrkosten" im Bautagebuch (K 11) vergütungsfrei zu erbringen. Nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts, denen der Senat insoweit folgt und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, würde eine entsprechende Erklärung des Bauleiters L, der als Zeuge bestritten hat, dass der Vermerk von ihm unterzeichnet worden ist, die Klägerin jedenfalls wegen fehlender Vollmacht nicht binden.

c) 51

52
Eine wirksame Vereinbarung der Vertragsparteien über die wegen der vorgenommenen

53
Änderungen zu zahlende Vergütung ist nicht zustande gekommen, so dass der Preis – wie vom Landgericht dargelegt – letztlich vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist.

54
Der Streit der Parteien darüber, ob der extremen Mengenabweichung gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B 2002 (Veränderung der Vordersätze ohne Änderung der vereinbarten Bauleistung) oder gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B (preisrelevante Änderungen des Entwurfs) Rechnung zu tragen ist, kann angesichts der identischen Rechtsfolge dahingestellt bleiben. In beiden Fällen ist der Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten anzupassen. Lediglich im Falle des § 2 Nr. 6 VOB/B (Ausführung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung) gibt es den Anspruch auf eine besondere Vergütung nur nach vorheriger Ankündigung. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor. Auch wenn entsprechend der Darstellung der Streithelferin die ursprüngliche Ausschreibung der Position 1.1.130 ihre planerische Grundlage allein in Schallschutzerwägungen hatte, welche nur bei 16 Zimmern relevant waren, während für die Umplanung andere Gründe maßgeblich waren, so war doch die Leistung im Vertrag als solche vorgesehen und ist deshalb grundsätzlich auch bei Mengenmehrungen heranzuziehen.

d) 55

56
Von den Anpassungsregelungen in § 2 Nr. 3, Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B werden die Besonderheiten der hier gegebenen Fallgestaltung allerdings nur unzulänglich erfasst. In den

geregelten Fällen ist nur den Mehr- oder Minderkosten Rechnung zu tragen, während das grundsätzliche Preisgefüge, im Grundsatz also auch der exorbitante Gewinn durch Fehlkalkulation oder Computerfehler, der in den vereinbarten Einheitspreisen enthalten ist, erhalten bliebe. Dies würde zu der vom Landgericht auf der Grundlage der Urkalkulation zutreffend als plausibel gewerteten Berechnung der Klägerin im Schriftsatz vom 31.08.2009 führen. Unter Berücksichtigung der pro Stück verringerten anteiligen Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie allgemeiner Geschäftskosten ergäbe sich danach eine nur unbedeutende Ermäßigung des maßlos übersetzten Einheitspreises auf 971,86 €. Dabei bliebe unberücksichtigt, dass die Urkalkulation nach dem eigenen Vortrag der Klägerin keine geeignete Grundlage für die Preisbemessung darstellt.

Wenn der überhöhte Preis auf einer einfachen Fehleingabe (verrutschte Dezimalstelle) im Rahmen einer Tabellenkalkulation beruht, die Klägerin also entsprechend ihrem Vorbringen nicht schon im Rahmen der Erstellung ihres Angebotes in sittenwidriger Weise auf eine Mengenmehrung spekuliert haben und bereits damals den für die Position angesetzten Einheitspreis aus einem zu missbilligenden übersteigerten Gewinnstreben heraus weit überhöht angesetzt haben sollte, erscheint unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach § 313 BGB eine Preisanpassung geboten. 57

aa) 58

Nach Auffassung des Senats ist es geboten, in diesem Fall eine Anpassung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorzunehmen. Zwar hat der BGH in seinem Urteil vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06 - (NJW 2009, 835) ausgeführt, dass die als vorrangig zu behandelnden Anpassungsregelungen in § 2 Nr. 3 und 5 VOB/B einem Rückgriff auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entgegenstehen. Dem Senat erscheint dies aber für die hier zu beurteilende Frage verfehlt, da die grundsätzlich vorrangigen vertraglichen Regelungen der VOB/B für den Fall von Mengenmehrungen und Leistungsänderungen die Besonderheiten der hier vorliegenden Fallgestaltung (maßlos überhöhter Einheitspreis für eine nach den Vorstellungen der Parteien vom Volumen her unbedeutende Position bei gleichzeitig extremer Mengenmehrung) nicht erfassen und zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führen, während dann, wenn man die gemeinsame Vorstellung der Vertragspartner über das zu erwartende Volumen als Geschäftsgrundlage der ursprünglichen Preisvereinbarung ansieht, die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB eine interessengerechte Lösung ermöglichen. Davon, dass gemeinsame Fehlvorstellungen über die zu erwartenden Mengen eine Anpassung des Vertrages nach den zum Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätzen erforderlich machen können, geht jedenfalls für den Fall einer Pauschalpreisvereinbarung auch der BGH aus (vgl. BGH BauR 2011, 1646). 59

bb) 60

Mit dem Landgericht ist deshalb davon auszugehen, dass im Rahmen der Neuberechnung des Preises für die Mehrleistungen nicht der auf einer offensichtlichen Fehlkalkulation (Computerfehler in der Excel-Tabelle) beruhende Einheitspreis für diese Position zugrundegelegt werden kann. Die Geltendmachung des objektiv vielfach überhöhten, sittenwidrigen und wucherähnlichen Einheitspreises auch nach Erkennen des vorgetragenen Fehlers im Rahmen der Angebotsausfüllung stellt eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende unzulässige Rechtsausübung dar. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, sind die vereinbarten Einheitspreise für Mehrmengen nicht zugrunde zu legen, wenn sie sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB sind. Zu Recht geht das Landgericht von einer verwerflichen Gesinnung der Klägerin jedenfalls im Zeitpunkt der notwendig 61

gewordenen Änderungen des Bauentwurfs aus. Zu diesem Zeitpunkt war ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren. Für die Frage der Sittenwidrigkeit stellt auch der BGH auf den Zeitpunkt ab, zu dem wegen einer Mengenüberschreitung oder einer Änderung des Bauentwurfs ein neuer Preis für die Mehrmengen hätte vereinbart werden müssen. Dies wäre hier im Mai 2006 bei Abschluss der geänderten Ausführung der Anschlüsse bei allen Verbindungen gewesen. Zu diesem Zeitpunkt musste der Klägerin klar sein, dass die Position 130 nicht nur 16-fach, sondern in weit größerer Stückzahl zur Ausführung kommen und einen erheblichen Einfluss auf den Gesamtwerklohn gewinnen würde. Dass die Klägerin die Auswirkungen der Mengenmehrung auf ihre Vergütung überprüft hatte, ergibt sich aus ihren Schreiben vom 15. und 19.5.2006, in denen sie auf die Berechnung der Leistungen nach dem Leistungsverzeichnis hinweist. Dass sie dies getan hat, ohne die konkrete Position des Leistungsverzeichnisses zu benennen, stellt ein deutliches Indiz für die von Seiten der Beklagten geäußerte Vermutung dar, die Klägerin habe die Beklagte über die mit der Planänderung verbundene deutliche Erhöhung des Werklohns bewusst im Unklaren lassen wollen. Der sich beim Ansatz des überhöhten Einheitspreises für alle Verbindungen ergebende Bruttobetrag von knapp 300.000,00 € für die Position 130 in Relation zum ursprünglichen Angebotspreis von 426.092,84 € belegt die überragende Bedeutung dieser Position im Rahmen einer Abrechnung nach dem überhöhten Einheitspreis. Sie steht völlig außer Verhältnis zu ihrer Bedeutung im Rahmen der tatsächlichen Ausführung der Arbeiten. Das extreme Missverhältnis begründet die Vermutung eines sittenwidrigen Gewinnstrebens der Klägerin mit der Folge, dass die Geltendmachung des überhöhten Preises eine unzulässige Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB darstellt.

cc) 62

Schließlich ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass die Klägerin jedenfalls im Rahmen der Absprachen über die Mengenmehrung eine sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebende Hinweispflicht verletzt hat, bei deren Erfüllung entweder anders geplant oder aber der Mengenmehrung durch die Vereinbarung eines akzeptablen üblichen Preises Rechnung getragen worden wäre, auf den die Klägerin sich redlicherweise hätte einlassen müssen. Im Wege des Schadenersatzes ist die Beklagte deshalb gemäß § 280 BGB so zu stellen, wie sie bei Erfüllung der Hinweispflicht gestanden hätte. 63

Auch wenn grundsätzlich ein durch einen Architekten beratener Bauherr vom Unternehmer auf die Kostenfolgen von Umplanungen und Mengenmehrungen nicht hingewiesen werden muss, ist es nach Treu und Glauben geboten, erkennbare Fehlvorstellungen zu korrigieren. Schon angesichts der objektiven Interessenlage erscheint es hier offensichtlich, dass die Beklagte die Kostenfolgen ihrer Umplanung verkannt hat. Angesichts der extremen Verteuerung der gesamten Baumaßnahme durch die T-Verbindungen, die auch nicht annähernd den damit verbundenen Mehrwert widerspiegelt, hätte die Beklagte sonst mit Sicherheit den Preis angesichts der Mehrmengen neu verhandelt. Das musste sich auch der Klägerin aufdrängen. 64

Eine Hinweispflicht bestand hier insbesondere auch deshalb, weil die Klägerin selbst in erheblichem Umfang auf die Umplanung Einfluss genommen hat. Nach ihrer eigenen Darstellung des Ablaufs der Umplanung stammen die anschließend von der Streithelferin in ihre Planung übernommenen Ausführungsdetails A und B von ihr bzw. der von ihr eingeschalteten Firma S. Schon deshalb, weil die Klägerin damit faktisch auch Planungsaufgaben übernommen hatte, musste sie auch die Kostenfolgen in ihre Überlegungen einbeziehen und mit dem Bauherrn erörtern. 65

Es ist ferner davon auszugehen, dass die Beklagte in Kenntnis der Kostenproblematik teilweise von der Maßnahme Abstand genommen hätte. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien sind im Bereich der Bäder – nur dort gab es die Brandschutzproblematik, welche Anlass für die Umplanung war – vereinbarungsgemäß 159 T-Anschlüsse ausgeführt worden. Der mit den weiteren T-Verbindungen in den Trennwänden zwischen den Zimmern verbundene Vorteil war allenfalls gering. Nach den Ausführungen der Sachverständigen ist der mit den T-Verbindungen verbundene Vorteil einer höheren Schalldämmung angesichts der starren Verbindung der Rigipsplatten durch die Riduristreifen zumindest vermindert (Seite 3 des Gutachtens und Blatt 578 R), so dass kaum noch ein nennenswerter Vorteil bleibt, der den höheren Kostenaufwand rechtfertigen könnte. Da schon aus diesem Grund der Rechnungsansatz für die übrigen T-Verbindungen zu streichen ist, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob die Umplanung nicht entsprechend dem Übersichtsplan des Streithelfers (Blatt 209 der Akte) ohnehin nur die 159 Anschlüsse im Sanitärbereich betraf.

Bei den verbleibenden 159 Anschlüssen ist davon auszugehen, dass die Parteien sich bei Erfüllung der Hinweispflicht auf einen üblichen Preis für sämtliche Anschlüsse geeinigt hätten, auf den die Klägerin sich angesichts ihres offensichtlichen groben Fehlers bei der Kalkulation redlicherweise hätte einlassen müssen. Die genaue Höhe des üblichen Preises kann im Rahmen der Berufung der Klägerin dahingestellt bleiben, da sich jedenfalls kein höherer als der ausgeurteilte Betrag ergibt. 67

B. Berufung und Anschlussberufung der Beklagten/ Streithelferin 68

1. Hauptforderung 69

a) Position 130 70

aa) 71

Wie bereits im Rahmen der Berufung der Klägerin dargelegt, ist hinsichtlich der 159 Anschlüsse im Bereich der Bäder auf die übliche Vergütung abzustellen. Insoweit ist von dem vom Landgericht auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen angenommenen üblichen Preis von 41,81 € auch zweitinstanzlich auszugehen. Dass dem Mehrpreis der jetzigen Ecklösung ersparte Kosten der anfänglich geplanten Lösung gegenüberstehen, ist nicht ersichtlich. Vergleicht man die Detailpläne A und B mit der Ursprungsplanung (K 19), so wird deutlich, dass die Inneneckenprofile eine echte Mehrleistung darstellen. Ihnen stand in der Ursprungsplanung nichts Vergleichbares gegenüber. 72

bb) 73

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Klägerin auch nicht die Pos. 130 16-mal mit dem vereinbarten Einheitspreis von 975,35 € abrechnen. Auch insoweit ist eine Anpassung geboten. Dass Beharren der Klägerin auf dem maßlos übersetzten Einheitspreis ist auch insoweit nicht schützenswert. Zwar gelten bei Bauverträgen auf Einheitspreisbasis grundsätzlich die vereinbarten Einheitspreise für die vereinbarten Mengenansätze und für Mengenerhöhungen. Das erfordert der Schutz des Rechtsverkehrs. 74

Das kann aber nicht (mehr) gelten, wenn eine Partei einen zu einem offensichtlichen und vom üblichen Marktpreis oder dem Preisgefüge des Projekts exorbitant abweichenden Preis führenden Kalkulationsfehler der anderen erkennt und die Ausführung des Vertrages zu dem 75

objektiv sittenwidrigen Preis schlechthin unzumutbar erscheint. Dann stellt das Festhalten an der Vereinbarung eine unzulässige Rechtsausübung dar (vgl. BGH vom 7.7.1998 –X ZR 17/97-, NJW 1998, 3192). Das gilt sowohl für den Erklärungsempfänger, der einen Kalkulationsfehler des Bieters zu dessen Lasten erkennt, als auch für den Bieter, der einen eigenen Kalkulationsfehler zu seinen Gunsten erkennt. Insoweit bestehen keine Bindungswirkung und kein Vertrauensschutz. Vielmehr ist der redliche Rechtsverkehr vor den Auswirkungen solcher Fehler zu schützen. Dies gilt insbesondere bei Bauverträgen, die als „Langzeitschuldverhältnisse“ den Partnern umfangreiche Kooperationspflichten auferlegen (vgl. BGH vom 18.12.2008 –VII ZR 201/06-, Rdn. 23, BauR 2009, 491). Danach können exorbitant überhöhte vertragliche Einheitspreise in einem Bauvertrag, die das Maß dessen sprengen, was von der Rechtsprechung noch hingenommen werden kann, nach Erkennen des Fehlers vom Auftragnehmer nicht verlangt werden.

b) Position 200 76

Auch hinsichtlich dieser Position ist der vereinbarte Preis auf den üblichen Preis herabzusetzen. Die auf den Angebotspreis gerichtete Vereinbarung ist wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig. 77

aa) 78

Objektiv ist eine gravierende Überschreitung des üblichen Marktpreises auch hinsichtlich dieser Position festzustellen. Ausgehend von einem üblichen Werklohn von 25,50 €, den die Parteien im Senatstermin unstreitig gestellt haben, ergibt sich eine Überschreitung des üblichen Preises um mehr als das 12-fache. 79

bb) 80

Auch subjektiv ist von einer sittenwidrigen Preisgestaltung auszugehen. Die gravierende objektive Überschreitung des üblichen Preises lässt den Schluss auf ein zu missbilligendes verwerfliches Gewinnstreben zu (vgl. BGH vom 18.12.2008 –VII ZR 201/06-).. 81

Es kann davon ausgegangen werden, dass einem Trockenbauer wie der Klägerin bekannt ist, wie Tragkonstruktionen für wandhängende WCs zu befestigen sind. Die Klägerin selbst weist darauf hin, dass die Firma L2 als einer der führenden Hersteller UA-Profile als Befestigungselemente vorgibt (Blatt 117 der Akte). Deshalb spricht einiges dafür, dass sie die Nichtberücksichtigung dieser Profile beim Mengenansatz in der Ausschreibung erkannt und mit dem hohen Preisansatz in verwerflicher Weise auf eine Mengenmehrung spekuliert hat. Der Ansatz von 308,00 € ist insbesondere deshalb auffällig, weil sie für die im LV unmittelbar vorhergehende und nach den Ausführungen des Sachverständigen kostenintensivere Position 1.1.190 einen Preis von lediglich 5,14 € kalkuliert hat. Die sich aus der erheblichen Überschreitung des üblichen Preises ergebende Vermutung einer zu missbilligenden Spekulation auf eine Mengenmehrung ist deshalb hier unwiderlegt. 82

cc) 83

Der sittenwidrig überhöhte Preis ist durch den üblichen Preis von 25,50 € für UA-Profile, auf den die Parteien sich geeinigt haben, zu ersetzen, und zwar auch für die im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen 9 Verstärkungen. 84

dd) 85

86

Im Hinblick auf die durch diese Einigung nicht mitgeregelte Frage, ob die Mehrleistung überhaupt von der LV-Position 200 oder entsprechend der Auffassung der Beklagten von der Position 1.1.190 erfasst wird, folgt der Senat dem Landgericht, das auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen (Blatt 8 und 9 des Gutachtens) mit nachvollziehbaren Erwägungen davon ausgegangen ist, dass die Mehrleistung von der Position 1.1.200 erfasst wird. Die Position 1.1.190 ("Verstärkung der Eckverbindung, Profil 100/50, Zulage für die Verstärkung der Eckverbindungen GK-Wände im Bereich der Schiebetüre mittels eines Stahl-Rechteckprofils") passt schon vom Wortlaut her nicht. Vom Wortlaut der Position 1.1.200 ("Zulage für Verstärkungen in ... Montagewänden und Vorsatzschalen bzw. Auswechslung der Stahlblechprofile für einseitig wandhängende Lasten, z.B. Stütz- und Haltegriffe im Behinderten-Bad") werden die UA-Profile dagegen erfasst. Es geht um Verstärkungen für Wandhänge-WCs, bei denen es den Vorgaben des Herstellers entspricht, die Tragständer-Konstruktionen mit einem UA- Profil zu verstärken. Dass die Konstruktionen auf dem Boden aufstehen, ändert nichts daran, dass durch das von der Wand abstehende Objekt eine Kraft auf diese ausgeübt wird. Eben diese Kraft macht die Verstärkung erforderlich. Die Streithelferin der Beklagten hat zwar bei der Formulierung des Leistungsverzeichnisses offenbar nur an die Stütz- und Haltegriffe im Behinderten-Bad gedacht, wofür schon die ausgeschriebene Anzahl spricht. Auf Verstärkungen für diese Griffe lässt sich die Position aber schon deshalb nicht beschränken, weil diese dort nur beispielhaft aufgeführt sind.

2.) 87

Im Ergebnis ergibt sich damit folgende Berechnung: 88

Hinsichtlich der Position 1.1.130 ergibt sich statt des landgerichtlichen Ansatzes von 25.849,05 € netto (Seite 23 des Urteils) ein Ansatz von 6.647,79 € (159 x 41,81 €). Die Differenz beläuft sich auf 19.201,26 €.

Hinsichtlich der Position 1.1.200 ergibt sich statt des landgerichtlichen Ansatzes von 101.359,05 € netto (Seite 28 des Urteils) beim Ansatz von 25,50 € pro Verstärkung ein Gesamtbetrag von lediglich 9.282,00 € (364 x 25,50). Die Differenz beläuft sich auf 92.077,05 €.

Insgesamt ergibt sich danach eine Kürzung des vom Landgericht angesetzten Betrages um 111.278,31 € (19.201,26 € + 92.077,05 €). Nach Abzug der 0,4 % Umlage für Baustrom und Wasser in Höhe von 445,11 € ergeben sich 110.833,20 € netto und unter Hinzurechnung der 16-prozentigen Mehrwertsteuer 128.566,50 € brutto. Statt des vom Landgericht ermittelten offenen Restes aus der Teilschlussrechnung vom 14.03.2007 in Höhe von 148.860,98 € (Seite 32 des Urteils) ergibt sich nach Abzug des Gesamtkürzungsbetrages ein Rest von lediglich 20.294,47 €. Unter Hinzurechnung der zweitinstanzlich nicht streitigen 23.146,58 € ergibt sich ein auszuurteilender Gesamtbetrag von 43.441,05 €.

3. 92

Im Hinblick auf die Nebenforderungen gilt folgendes: 93

Hinsichtlich der mit der Berufung der Beklagten angegriffen Teilschlussrechnung vom 14.03.2007 ergibt sich der ausgeurteilte Zinsanspruch aus Verzug. 94

Hinsichtlich der Anwaltskosten ergibt sich ein Anspruch dem Grunde nach ebenfalls aus Verzug. Der Höhe nach beläuft sich der Anspruch bei der insgesamt begründeten Forderung von lediglich 43.441,05 € auf 1.286,20 € (1,3-fache Gebühr in Höhe von 1.266,20 € +20,00 € 95

Auslagen).

III. 96

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92, 97, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 97

Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 98