

---

**Datum:** 23.02.2010  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 U 33/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2010:0223.3U33.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 5 O 239/08

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 27. Januar 2009 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 5 O 239/08 - teilweise abgeändert.

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte über die Verurteilung im Teil-Anerkenntnisurteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 09.12.2008 und im angefochtenen Urteil hinaus verurteilt, an die Klägerin weitere 99.516,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.04.2007 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

---

## Gründe:

I.

Die Klägerin macht restlichen Werklohn für Straßenbauarbeiten geltend.

Sie erhielt durch Zuschlagsschreiben der Beklagten vom 27.09.2004 (Anlage K 1) den Auftrag zur Neuherstellung der Umgehungsstraße Beklagte 00 N in X. entsprechend dem Lageplan in Anlage K 3 (dunkelgrau gekennzeichnet), wozu auch der Neuausbau der U.-Straße gehörte. Die Beklagte hatte in ihrem Leistungsverzeichnis (Anlage K 2) unter Pos. 00.08.0004 10 Tonnen besonders überwachungsbedürftige Abfallentsorgung angegeben. Die Klägerin hatte die Position mit einem Einheitspreis von 527,21 € pro Tonne angeboten (Anlage K 2, Angebot S. 44).

Bei der Aufnahme der Bordsteinanlage wurde am 04.07.2005 festgestellt, dass der gesamte Oberbau in der Fahrbahn und der Gehweg Ostseite als PAK-belasteter Straßenaufbruch zu entsorgen war (vgl. Anlage K 9, 10). Diese Arbeiten fielen unter die Position 00.08.0004 des Leistungsverzeichnisses.

Im Nachgang zu der Baubesprechung am 05.07.2005 beauftragte die Beklagte die Klägerin mündlich mit der Sanierung der Straße im Zwischenbereich und Anbindungsbereich der U.-Straße an die C. Straße (vgl. Plan in Anlage K 3 hellgrau markiert). Die Klägerin führte die Arbeiten in dem ursprünglich vertraglich vereinbarten Bereich und in dem sog. Zwischenbereich in jeweils einheitlichen Arbeitsgängen durch. Sie rechnete die Entsorgung teerkontaminierten Straßenaufbruchs (PAK-belastetes Material) in der 6. Abschlagsrechnung vom 12.07.2005 einheitlich mit dem Einheitspreis von 527,21 € pro Tonne für insgesamt 606,72 Tonnen ab. Davon entfielen ca. 200 Tonnen auf den sog. Zwischenbereich. Ebenso rechnete die Klägerin in ihrer Schlussrechnung vom 15.05.2006 (Anlage K 4) ab. Die Beklagte kürzte die Rechnungen jeweils u.a. zu der Pos. 00.08.004.

In der Folgezeit einigten sich die Parteien entsprechend dem dritten Nachtrag der Klägerin (Anlage K 17) über die Zahlung von 478,95 € pro Tonne für die über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes von 10 Tonnen in vorgenannter Position, jedoch nur bezüglich des auf Grund des ersten Vertrages entsorgten teerkontaminierten Straßenaufbruchs. Der entsprechende Werklohn wurde an die Klägerin gezahlt.

In diesem Rechtsstreit hat die Klägerin verschiedene Kürzungen der Schlussrechnung durch die Beklagte angegriffen, u.a. die Reduzierung des Einheitspreises für die Entsorgungsleistungen im sog. Zwischenbereich auf 50,00 € pro Tonne. Die Beklagte hat einzelne Positionen in Höhe von insgesamt 4.414,52 € und 2.135,50 € anerkannt. Insoweit hat das Landgericht ein Teil-Anerkenntnisurteil erlassen (Bl. 57 d. A.).

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, auch für das im sog. Zwischenbereich aufgenommene und entsorgte PAK-Material stehe ihr der ursprünglich vereinbarte Einheitspreis gemäß § 2 Nr. 6 in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VOB/B zu, der für die Mehrmengen auf 478,95 € pro Tonne reduziert sei. Jedenfalls habe die Beklagte die Arbeiten im sog. Zwischenbereich konkludent zu den Einheitspreisen des ursprünglichen Vertrages angeboten.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 106.302,57 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.09.2005 aus 99.516,04 € und im Übrigen seit dem 03.08.2006 zu zahlen, unter Berücksichtigung der anerkannten Beträge von 4.414,52 € und 2.135,50 €.

Die Beklagte hat beantragt, 12

die Klage – im über die anerkannten Beträge hinausgehenden Umfang – abzuweisen. 13

Sie hat die Ansicht vertreten, für die Entsorgung des PAK-Materials im sog. Zwischenbereich nur die ortsübliche Vergütung von 50,00 € pro Tonne gemäß § 632 Abs. 2 BGB zu schulden. 14

Das Landgericht hat u.a. die Klage auf Zahlung der Entsorgungskosten in Höhe von 15  
99.516,40 € abgewiesen, weil die Beklagte insoweit nur den von ihr bereits gezahlten Betrag  
von 50,00 € pro Tonne schulde. Ein Anspruch nach § 2 Nr. 6 VOB/B oder § 2 Nr. 3 VOB/B  
bestehe nicht. Die Vergütung richte sich nach § 632 Abs. 2 BGB, da eine konkludente  
Preisvereinbarung nicht zu Stande gekommen sei. Während der gesamten Arbeiten sei für  
die Klägerin schon auf Grund der Verhandlungen über den Preis klar gewesen, dass  
Ungewissheit über die Abrechnung bestanden habe. Der Klägerin – einem im Straßenbau  
erfahrenen Unternehmen – sei klar gewesen, dass es einer eindeutigen Preisregelung mit der  
Beklagten bedurft habe, bevor sie von einem vereinbarten Preis habe ausgehen dürfen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung macht die Klägerin geltend: wenn im 16  
Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits ein Vertragsverhältnis bestanden habe, das  
Leistungen zum Inhalt habe, wie sie identisch im Zuge der Auftragserweiterung zu erbringen  
seien, wenn der Auftraggeber den Auftragsumfang dann erweitere, noch bevor die nach dem  
Ursprungsvertrag geschuldeten Leistungen ausgeführt seien, und wenn dann  
absprachegemäß alle Arbeiten in einem Zuge ausgeführt würden, könne aus Sicht eines  
objektiven Erklärungsempfängers dieser Zusatzauftrag nur so verstanden werden, dass er zu  
denselben Bedingungen wie der Ursprungsauftrag erteilt werden solle. Wenn die Beklagte  
dies nicht gewollt habe, sei sie verpflichtet gewesen, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass  
der Zusatzauftrag grundlegend anders – unter Aufrechterhaltung aller Leistungspflichten im  
Übrigen – vergütet würde als die identische Leistung des Ursprungsauftrages. Bei der  
Ausführung der Arbeiten sei nicht klar gewesen, dass Ungewissheit über die Abrechnung  
bestanden habe. Denn im Zeitpunkt des Beginns der Preisdiskussion seien die Arbeiten  
längst abgeschlossen und abgerechnet gewesen.

Die Klägerin beantragt, 17

die Beklagte unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu verurteilen, ~~an~~  
sie weitere 99.516,40 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem  
Basiszinssatz seit dem 15.09.2005 zu zahlen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 19

Die Beklagte beantragt, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und macht erstmals Sittenwidrigkeit des verlangten 22  
Preises geltend, weil dieser mehr als das Elfache des üblichen Preises ausmache. Im  
Übrigen hält sie eine ergänzende Vertragsauslegung über die Einbeziehung der  
Vergütungsregelung im Hauptvertrag in den Zusatzvertrag nicht für möglich und führt dazu

näher aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil und die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst eingereichter Unterlagen Bezug genommen. 23

II. 24

Die zulässige Berufung der Klägerin hat – mit Ausnahme eines Teils des Zinsanspruches – in der Sache Erfolg. 25

Der mit der Klage geltend gemachte Werklohnanspruch ist gemäß § 631 Abs. 1 BGB, § 2 VOB/B in Höhe von 99.516,40 € begründet. 26

1. 27

Die Parteien haben mit dem von der Beklagten im Juli 2005 mündlich erteilten und von der Klägerin angenommenen Auftrag, in dem sog. Zwischenbereich der U.-Straße in X. eine Straßensanierung durchzuführen, einen neuen, selbstständigen Werkvertrag geschlossen. 28

Die nachträglich in Auftrag gegebenen Arbeiten stellen keine Zusatzleistung gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B zu dem von den Parteien am 27.09.2004 geschlossenen Vertrag über den Vollausbau der U.-Straße auf eine Länge von 110 m dar. Eine solche Zusatzleistung setzt eine in technischer Hinsicht und/oder von der beabsichtigten Nutzung her bestehende unmittelbare Abhängigkeit zu der bisher vereinbarten Leistung voraus (vgl. BGH NJW 2002, 1492). Daran fehlt es hier. Die Straßensanierung im sog. Zwischenbereich steht in keinem Zusammenhang mit dem Leistungsziel des ersten Vertrages. Der zweite Auftrag wurde allein aus Praktikabilitätsgründen zeitnah zum ersten Auftrag erteilt und sollte möglichst zeitgleich erfüllt werden, weil die U.-Straße ohnehin voll gesperrt war und sich die Deckenerneuerung im sog. Zwischenbereich daher verkehrstechnisch anbot. 29

2. 30

Der zweite Werkvertrag wurde zu den gleichen vertraglichen Bedingungen – und damit auch zu den gleichen Vergütungsregelungen – geschlossen, wie der erste Vertrag vom 27.09.2004. Nur in diesem Sinne ist der Auftrag der Beklagten gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Der Beklagten kam es darauf an, dass die Klägerin die Sanierung der Straße im sog. Zwischenbereich aus den oben genannten Gründen in einem Arbeitsgang mit dem Vollausbau des benachbarten Straßenabschnitts durchführte. Die Arbeiten wurden nicht ausgeschrieben, die Klägerin erhielt keine neuen Vertragsunterlagen, es wurde kein Leistungsverzeichnis erstellt, über Preise wurde nicht gesprochen oder gar verhandelt. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin redlicherweise den mündlich vor Ausführung der Arbeiten gemäß dem ersten Vertrag erteilten weiteren Auftrag nicht anders verstehen als ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages zu genau den gleichen Bedingungen wie denjenigen des ersten Vertrages vom 27.09.2004, das die Klägerin jedenfalls mit der Ausführung der Arbeiten angenommen hat. 31

An diesem Verständnis war die Klägerin entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht dadurch gehindert, dass während der gesamten Arbeiten auf Grund der Verhandlungen über den Preis klar gewesen sei, dass Ungewissheit über die Abrechnung bestanden habe. Diese Ungewissheit begann erst nach Abschluss des zweiten Vertrages, der spätestens mit Beginn der Ausführung der Arbeiten durch die Klägerin geschlossen war, nämlich mit der Kürzung 32

der 6. Abschlagsrechnung vom 12.07.2005 durch die Beklagte. Mit den Arbeiten im sog. Zwischenbereich hatte die Klägerin aber bereits vor dem 12.07.2005 begonnen, wie sich aus dem Baubesprechungsprotokoll vom 12.07.2005 (Anlage K 11) ergibt. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin waren die Arbeiten bis zum 11.07.2005 ganz überwiegend abgeschlossen und wurden unter Übersendung der Wiegescheine in der 6. Abschlagsrechnung vom 12.07.2005 abgerechnet. Der geprüfte Rückläufer dieser Rechnung mit der von der Beklagten vorgenommenen Kürzung ging am 17.08.2005 und damit ca. vier Wochen nach Abschluss der Arbeiten bei der Klägerin ein. Erst danach begann die Diskussion der Parteien über die Abrechnung.

Dass auch die Beklagte von dem oben dargestellten Verständnis des Vertragsinhalts ausging, belegt der Umstand, dass sie die einheitliche Abrechnung aller Arbeiten aus dem ersten und dem zweiten Vertrag akzeptiert hat. Die Klägerin hat die auf Grund des zweiten Vertrages erbrachten Leistungen mit denselben Einheitspreisen abgerechnet wie die Leistungen auf Grund des Vertrags vom 27.09.2004. Dies hat die Beklagte mit Ausnahme der Preise für die streitgegenständliche Entsorgung des teerhaltigen Straßenaufbruchs zur Position 00.08.0004 des Leistungsverzeichnisses akzeptiert. Dass allein für diese Position eine andere oder keine Preisvereinbarung gelten sollte, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. 33

Haben die Parteien somit konkludent vereinbart, dass die Preise des ersten Vertrages auch für den zweiten Vertrag gelten sollten, so gilt dies auch für die Vereinbarung eines Preises gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B für eine Mengenüberschreitung um mehr als 10 %. Hiernach war für die Entsorgung des teerhaltigen Straßenaufbruchs gemäß dem zweiten Vertrag der Parteien entsprechend der Vereinbarung für die Mehrmenge gemäß dem ersten Vertrag ein Betrag von 478,95 pro Tonne zu vergüten. 34

3. 35

Diese Preisvereinbarung ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig (§ 138 BGB). 36

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Vereinbarung eines Preises gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein kann, wenn der Preis in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht. Dafür erforderlich ist sowohl ein objektiv auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung als auch das Hinzutreten subjektiver Umstände, wie zum Beispiel das Zutreten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten (vgl. BGH NJW 2009, 835, 836). 37

Ob ein objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt, kann dahinstehen. Zwar hat die Klägerin nicht den Vortrag der Beklagten bestritten, wonach ein Preis von 50,00 € pro Tonne der üblichen Vergütung für die Entsorgung besonders überwachungsbedürftigen Abfalls (PAK-Aufbruch) entspreche. Die Beklagte selbst hat aber im Schreiben vom 13.06.2007 einen marktüblichen Rahmen bis zu einer Höhe von 200,00 € pro Tonne genannt (Anlage K 23). Auch insoweit kommt jedoch die Annahme eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung in Betracht. 38

Jedenfalls fehlt es an den subjektiven Umständen, die hinzutreten müssen, um eine Preisvereinbarung als sittenwidrig zu bewerten. Die Beklagte stützt sich allein auf eine Vermutung, der Preisvereinbarung liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben der Klägerin zu Grunde. Eine solche widerlegbare Vermutung besteht in den Fällen, in denen der Auftragnehmer in einer Position des Leistungsverzeichnisses einen außerordentlich 39

überhöhten Einheitspreis anbietet. Hier gilt die Vermutung, dass er in dieser Position auf eine Mengenerhöhung hofft und durch Preisfortschreibung auch für diese Mengenerhöhung einen außerordentlich überhöhten Preis erzielen will (vgl. BGH NJW 2009, 835, 836). So lag der Fall hier aber gerade nicht. Nicht die Klägerin hat für den zweiten Vertrag einen Einheitspreis angeboten, sondern die Beklagte hat – wie ausgeführt – mit der Beauftragung weiterer Leistungen konkludent die Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses aus dem ersten Vertrag angeboten. Die Annahme dieses Angebots durch die Klägerin begründet nicht die Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens. Davon ist auch die Beklagte, der die Preisstrukturen im Straßenbau bestens bekannt waren, nicht ausgegangen. Sie hat die Zahlung der Vergütung für die Entsorgungsleistungen gemäß dem zweiten Vertrag vielmehr allein mit der Begründung abgelehnt, insoweit sei überhaupt kein Preis vereinbart worden, so dass § 632 Abs. 2 BGB zur Anwendung komme (Schreiben vom 13.06.2007, Anlage K 23). Die Beklagte hat auch die Preisvereinbarung für die Mehrmengen nach dem ersten Vertrag gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nicht für sittenwidrig gehalten. Auch wenn bei der Berechnung des neuen Einheitspreises bezüglich der Mehrmengen die Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises heranzuziehen waren, wäre die Beklagte nicht gehindert gewesen, den Einheitspreis in der dem Preisanpassungsverlangen zu Grunde liegenden Position 00.08.0004 des Leistungsverzeichnisses (527,21 € pro Tonne) als sittenwidrig zu bewerten und dementsprechend das Nachtragsangebot der Klägerin Nr. 3 (Anlage K 17) zurückzuweisen. Dies ist jedoch nicht geschehen.

4. 40

Für unstreitig 200 Tonnen im sog. Zwischenbereich aufgenommenes PAK-Material sind daher entsprechend dem von der Beklagten akzeptierten Nachtrag Nr. 3 der Klägerin 478,95 € pro Tonne zu zahlen. Da die Beklagte 50,00 € pro Tonne gezahlt hat, besteht ein weiterer Anspruch in Höhe von  $200 \times 428,95 \text{ €} = 85.790,00 \text{ €}$  zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer (13.726,40 €), insgesamt also 99.516,40 €.

5. 42

Der Zinsanspruch ist aus dem Gesichtspunkt des Verzugs erst ab 26.04.2007 begründet (§§ 286, 288 BGB). Die geforderte Vergütung war erst mit der Vereinbarung der Mehrmengenvergütung im November 2006 fällig geworden. Der mit der 6. Abschlagsrechnung geltend gemachte Vergütungsanspruch war wegen des berechtigten Verlangens der Beklagten gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nicht fällig. Nach der Vereinbarung im November 2006 ist eine Inverzugsetzung durch die Klägerin mit Schreiben vom 11.04.2007 (Anlage K 20), das eine Fristsetzung zur Zahlung bis 25.04.2007 enthält, erfolgt.

6. 44

Die Kostenentscheidung ergeht nach § 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

7. 46

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Berufungsstreitwert: 99.516,40 € 48

---

