



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 344/13

Verkündet am:
1. Oktober 2014
Anderer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 305c Abs. 1

Eine Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers von Bauleistungen ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil, wenn sie ohne ausreichenden Hinweis den Auftragnehmer zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen dazu anhält, bereits bei seiner Kalkulation von üblichen Grundsätzen abzuweichen.

BGH, Urteil vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 344/13 - OLG Dresden
LG Dresden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. August 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 13. Dezember 2013 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 28. Januar 2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1

Die Klägerin begehrt vom Beklagten aus abgetretenem Recht die Zahlung restlichen Werklohns. Der Beklagte meint, diesen aufgrund einer in dem zu Grunde liegenden Bauvertrag enthaltenen Stoffpreisgleitklausel nicht zu schulden.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, eine aus der B.B.I.-GmbH und der Klägerin bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: ARGE), erhielt im Jahre 2009 im Zuge einer europaweiten öffentlichen Ausschreibung von dem Beklagten den Zuschlag für Brücken- und Straßenbauleistungen.

3 Gegenstand der Verdingungsunterlagen war die "HVA B-StB-Stoffpreisgleitklausel (03/06)", die unter anderem folgende Bestimmungen enthält:

"Geltung

- (1) Die Klausel gilt nur für die Stoffe, die im 'Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel' genannt sind. (...) Mehr- oder Minderaufwendungen werden nach den folgenden Regelungen abgerechnet.

Allgemeines

- (2) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber über die Verwendung der Stoffe nach Nr. (1) prüfbare Aufzeichnungen vorzulegen, wenn Mehr- oder Minderaufwendungen abzurechnen sind. Aus den Aufzeichnungen müssen die Menge des Stoffes und der Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung hervorgehen.
- (3) Der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen werden nur die Baustoffmengen zugrunde gelegt, für deren Verwendung nach dem Vertrag eine Vergütung zu gewähren ist. (...)

Vermeidbare Mehraufwendungen werden nicht erstattet; vermeidbar sind insbesondere Mehraufwendungen, die dadurch entstanden sind, dass der Auftragnehmer

- Vertragsfristen überschritten oder
- die Bauausführung nicht angemessen gefördert hat.

- (4) An den ermittelten Aufwendungen wird der Auftragnehmer beteiligt, seine Selbstbeteiligung beträgt 10 v.H. der Mehraufwendungen, mindestens aber 0,5 v.H. der Abrechnungssumme (Vergütung für die insgesamt erbrachte Leistung oder für den vereinbarten Abschnitt). Für die Berechnung der Selbstbeteiligung zu Grunde zu legen sind der Mehrbetrag ohne Umsatzsteuer sowie die Abrechnungssumme ohne die aufgrund von Gleitklauseln zu erstattenden Beträge ohne Umsatzsteuer.

Ein Mehr- oder Minderbetrag kann erst geltend gemacht werden, wenn der Selbstbeteiligungsbetrag überschritten ist; bis zur Feststellung der Abrechnungssumme wird 0,5 v.H. der Auftragssumme für die insgesamt zu erbringende Leistung bzw. für den vereinbarten Abschnitt zugrunde gelegt.

- (5) Bei Stoffpreissenkungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ersparten (= Minder-) Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch abzusetzen. Er ist berechtigt, 10 v.H. der ersparten Aufwendungen, mindestens aber 0,5 v.H. der Abrechnungssumme (vgl. Nr. (4)) einzubehalten.
- (6) Sind sowohl Mehraufwendungen als auch Minderaufwendungen zu erstatten, so werden diese getrennt ermittelt und gegeneinander aufgerechnet; auf die sich ergebende Differenz wird Nr. (4) bzw. (5) angewendet.

Abrechnung

- (7) Der Auftraggeber setzt für die im 'Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel' angegebene OZ einen 'Marktpreis' zum dort angegebenen Zeitpunkt (Monat/Jahr) als Nettopreis der der Abrechnung zugrunde liegenden Abrechnungseinheit (z.B. €/t, €/ltr.) fest.
- (8) Der Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung wird ermittelt aus dem vorgegebenen 'Marktpreis' (vgl. Nr. (7)) multipliziert mit dem Quotienten der Preisindizes (Monat/Jahr) der Erzeugnisse gewerblicher Produkte (GP) des Statistischen Bundesamtes vom Monat des Einbaus bzw. der Verwendung und dem vom Auftraggeber unter Nr. (7) genannten Zeitpunkt. Die Preisindizes werden veröffentlicht in der Fachserie 17, Reihe 2, bzw. auf der Homepage des Statistischen Bundesamtes unter 'www.destatis.de' unter der entsprechenden GP-Nummer.
- (9) Mehr- oder Minderaufwendungen werden errechnet für jede OZ im 'Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel' aus der Differenz des 'Preises' vom Monat des Einbaus bzw. der Verwendung (vgl. Nr. (8)) und des vom Auftraggeber vorgegebenen 'Marktpreises' zum vorgegebenen Zeitpunkt (vgl. Nr. (7)).
- (10) Die nach Nr. (9) errechneten Mehr- oder Minderaufwendungen werden für jede im 'Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel' angegebenen OZ und der nachgewiesenen Menge (vgl. Nr. (2)) unter Berücksichtigung der Selbstbeteiligung gemäß Nr. (4) und (5) zusätzlich zum Angebotspreis vergütet bzw. von diesem abgezogen."

- 4 Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war zudem das "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel". Den hierin vorgegebenen absoluten "Marktpreis" für "Betonstahl" von 785 €/t setzte der Beklagte mit dem Erzeugerpreisindex des Statistischen Bundesamtes von 241 % (bezogen auf das Basisjahr 2005 = 100) für den Monat Juni 2008 gleich. Dieser Preisindex vom Juni 2008 war bei Abgabe des Angebotes der ARGE im Oktober 2008 nicht mehr aktuell, da die Preise inzwischen deutlich gefallen waren (Betonstahl: 138,1 % Preisindex Oktober 2008). Die ARGE kalkulierte daher nach den Behauptungen der Klägerin mit einem Preis für Betonstahl in Höhe von 480 €/t, den sie aufgrund einer Preisbindung ihres Lieferanten auch tatsächlich bezahlt habe.
- 5 Da der gemäß Nr. (8) der Stoffpreisgleitklausel nach den maßgeblichen Preisindizes errechnete Quotient kleiner als eins war, errechnete der Beklagte Preise "zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung", die deutlich unter den von der Klägerin behaupteten Einkaufspreisen lagen. Er hat deshalb "Minderaufwendungen" nach Nr. (9) der Klausel geltend gemacht und Kürzungen der Schlussrechnung der ARGE in Höhe von 162.413,84 € vorgenommen. Die rechnerische Richtigkeit der Berechnung dieses Betrages ist zwischen den Parteien nicht im Streit.
- 6 Die Klägerin macht mit ihrer Klage diesen, ihr von der ARGE abgetretenen restlichen Vergütungsanspruch geltend. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Auf die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I.

8 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe die Schlussrechnung aufgrund der vereinbarten Stoffpreisgleitklausel zu Recht um den Betrag in Höhe von 162.413,84 € gekürzt. Bei der Stoffpreisgleitklausel handele es sich nach den unangefochtenen Feststellungen des Landgerichts um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die von dem Beklagten gestellt worden seien. Die Bestimmungen der Stoffpreisgleitklausel zum Abzug ersparter "Minderaufwendungen" hielten einer Überprüfung anhand der §§ 305 ff. BGB stand und seien daher wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

9 Die Stoffpreisgleitklausel sei hinreichend transparent, da sich ihr ein eindeutiger Sinn beilegen lasse, den die ARGE als Zusammenschluss zweier großer am Markt tätiger Bauunternehmen bei typisierender Betrachtungsweise zumindest hätte erkennen können. Aus Nr. (9) der Stoffpreisgleitklausel ergebe sich zweifelsfrei, dass "Mehr- oder Minderaufwendungen" dann anzunehmen seien, wenn der Preis der von der Stoffpreisgleitklausel erfassten Stoffe im "Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung" von dem vorgegebenen "Marktpreis" nach oben oder nach unten abweiche.

10 Die Stoffpreisgleitklausel benachteilige den Vertragspartner auch nicht unangemessen. Anhand des in der Ausschreibung vom Auftraggeber vorgegebenen "Marktpreises" in Verbindung mit den Erzeugerpreisindizes für gewerbliche Produkte ließen sich für jeden Anbieter im Zeitpunkt der Angebotsabgabe

diejenigen Zu- oder Abschläge auf die der Stoffpreisgleitklausel unterliegenden Positionen des Leistungsverzeichnisses ermitteln, mit denen er infolge einer inzwischen eingetretenen Preissteigerung oder eines Preisverfalls zu rechnen habe. Zugleich müsse er bei der Kalkulation seines Angebotes auch die weitere - ungewisse - Entwicklung des Marktes berücksichtigen. Es stelle keine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar, wenn ihm durch die Stoffpreisgleitklausel das unternehmerische Risiko einer Kalkulation auskömmlicher Preise nicht abgenommen werde.

II.

11 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

12 1. Der Beklagte war nicht berechtigt, die Schlussrechnung um die "ersparten Minderaufwendungen" zu kürzen. Die HVA B-StB-Stoffpreisgleitklausel (03/06) ist, soweit sie den Abzug von "ersparten Minderaufwendungen" betrifft, wegen ihres überraschenden Charakters gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden.

13 a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei der Stoffpreisgleitklausel um eine Preishauptabrede oder um eine Preisnebenabrede handelt, da Klauseln, mit denen Vereinbarungen über die Hauptleistungspflichten getroffen werden, dem Anwendungsbereich des § 305c Abs. 1 BGB unterfallen (BGH, Urteil vom 10. November 1989 - V ZR 201/88, BGHZ 109, 197, 200; MünchKommBGB/ Basedow, 6. Aufl., § 305c Rn. 1).

14 b) aa) Nach dieser Vorschrift, die auch gegenüber Unternehmern Anwendung findet, § 310 Abs. 1 BGB, werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äuße-

ren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Überraschenden Inhalt hat eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Generell kommt es dabei nicht auf den Kenntnisstand des einzelnen Vertragspartners, sondern auf die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge in Betracht kommenden Personenkreises an (BGH, Urteil vom 26. Juli 2012 - VII ZR 262/11, BauR 2012, 1647 Rn. 10 m.w.N.).

15 bb) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Die Regelungen der Stoffpreisgleitklausel zur Herabsetzung der Vergütung wegen "Minderaufwendungen" sind derart ungewöhnlich, dass der typische Kundenkreis (Bauunternehmen) mit ihnen nicht rechnen muss.

16 (1) Durch Preisgleitklauseln sollen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht überschaubare Marktrisiken auf beide Vertragspartner in objektiv angemessener Weise verteilt und das unternehmerische Risiko reduziert werden. Dies führt unmittelbar auch zu Einspareffekten auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers, da der Bieter keine - oder jedenfalls geringere - Risikozuschläge für ungewisse Kostensteigerungen in die Angebotspreise einkalkuliert (Gabriel/Schulz, ZfBR 2007, 448; Reitz, BauR 2001, 1513, 1517). Schließt der Auftragnehmer einen Bauvertrag, der eine Stoffpreisgleitklausel beinhaltet, darf er deshalb davon ausgehen, dass er einerseits von Marktrisiken, die darin bestehen, dass Baustoffpreise steigen, entlastet wird. Andererseits muss er damit rechnen, dass Vorteile, die aus Preissenkungen resultieren, an den Auftraggeber weitergegeben werden.

- 17 Der Auftragnehmer muss jedoch ohne einen ausreichenden Hinweis nicht damit rechnen, dass er zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen unter dem Mantel einer Stoffpreisgleitklausel angehalten wird, von üblichen Kalkulationsgrundsätzen abzuweichen und seiner Kalkulation einen Preis zugrunde zu legen, der nicht mit dem Preis übereinstimmt, den er aufgrund der aktuellen Marktpreise redlicher Weise seinem Angebot zugrunde legen kann.
- 18 (2) Eine solche Klausel wird von dem Beklagten verwendet. Nach Nr. (9) und Nr. (10) der Stoffpreisgleitklausel ist bei der Berechnung der Vergütung für die der Preisgleitung unterfallenden Stoffe - ungeachtet der vom Auftragnehmer kalkulierten und tatsächlich aufgewendeten Kosten - die Differenz zwischen dem vom Auftraggeber festgesetzten "Marktpreis" und dem "Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung" zu berücksichtigen. Der "Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung" ist das Produkt aus dem vorgegebenen "Marktpreis" und dem "Quotienten der Preisindizes (Monat/Jahr) der Erzeugnisse gewerblicher Produkte (GP) des Statistischen Bundesamtes vom Monat des Einbaus bzw. der Verwendung". Dieser Regelung liegt die Intention des Auftraggebers zugrunde, Spekulationen des Auftragnehmers zu verhindern und die Abrechnung der Leistungen zu vereinfachen. Sie führt indes dazu, dass der Auftragnehmer bei der Bildung seiner Angebotspreise nicht auf die Einkaufspreise zum Zeitpunkt seiner Angebotsabgabe abstellen kann, sondern von dem vom Beklagten festgesetzten Marktpreis auszugehen hat. Bei fallenden Stoffpreisen läuft er andernfalls Gefahr, eine geringere Vergütung als den von ihm aufgewendeten Einkaufspreis zu erhalten. Dies kann sogar dazu führen, dass er für die von ihm erbrachte Leistung keine Gegenleistung erlangt, was das nachfolgende vereinfachte Rechenbeispiel (ohne Berücksichtigung der Selbstbeteiligungen) veranschaulicht.

19 Setzt der Auftraggeber einen (realistischen) Marktpreis von 1.000 € fest und fällt dieser Preis bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe auf 500 €, so erhält der Auftragnehmer - unterstellt der "Stoffpreis" bleibt bis zum Einbau gleich - bezogen auf diesen Stoff keine Vergütung, wenn er - wie üblich - mit dem bei Angebotsabgabe aktuellen "Preis" kalkuliert. Von seiner so kalkulierten Vergütung ist nämlich nach der vorgegebenen Berechnungsmethode die Differenz zwischen dem von dem Auftraggeber festgesetzten Marktpreis in Höhe von 1.000 € und dem Preis zum Zeitpunkt des Einbaus in Höhe von 500 € in Abzug zu bringen, so dass sich in den betroffenen Leistungspositionen die zu zahlende Vergütung um den vollständigen kalkulatorischen Ansatz für den Stoff verringert.

20 (3) An der Beurteilung der Klausel als überraschend ändert auch nichts, dass der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. Informationen über die Tragweite und die Konsequenzen der HVA B-StB-Stoffpreisgleitklausel veröffentlicht hat. Durch diese Mitteilungen ist nicht gewährleistet, dass europaweit sämtliche - auch mittelständischen und kleinen - Bieter hinreichend gewarnt sind.

21 2. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Sache zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO.

22 Die Berufung ist zurückzuweisen, da die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Restwerklohns in Höhe von 162.413,84 € zuzüglich 2.180,60 € an vorgerichtlichen Kosten jeweils nebst Zinsen aus § 631 Abs. 1, §§ 398, 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1, 2 BGB hat.

23 Hinsichtlich der von der Stoffpreisgleitklausel erfassten Leistungen (Betonstahl) verbleibt es bei den zwischen der ARGE und dem Beklagten mit Vertragsschluss ursprünglich vereinbarten Preisen.

24 Die durch die fehlende Einbeziehung der Stoffpreisgleitklausel betreffend die Herabsetzung der Vergütung wegen "Minderaufwendungen" entstandene Regelungslücke kann nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB gefüllt werden. Zwar ist grundsätzlich eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen, wenn sich eine durch Unwirksamkeit einer Klausel entstandene Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Vertragspartners des Verwenders verschiebt (BGH, Urteil vom 15. Januar 2014 - VIII ZR 80/13, NJW 2014, 1877 Rn. 20). Das gilt auch, wenn eine Klausel wie hier nicht Vertragsbestandteil geworden ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2009 - XI ZR 86/09, WM 2009, 1180 Rn. 27). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, kann indes dahinstehen. Die ergänzende Vertragsauslegung setzt nämlich voraus, dass sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, wie die Vertragsparteien den Vertrag gestaltet hätten, wenn ihnen die nicht bedachte Unwirksamkeit der Klausel bewusst gewesen wäre. Kommen dagegen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne dass erkennbar ist, welche die Vertragsparteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12, 28 m.w.N.; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 542 = NZBau 2005, 219).

25 So liegt der Fall hier. Es ist zwar davon auszugehen, dass die Vertragsparteien gewollt haben, dass der Beklagte an Kosteneinsparungen aufgrund gesunkener Betonstahlpreise teilhaben sollte. Jedoch lässt sich nicht feststel-

len, unter welchen Voraussetzungen (tatsächliche Einsparungen, fahrlässig nicht genutzte Einsparungsmöglichkeiten oder die objektiv bestehende Möglichkeit von Einsparungen) und in welcher Höhe (nach den tatsächlichen Einsparungen berechnet oder indexbasiert abstrakt berechnet) die Vergütung herabzusetzen sein sollte.

III.

26 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

RiBGH Eick ist urlaubsbedingt
gehindert zu unterschreiben

Halfmeier

Kartzke

Kniffka

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 28.01.2013 - 10 O 1005/11 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 13.12.2013 - 10 U 355/13 -