

---

**Datum:** 10.05.2022  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 2/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2022:0510.21U2.21.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 4 O 287/19  
**Schlagworte:** Nettopreisvereinbarung; Werklohn; Umsatzsteuer; tauschähnlicher Umsatz; ergänzende Vertragsauslegung  
**Normen:** BGB § 133, § 157, § 631 Abs. 1; VOB/B § 2 Abs. 1, Abs. 2; VOB/B § 2 Abs. 1, Abs. 2; UStG § 3 Abs. 12

**Leitsätze:**

Haben die Parteien einen Werklohn inklusive Umsatzsteuer vereinbart und im Vertrag die Anpassung des Umsatzsteueranteils bei Änderungen des Umsatzsteuersatzes vorgesehen, ist der Umsatzsteueraufwand als selbständiger Teil des zu zahlenden Entgelts zu qualifizieren und von einer Nettopreisvereinbarung auszugehen, denn aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich diesbezüglich ein übereinstimmender Wille der Parteien, dass genau der Umsatzsteuerbetrag gezahlt werden soll, der tatsächlich anfällt, und die Vergütungshöhe insofern variabel ist (Anschluss an: OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 2.4.2020, 22 U 24/19, BeckRS 2020, 47807 [Rz. 29]).

Sieht die Preisvereinbarung der Parteien vor, dass der Auftragnehmer in seine angebotenen Einheitspreise die kalkulierten Verwertungserlöse für seinerseits ersetzte, in sein Eigentum übergegangene Bauteile derart einzurechnen hat, dass sie die Höhe der Einheitspreise verringern, ohne dass sich die Parteien bei Vertragsschluss Gedanken über auf die Verwertungserlöse als tauschähnliche Umsätze anfallende Umsatzsteuer gemacht und dazu eine Regelung getroffen hätten, liegt eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließende planwidrige Regelungslücke vor.

Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist das Vertragswerk im Zusammenhang unter besonderer Beachtung des Grundsatzes der beiderseits interessengerechten Auslegung zu betrachten. Dabei ist im Zweifel davon auszugehen, dass redliche Parteien eine geeignete Regelung getroffen hätten, um eine unvorhergesehene und ungewollte Schmälerung des Erlöses auf Seiten des Leistungserbringers zu verhindern (Anschluss an: BGH ZfBR 2022, 143, 146).

Dafür kann insbesondere auch der Umstand sprechen, dass der Auftraggeber bei späteren Ausschreibungen vergleichbarer Leistungen in Zusammenhang mit der Vorgabe, Verwertungserlöse in die Einheitspreise einzurechnen, auf deren Besteuerung hinweist und gleichzeitig ihre separate Ausweisung in den zu stellenden Rechnungen fordert.

---

## Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 3.12.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Essen, 4 O 287/19, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 100.370,74 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.1.2020 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

---

## Gründe

I.

Die Parteien streiten um von der Klägerin gegen die Beklagte aufgrund verschiedener Werkverträge geltend gemachte Forderungen in Höhe von auf Veräußerungserlöse nachträglich gezahlter Umsatzsteuer.

Die Klägerin hatte, dem Wortlaut der Ausschreibungen der Beklagten entsprechend, ihre Einheitspreise für Leistungen zum fachgerechten Austausch von Schutzplanken derart kalkuliert, dass sie den jeweils zu erzielenden Schrotterlös für nach dem Ausbau in ihr Eigentum übergegangene Schutzplanken einrechnete. Dadurch reduzierten sich die angebotenen Einheitspreise entsprechend.

Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war eine Baubeschreibung (KDU-2), in der unter Ziff. 3.5.1 formuliert war: „Ausgebaute Schutzplankenteile sind nach Maßgabe der

1

2

3

4

5

Ausbaupositionen zu behandeln. Zu verschrottende Teile gehen in das Eigentum des AN über... Der Schrotterlös ist in die Einheitspreise einzurechnen. Der AN hat auf Aufforderung eine Zusammenstellung aller ausgebauten und verschrotteten Teile mit Angabe des Gesamtgewichts zu liefern.“

In den EU-Bewerbungsbedingungen (KDU-10, Bl. 115-116), die ebenfalls den Ausschreibungen zugrunde lagen, war gem. Ziff. 3.6 für einzureichende Angebote u.a. bestimmt: „... Die Preise (Einheitspreise, Pauschalpreise, Verrechnungssätze usw.) sind ohne Umsatzsteuer anzugeben. Der Umsatzsteuerbetrag ist unter Zugrundelegung des geltenden Steuersatzes am Schluss des Angebots hinzuzufügen...“ In Bezug auf zu erteilende Rechnungen sah Ziff. 13.3 der Bewerbungsbedingungen u.a. vor: „Die Rechnungen sind mit den Vertragspreisen ohne Umsatzsteuer (Nettopreise) aufzustellen; der Umsatzsteuerbetrag ist am Schluss der Rechnung mit dem Steuersatz einzusetzen, der zum Zeitpunkt des Entstehens der Steuer, bei Schlussrechnungen zum Zeitpunkt des Bewirkens der Leistung gilt.“

6

Dementsprechend stellte die Klägerin ihre Angebote derart auf, dass sie zunächst Einheitspreise als Nettopreise angab und schließlich den sich auf deren Summe ergebenden Mehrwertsteuerbetrag auswies und addierte. Die Zuschlagsschreiben der Beklagten nahmen jeweils auf die mit Datum angegebenen Angebote der Klägerin Bezug und bezeichneten die darin ausgewiesenen Bruttobeträge als Auftragssummen (KDU-1).

7

Im Zeitraum von 2013 bis 2017 rechnete die Klägerin dann ihre Leistungen der Beklagten gegenüber ab, indem sie die - unter Einrechnung von Schrotterlösen kalkulierten und vereinbarten - Einheitspreise netto in Ansatz brachte und abschließend die sich ergebende Summe mit dem jeweils gültigen Umsatzsteuersatz beaufschlagte. Umsatzsteuer auf die eingerechneten Schrotterlöse berechnete die Klägerin nicht und führte sie auch nicht ab. Als dies anlässlich einer Betriebsprüfung festgestellt und beanstandet wurde, änderten die zuständigen Finanzbehörden die Steuerbescheide der Klägerin nachträglich ab und forderten Umsatzsteuer für die kalkulierten Schrotterlöse nach, weil die Übereignung ausgebauter Schutzplankenteile als Bestandteil der von der Beklagten für die klägerischen Werkleistungen geschuldeten Gegenleistung angesehen wurde. Die insofern nachgeforderten Beträge zahlte die Klägerin an die Steuerbehörden. Anschließend erteilte sie der Beklagten neue Rechnungen, welche nun die auf die einkalkulierten Schrotterlöse zusätzlich entrichtete Umsatzsteuer enthielten. Danach ergab sich der mit der Klage geforderte Betrag wie folgt:

8

Los	Zeitraum	Anlage	Rg.summe alt	Rg.summe neu	Differenz
Los 1	2013/2014	KDU-4.1	573.081,03 €	584.854,24 €	-11.773,21 €
Los 7	2013/2014	KDU-4.2	441.495,93 €	449.256,60 €	-7.760,67 €
Los 4	2014/2015	KDU-4.3	945.219,03 €	964.833,17 €	-19.614,14 €
Los 7	2014/2015	KDU-4.4	697.850,68 €	709.668,18 €	-11.817,50 €
Los 8	2014/2015	KDU-4.5	919.600,82 €	932.628,13 €	-13.027,31 €
Los 4	2015/2016	KDU-4.6	928.971,08 €	940.307,77 €	-11.336,69 €

9

Los 7	2015/2016	KDU-4.7	772.025,53 €	781.729,52 €	-9.703,99 €
Los 8	2015/2016	KDU-4.8	632.329,32 €	639.408,10 €	-7.078,78 €
Los 4	2016/2017	KDU-4.9	407.751,12 €	410.800,80 €	-3.049,68 €
Los 7	2016/2017	KDU-4.10	302.433,15 €	305.717,46 €	-3.284,31 €
Los 8	2016/2017	KDU-4.11	261.850,92 €	263.775,38 €	-1.924,46 €
					-100.370,74 €

Seit dem Jahr 2017 verwendet die Beklagte für die Ausschreibung von Schutzplankenarbeiten eine geänderte Version der Baubeschreibung (KDU-3), die einen besonders gekennzeichneten Hinweis mit dem Wortlaut enthält: „Da der Schrotterlös in die Ausbauposition einzurechnen ist, muss zur Ermittlung der korrekten Umsatzsteuer in der Rechnung der Schrotterlös als tauschähnlicher Umsatz berücksichtigt werden. Eine Musterrechnung ist als Anlage beigefügt.“ Ein ähnlicher Hinweis ist dort auch in Ziff. 3.5.1 so formuliert: „...Bei der Rechnungsstellung muss zur Ermittlung der korrekten Umsatzsteuer der Schrotterlös als tauschähnlicher Umsatz berücksichtigt werden.“ 10

Die in Bezug genommene Musterrechnung sah vor, dass bei Positionen, in denen der Abbau von Schutzplanken vorgesehen war, eine zusätzliche Position eingefügt wurde, mittels derer zusätzlich zu der „Barzahlung“ für die Ausbauleistung der „Wert“ des in Zahlung genommenen Schrotts auszuweisen war, so dass sich als Nettosumme der „GP“ das Entgelt einschließlich Schrotterlösen ergab. 11

Die Klägerin hat erstinstanzlich gemeint, sie habe aufgrund der Vorgaben in den Ausschreibungen der Beklagten in den hier maßgeblichen Zeiträumen keine Möglichkeit gehabt, die auf die Verwertungserlöse anfallende Umsatzsteuer bei der Kalkulation zu berücksichtigen und in den Rechnungen zutreffend auszuweisen. Die Berücksichtigung der Schrotterlöse bei der Bezifferung der netto aufzustellenden Einheitspreise habe zu deren Verringerung geführt und so auch die darauf entfallende Umsatzsteuer reduziert. Die Beklagte sei daher insoweit zur Erstattung der nachgeforderten Umsatzsteuerbeträge verpflichtet, weil diese ihre Vergütung in vertragswidriger Weise minderten. 12

Die Beklagte hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die Kalkulation allein Sache der Klägerin gewesen sei, die habe erkennen und berücksichtigen müssen, dass die Veräußerung der ausgebauten und übernommenen Schutzplanken ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft wäre. Es habe daher allein der Klägerin obliegen, auch die anfallenden Steuern im Rahmen ihrer Kalkulation einzurechnen. Mit der Klägerin sei jeweils die Gesamtbruttovergütung vereinbart worden, so dass die Umsatzsteuer unselbständiger Bestandteil des Gesamtpreises gewesen sei. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens sowie der gestellten Anträge im ersten Rechtszug wird auf die Darstellung im Urteil des Landgerichts Essen Bezug genommen. 14

Mit am 3.12.2020 verkündetem Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen ist die Klage abgewiesen worden. 15

Zur Begründung hat die Kammer im Wesentlichen ausgeführt, zwischen den Parteien seien jeweils Bruttopreisvereinbarungen getroffen worden, da die Zuschlagsschreiben der Beklagten jeweils die sich aus den Angeboten der Klägerin ergebenden Bruttosummen einschließlich der dort ausgewiesenen Umsatzsteuer benannten und mangels abweichender Bestimmung im Zweifel die Umsatzsteuer lediglich ein unselbständiger Bestandteil des vereinbarten Preises sei. Daraus folge, dass hinsichtlich der Umsatzsteuer das Risiko derart verteilt sei, dass die Nachforderung einer fälschlich zu gering bezifferten Umsatzsteuer ausgeschlossen sei, wenn der vereinbarte Preis gezahlt ist.	16
Eine übereinstimmende Fehlvorstellung der Parteien sei in diesem Zusammenhang nicht festzustellen, denn es sei unklar, welche Vorstellung die Beklagte bei Abschluss der streitgegenständlichen Verträge in Bezug auf die Umsatzsteuerpflichtigkeit von in die Einheitspreise eingerechneten Verwertungserlösen hatte. Zudem sei eine nachträgliche Vertragsanpassung im Wege ergänzender Vertragsauslegung auch nicht interessengerecht, weil sich aus den von der Klägerin selbst angestellten Beispielsrechnungen ergebe, dass eine Kalkulation der Umsatzsteuer möglich gewesen wäre.	17
Weil Bruttopreise vereinbart gewesen seien, so dass sich eine eindeutige vertragliche Risikozuweisung ergebe, und eine übereinstimmende Fehlvorstellung beider Parteien in Bezug auf einen für den Vertrag maßgeblichen Umstand nicht festgestellt werden könne, seien auch die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 I BGB nicht erfüllt.	18
Mit der dagegen gerichteten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter. Sie macht nach wie vor geltend, sie sei aufgrund der beklagtenseits vorgegebenen Ausschreibung gezwungen gewesen, dem kalkulierten Nettopreis für die ausgeschriebene Leistung den Netto-Schrotterlös gegenzurechnen. Es gebe keine Möglichkeit, bereits beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses die auf die Schrotterlöse an das Finanzamt zu entrichtende Umsatzsteuer zu berücksichtigen. Dies sei vom Landgericht ebenso verkannt worden wie der Umstand, dass die Beklagte ihre Ausschreibungspraxis in 2017 geändert habe und seitdem die Umsatzsteuer im Rahmen der Abrechnung berücksichtige. Eine sachgerechte und an Treu und Glauben ausgerichtete ergänzende Auslegung der hier geschlossenen Werkverträge ergebe, dass die Beklagte die auf die Schrotterlöse entrichtete Umsatzsteuer schulde. Hilfsweise folge der Zahlungsanspruch aus § 313 I BGB.	19
Die Klägerin beantragt (sinngemäß),	20
unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 100.370,74 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (23.1.2020) zu zahlen.	21
Die Beklagte beantragt,	22
die Berufung zurückzuweisen.	23
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens, wobei sie nun meint, es komme nicht darauf an, ob die Parteien eine Brutto- oder Nettopreisvereinbarung getroffen haben, weil für die Abrechnung die vereinbarten Einheitspreise maßgeblich seien. Diese seien von der Klägerin kalkuliert worden, so dass deren Auskömmlichkeit allein dem Risiko der Klägerin zugewiesen sei. Irrtümer bei der Kalkulation des Preises seien unbeachtliche Motivirrtümer, die weder zu einer Anfechtung	24

noch zu einer nachträglichen Anpassung der Einheitspreise berechtigten.

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der zur Akte gereichten  
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 25

II. 26

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet, denn das erstinstanzliche Urteil weist  
Rechtsfehler auf. Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung der zwischen den Parteien  
geschlossenen Verträge und das gefundene Ergebnis sind mit allgemeinen  
Auslegungsgrundsätzen sowie Treu und Glauben nicht vereinbar. Die zulässige Klage ist  
vielmehr insgesamt begründet. 27

||| 1. 28

Der Zahlungsanspruch der Klägerin ergibt sich als Werklohnforderung aus § 631 I BGB in  
Verbindung mit § 2 I VOB/B. Es steht als unstreitig fest, dass zwischen den Parteien wegen  
der im Einzelnen aufgeführten Lose und Zeiträume jeweils Werkverträge zustande kamen,  
aufgrund derer die Klägerin die darin jeweils übernommenen Leistungspflichten vollständig  
und mangelfrei erfüllte. 29

Die Beklagte schuldet die im Sinne von § 2 I VOB/B vereinbarte Vergütung. Diese ist nicht  
allein anhand der um die nachträglich erhobene Umsatzsteuer verminderten Preise zu  
berechnen, weil der Vertrag dahingehend auszulegen ist, dass die Beklagte die gesamte auf  
das für die vereinbarte Leistung zu zahlende Entgelt anfallende Umsatzsteuer schulden  
sollte. Die nachgezahlte Umsatzsteuer wurde aber auf Grundlage der klägerischen  
Kalkulation so ermittelt, dass die eigentlichen Positionspreise und die davon in Abzug  
gebrachten Verwertungserlöse getrennt betrachtet wurden. Dadurch reduzierte sich im  
Ergebnis der auf den Erlös entfallende Anteil der von der Beklagten für die erbrachten  
Werkleistungen der Klägerin bislang geleisteten Zahlungen, weil eine solche Trennung in den  
Rechnungen nicht vorgenommen worden war. Deshalb ist die vertragsgemäße Vergütung  
nicht vollständig gezahlt, sondern in Höhe der Klageforderung noch offen. 30

a) 31

Der Senat hat als Berufungsgericht nach §§ 513 I, 546 ZPO die erstinstanzliche Auslegung  
einer Individualvereinbarung - auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen  
Tatsachen - in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob die Auslegung überzeugt. Hält er die  
erstinstanzliche Auslegung lediglich für eine zwar vertretbare, letztlich aber - bei Abwägung  
aller Gesichtspunkte - nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so hat er selbst die  
Auslegung vorzunehmen, die er als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des  
Einzelfalls für geboten hält (BGH NJW 2004, 2751, 2752). 32

Die unter Beachtung von §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung individualvertraglicher  
Vereinbarungen, in deren Rahmen in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und  
der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen ist (BGH  
NJW 2002, 3248, 3249; NJW 2000, 2099), muss stets den Grundsatz der beiderseits  
interessengerechten Auslegung berücksichtigen (BGH NJW-RR 2005, 34, 36; NJW 2002,  
3248, 3250; NJW 2000, 2099). Aufgrund entsprechender Anhaltspunkte kann sich dabei auch  
ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis der vertraglichen Regelung ergeben (BGH NJW  
2002, 3248, 3249). Denn der übereinstimmende Parteiwille geht dem Wortlaut und jeder  
anderen Interpretation vor. Der Zweck der Abrede und die Interessenlage der Parteien sind 33

zu berücksichtigen (BGH, Urteil v. 5.10.2014, Az. XII ZR 111/12, BeckRS 2014, 21522 [Rz. 48]). Dabei sind insbesondere auch die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zu prüfen und ggf. anzuwenden. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist der hypothetische Parteiwille Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts, so dass darauf abzustellen ist, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner bei Vertragsschluss vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung zielt nicht darauf ab, die Regelung nachzuzeichnen, die die Parteien bei Berücksichtigung des nicht bedachten Falls tatsächlich getroffen hätten, sondern ist auf einen beiderseitigen Interessenausgleich gerichtet, der aus einer objektiv-generalisierenden Sicht dem hypothetischen Parteiwillen beider Parteien Rechnung trägt. Maßgebend ist damit bei einer Bandbreite möglicher Varianten diejenige Gestaltungsmöglichkeit, die die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise ausgewählt hätten. Dementsprechend ist eine ergänzende Vertragsauslegung im Falle des Bestehens mehrerer Auslegungsmöglichkeiten nur dann ausgeschlossen, wenn sich anhand der getroffenen Regelungen und Wertungen sowie aufgrund des Sinns und Zwecks des Vertrags keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen – an den beschriebenen Maßstäben ausgerichteten – hypothetischen Parteiwillen ergeben (BGH ZfBR 2022, 143, 146).

b) 34

Diesen Grundsätzen genügt die vom Landgericht vorgenommene Auslegung nicht, weil sie ersichtlich nicht beiderseits interessengerecht ist, das übereinstimmende Verständnis der Parteien nicht ausreichend erforscht und dabei den Gesamtzusammenhang der Vertragsbedingungen nicht hinreichend würdigt. Die Kammer hat insbesondere die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung verkannt und eine solche zu Unrecht nicht vorgenommen. Es handelt sich bei der nachträglich Besteuerung der kalkulierten Verwertungserlöse als tauschähnliche Umsätze um einen von den Parteien bei Vertragsschluss nicht bedachten Umstand, hinsichtlich dessen der Vertrag eine planwidrige Regelungslücke aufweist, so dass eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommt. Der Vertreter der Beklagten hat anlässlich der Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich erklärt, dass sich auch die Beklagte bei Vertragsschluss keinerlei Gedanken um tauschähnliche Umsätze und die Besteuerung der Schrotterlöse gemacht habe. 35

aa) 36

Ein Vertrag weist eine planwidrige Unvollständigkeit auf, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Das ist u.a. jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Parteien keine Regelung für den Fall getroffen haben, dass für den Auftragnehmer die Gefahr besteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner zuvor aufgrund der übereinstimmenden Annahme einer Umsatzsteuerschuld des Auftraggebers nicht in Rechnung gestellte Umsatzsteuer abführen zu müssen (BGH NZBau 2018, 524, 525). Dieser Konstellation ist der vorliegende Fall vergleichbar, denn auch für die Parteien gilt, dass es ihr übereinstimmendes Verständnis war, dass die auf die Vergütung der Bauleistungen entfallende Umsatzsteuer von der Beklagten getragen werden sollte, sie also als Leistungsempfängerin den Bruttobetrag zu zahlen habe. Denn es genügt für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke, dass für den Bauunternehmer die Gefahr besteht, die Umsatzsteuer – ganz oder teilweise - selbst entrichten zu müssen (vgl. BGH ZfBR 2022, 143, 145). 37

Die Argumentation der Beklagten, es sei Sache der Klägerin gewesen, auf die Schrotterlöse zu entrichtende Umsatzsteuer bei der Preiskalkulation zu berücksichtigen, verkennt, wie die Klägerin bereits anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zutreffend beanstandet hat, die systematischen Zusammenhänge. Es geht im Rechtsstreit nicht darum, dass die Veräußerung des Schrotts seitens der Klägerin an Dritte eine steuerbare Leistung darstellte, sondern darum, dass der Wert der von ihr im Rahmen der streitgegenständlichen Vertragsverhältnisse erbrachten Leistungen, der die Grundlage für die Berechnung der darauf zu entrichtenden Umsatzsteuer darstellt, nicht allein anhand der durch die Einrechnung der Verwertungserlöse reduzierten Einheitspreisabrechnung bestimmt wird, weil auch die Überlassung des Eigentums an den ausgebauten Schutzplanken als Gegenleistung anzusehen ist. Und auch deren Übereignung war Bestandteil der vertraglichen Preisvereinbarung.

38

Die Finanzbehörden gehen bei der Wertbestimmung von der Kalkulation des Leistungserbringers, hier also der Klägerin, aus. Deshalb ist unerheblich, ob die Klägerin bei der Kalkulation der Einheitspreise die erwarteten Erlöse brutto oder netto in Ansatz brachte, denn die letztlich auf die abzurechnende Leistung insgesamt anfallende Umsatzsteuer würde sich dadurch nicht ändern. Das ergibt sich ohne weiteres aus der folgenden Gegenüberstellung der Berechnungen auf Grundlage des von der Beklagten in der Klageerwiderung angeführten Beispiels:

39

EP-Berechnung gem. Bsp. der Beklagten (Bl. 31)		
Kosten	100,00 €	100,00 €
Erlös brutto	19,04 €	19,04 €
Erlös netto	16,00 €	16,00 €
EP netto	84,00 €	80,96 €
USt. auf EP	15,96 €	15,38 €
USt. auf Erlös	3,04 €	3,62 €
USt. gesamt	20,00 €	20,00 €

40

Entscheidend ist allein die Aufnahme des kalkulierten Erlöses als Entgeltposition in die Rechnung, damit er bei der Ermittlung der Umsatzsteuer berücksichtigt werden kann. Diese war jedoch durch die Vorgabe, die Verwertungserlöse in die Einheitspreise einzurechnen ausgeschlossen.

41

bb)

42

Das mit der Reduzierung der Einheitspreise um die kalkulierten Schrotterlöse verbundene Risiko einer zu gering bezifferten und ausgewiesenen Umsatzsteuer war hier nicht einseitig der Klägerin zugewiesen. Insbesondere bestand keine Bruttopreisvereinbarung.

43

44

Zwar ist im Zweifel, wenn im Vertrag nichts anderes bestimmt wird, davon auszugehen, dass die Parteien Bruttopreise vereinbaren, die auch die jeweils anfallende Umsatzsteuer als unselbständigen Bestandteil umfassen. Das gilt auch im Verhältnis zum Vorsteuerabzug berechtigter Unternehmer, wobei sich allerdings im Wege der Vertragsauslegung, für die auch ein Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte maßgeblich wäre, auch die Vereinbarung von Nettopreisen ergeben kann (BGH NJW-RR 2021, 342, 343; NJW 2002, 2312; OLG Hamm, r+s 2017, 529, 530). Bei einer Bruttopreisabrede sind beide Vertragsbeteiligten dem Risiko eines unzutreffenden Umsatzsteueransatzes ausgesetzt mit der Folge, dass die Vergütungsvereinbarungen für beide Vertragsparteien – ungeachtet einer etwaigen Fehleinschätzung über die Umsatzsteuerpflicht – bindend sind. Hat dann der Leistungserbringer eine zu hohe Umsatzsteuer ausgewiesen, trägt das Risiko grundsätzlich derjenige, der die Leistung in Anspruch nimmt, zumal der Leistungserbringer nach Umsatzsteuerrecht auch zu deren Abführung verpflichtet ist. Deshalb ist derjenige, der die Leistung in Anspruch nimmt, ebenso wenig zu einer Herabsetzung des vereinbarten Preises befugt wie der Leistungserbringer zu einer Nachforderung bei zu niedrig kalkulierter Umsatzsteuer (BSG NJOZ 2009, 1914, 1918; OLG Hamm, a.a.O.).

Diese Überlegungen treffen indes den vorliegenden Fall nicht. Haben die Parteien einen Werklohn inklusive Umsatzsteuer vereinbart, ist diese Vereinbarung regelmäßig dahingehend auszulegen, dass die Umsatzsteuer nur dann geschuldet ist, wenn sie auch tatsächlich anfällt. Das gilt erst recht, wenn im Vertrag die Anpassung des Umsatzsteueranteils bei Änderungen des Umsatzsteuersatzes vorgesehen ist (BeckOGK/Mundt, BGB, Stand 1.10.2021, § 632 Rn. 493). Bei einer solchen Sachlage ist der Umsatzsteueraufwand als selbständiger Teil des zu zahlenden Entgelts zu qualifizieren, mithin von einer Nettopreisvereinbarung auszugehen (OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 2.4.2020, 22 U 24/19, BeckRS 2020, 47807 [Rz. 29]), denn aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich diesbezüglich ein übereinstimmender Wille der Parteien, dass genau der Umsatzsteuerbetrag gezahlt werden soll, der tatsächlich anfällt, und die Vergütungshöhe insofern variabel ist.

45

Bei beiderseits interessengerechter Auslegung drängt sich daher auf, dass auch die hier vorgenommene Preisvereinbarung so zu verstehen war. Das auf dem Leistungsverzeichnis beruhende Angebot der Klägerin ist als empfangsbedürftige Willenserklärung nach objektiven Maßstäben vom Horizont der Beklagten als Erklärungsempfängerin auszulegen (vgl. BGH NZBau 2002, 500, 501; MüKo/Busche, BGB, 9. Aufl., § 133 Rn. 12). Bestimmungen eines Vertragswerks sind so auszulegen, dass Widersprüche vermieden werden (MüKo/Busche, a.a.O., § 157 Rn. 6), und die Leistungsbeschreibung eines Bauvertrags ist vor diesem Hintergrund als sinnvolles Ganzes auszulegen (BGH NJW 1999, 2432). Die Bestimmungen unter Ziff. 3.6 und Ziff. 13.3 der Angebotsbedingungen sprechen unter Anwendung dieser Grundsätze, anders als von der Kammer im Urteil angenommen, für eine Auslegung der Preisvereinbarung als Nettopreisabrede, weil zunächst die Preise ohne Umsatzsteuer anzugeben sein sollten und Rechnungen mit den – explizit als Vertragspreisen bezeichneten - Nettopreisen aufgestellt werden sollten, bevor der jeweils gültige und insofern variable Umsatzsteuersatz beaufschlagt würde. Dabei spricht schon der Wortlaut für ein derartiges Verständnis, dass die jeweiligen Nettobeträge als Vertragspreise angesehen wurden. Die zu zahlende Umsatzsteuer sollte gerade nicht unselbständiger Preisbestandteil, sondern von den jeweiligen gesetzlichen Bedingungen abhängig und eigenständig zu errechnen sein. Etwas anderes sollte gem. Ziff. 13.3 der EU-Bewerbungsbedingungen nur ausnahmsweise dann gelten, wenn es infolge einer vom Auftragnehmer zu vertretenden Überschreitung von Vertragsfristen zu einer Diskrepanz beim Umsatzsteuerbetrag käme.

46

47

Dass die Bestimmung auf den „Umsatzsteuerbetrag“ abstellt spricht gegen die Richtigkeit der Annahme des Landgerichts, sie verhalte sich ausschließlich zu Steuersätzen. Es entsprach ersichtlich dem wirtschaftlichen Interesse beider Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die Preise derart zu kalkulieren, dass diese von der Höhe des jeweiligen Steuersatzes unabhängig waren, weil die Verträge jeweils Leistungszeiträume von zwei Jahren umfassten, so dass zwischenzeitliche Änderungen der Steuersätze nicht auszuschließen waren und die Abrechnung und Zahlung nur des tatsächlich anfallenden Betrags wirtschaftlich vorteilhaft war.

Dass die Beklagte in den Zuschlagsschreiben unter Bezugnahme auf die jeweils von der Klägerin abgegebenen Angebote die Brutto-Auftragssummen anführte, lässt nicht auf eine Vereinbarung von abschließenden Bruttopreisen schließen, weil unstreitig keine Pauschalpreise vereinbart waren. Vielmehr war gem. § 2 II VOB/B anhand der Einheitspreise und konkreter Mengen nach Aufmaß abzurechnen. Auch die Beklagte betont mit ihrer Berufungserwiderung ausdrücklich, dass allein die vereinbarten Einheitspreise für die Abrechnung maßgeblich seien. Die Einheitspreise waren als Nettopreise kalkuliert und angegeben, so dass nach den ausdrücklichen Vorgaben der EU-Bewerbungsbedingungen auf deren Grundlage die Umsatzsteuer nach dem aktuell gültigen Satz erst abschließend zu beaufschlagen war. Die exakte Höhe der letztlich auszuweisenden Umsatzsteuer hing dementsprechend von den im Einzelnen festzustellenden Mengen ab und war auch insofern variabel. 48

Für die Maßgeblichkeit von Einheitspreisen und Aufmaß und gegen die der Bruttosummen spricht schließlich auch, dass die Klägerin auf Verlangen auch das Gesamtgewicht der als Schrott übernommenen Teile anzugeben haben sollte. Sie musste also auch diesbezüglich eine Art Aufmaß fertigen. Angesichts dessen erscheint ein Vertragsverständnis der Beklagten fernliegend, wonach sie im Fall einer Reduzierung der Umsatzsteuer dennoch die in ihren Zuschlagsschreiben ausgewiesenen Bruttosummen hätte zahlen oder bei einer Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes den dann höheren Betrag nicht hätte entrichten wollen. Dementsprechend macht die Beklagte in der Berufungsinstanz selbst nicht mehr geltend, zwischen den Parteien seien Bruttopreisvereinbarungen getroffen gewesen. 49

cc) 50

Die Preisvereinbarungen der Parteien beruhten jeweils auf der ausdrücklichen Vorgabe, dass etwaige Schrotterlöse in die anzubietenden Einheitspreise einzukalkulieren waren. Insofern stand die Kalkulation gerade nicht allein im Belieben der Klägerin. Zwar oblag ihr allein die betragsmäßige Ermittlung der ggf. zu erzielenden Erlöse sowie der unter deren Einbeziehung aufzustellenden Einheitspreise. Sie war jedoch daran gehindert, die Einheitspreise ohne Berücksichtigung der Schrotterlöse aufzustellen und diese stattdessen separat als Entgeltposition aufzunehmen, so dass sich eine Bewertung dieser konkreten Preisbildungsmethode hinsichtlich der umsatzsteuerrechtlichen Behandlung als unbeachtlicher Motivirrtum verbietet. 51

c) 52

Weil sich betragsmäßig für die Nettokalkulation bei getrennter Darstellung von Einheitspreisen für die Leistung und Schrotterlösen als Abzugsposition keine Änderung und kein Nachteil für die Beklagte ergeben hätten, ist davon auszugehen, dass nach dem Verständnis beider Parteien die Vergütung der Klägerin im Ergebnis dem sich netto ergebenden Saldo aus den Kosten der Leistungserbringung zuzüglich Wagnis und Gewinn einerseits und dem kalkulierten Verwertungserlös andererseits entsprechen sollte. 53

Für einen dahingehenden Willen und ein entsprechendes Vertragsverständnis auch der Beklagten spricht zunächst der unstreitige Umstand, dass diese in ihren geänderten Ausschreibungsunterlagen seit 2017 in Zusammenhang mit der Vorgabe, einen Schrotterlös in die Einheitspreise einzurechnen, auf diese Problematik ausdrücklich hinweist, indem sie u.a. beschreibt, dass bei der Rechnungsstellung zur Ermittlung der korrekten Umsatzsteuer der Schrotterlös als tauschähnlicher Umsatz berücksichtigt werden muss. Auch die in diesem Zusammenhang von der Beklagten beispielhaft aufgestellte Musterrechnung sieht eine getrennte Ausweisung der beiden Kalkulationsfaktoren vor. Dies ist im Rahmen der Auslegung von Bedeutung, weil diese auch die Gesamtumstände und den mit der Vereinbarung verfolgten Zweck berücksichtigen muss (BGH NJW-RR 2018, 822, 824). Deshalb ist auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss für die Auslegung einer Vereinbarung relevant, sofern es einen Rückschluss auf das bei Vertragsschluss Gewollte erlaubt (BGH NJW 2007, 1581, 1583; OLG Hamm, Urteil v. 16.12.2020, 8 U 42/20, BeckRS 2020, 47357 [Rz. 33]).

Die Vorgabe der Beklagten in der neueren Fassung ihrer Baubeschreibung, wonach die Schrotterlöse in der Rechnung derart ausgewiesen werden sollen, dass auch darauf Umsatzsteuer errechnet und zum Gegenstand der Abrechnung gemacht wird, führt dazu, dass sie entsprechend höhere Umsatzsteuerbeträge auf solchermaßen aufgestellte Rechnungen zu entrichten hat. Dass sie dies nun bereits mit ihrer Baubeschreibung vorgibt, lässt darauf schließen, dass sie auch bei Abschluss der hier streitgegenständlichen Verträge bereit gewesen wäre, die volle auf die Vertragspreise einschließlich der tauschähnlichen Umsätze zu entrichtende Umsatzsteuer zu zahlen. Jedenfalls ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass redliche Vertragsparteien, wenn ihnen das Problem der Umsatzsteuerpflicht in Bezug auf die kalkulierten Verwertungserlöse bewusst gewesen wäre, eine dahingehende Regelung getroffen hätten, so dass die Beklagte als Leistungsempfängerin die gesamte auf die Summe von Barpreisen und Schrotterlösen zu berechnende Umsatzsteuer zu tragen hatte. Die ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB führt deshalb zu dem Ergebnis, dass der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung zusätzlichen Werklohns in Höhe des von ihr nachträglich abgeführten weiteren Umsatzsteuerbetrags zusteht, weil davon auszugehen ist, dass redliche Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer wechselseitigen Interessen im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsprechendes vereinbart hätten, um eine unvorhergesehene und ungewollte Schmälerung des Erlöses auf Seiten des Leistungserbringers zu verhindern (vgl. BGH ZfBR 2022, 143, 146).

2. 56

Die geltend gemachte Nebenforderung ergibt sich aus §§ 288 II, 291 BGB. Rechtshängigkeit trat mit Klagezustellung am 23.1.2020 ein, so dass Zinsen ab dem 24.1.2020 geschuldet sind. 57

III. 58

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 I, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen einer Zulassung der Revision sind nicht erfüllt, denn die ergänzende Vertragsauslegung ist originäre Aufgabe des Tatrichters und beruht auf der konkreten Gestaltung der Bedingungen des hier zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags. Eine grundsätzliche Bedeutung der Sache ist nicht vorgetragen oder ersichtlich, und eine Entscheidung des BGH erscheint weder zur Rechtsfortbildung noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 59

---

