

Online-Seminar: GBK „Dach“ GmbH des Landesinnungsverbandes des Dachdeckerhandwerks Baden-Württemberg am 06. Mai 2021, 17:00 Uhr bis 18:00 Uhr:

Referent: H. Jürgen Bertl,
Rechtsanwalt,
Dipl. Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht;
Dreher + Partner Rechtsanwälte mbB,
Parkstraße 40, 88212 Ravensburg,
www.dreher-partner.de

„Unvorhergesehene Materialpreiserhöhungen / Auswirkungen auf die bauvertragliche Abwicklung“

1. Einführung:

Seit Jahresbeginn kämpft die Bauwirtschaft mit deutlichen Preissteigerungen bei Baumaterialien. Besonders betroffen sind hierbei u.a. Stahl, Kupfer, Holz- und Holzverbundstoffe, Bitumen und Dämmstoffe.

Innerhalb eines Jahres sind die Kosten für Roheisen und Stahl per März 2021 um 17,5% gestiegen, die Preise für Kupfer liegen um ein Fünftel über dem Vorjahr; Dämmstoffe haben sich um 5% verteuert. Diese statistischen Werte spiegeln jedoch nur die durchschnittlichen Verteuerungen während des genannten Zeitraums (03.2020 - 03.2021) wieder, nicht jedoch die bis heute andauernden Materialpreissteigerungen und zukünftige Ungewissheiten und hieraus resultierenden Kalkulationsrisiken.

Als maßgebliche Ursachen werden zum einen die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Rohstoffmärkte genannt, da weltweite Produktionskapazitäten heruntergefahren wurden. Zum anderen führte die mittlerweile anziehende Konjunktur in China und den USA zu einer erhöhten Nachfrage nach Rohstoffen. Hinzu kommen die hohen Preissteigerungen bei Treibstoff sowie gestiegene Frachtkosten.

Nicht nur bei langlaufenden Bauprojekten führt diese Entwicklung zu großen Problemen in den Unternehmen, wenn noch zu wesentlich niedrigeren Preisen kalkuliert wurde und diese Kosten nicht weitergegeben werden können, sondern auch bei der Kalkulation und Abgabe neuer Angebote. So bieten viele Baustofflieferanten derzeit nur sehr kurze Bindefristen, zum Teil auch nur Tagespreise an. Diese Preissprünge stellen die Unternehmen bei der Kalkulation neuer Aufträge vor immense Probleme lassen jede Kalkulation zu einem unberechenbaren Risiko werden. Da das Risiko einseitig auf Seiten der Auftragnehmer liegt, wird von den Verbänden der Bauausführenden gefordert, gerade bei länger laufenden Bauprojekten sogenannte „*Stoffpreisgleitklauseln*“ zu vereinbaren, um bei etwaigen Kostensteigerungen einen gerechten Ausgleich zwischen Auftragnehmern und Auftraggebern zu erreichen.

Die Folgen der gegenwärtigen Lage auf den Rohstoffmärkten werden auch für die Auftraggeber spürbar werden, weil Lieferengpässe zwangsläufig auch zu Bauverzögerungen führen.

Nachfolgend soll die rechtliche Situation und die nach der obergerichtlichen Rechtsprechung maßgebliche Risikozuordnung dargestellt und auf die beschränkten Möglichkeiten, einseitig diesen Risiken zu begegnen, im Einzelnen eingegangen werden.

2. Rechtsgrundlagen:

Werden Angebote - mit oder ohne Befristung - ohne besondere Hinweise unterbreitet und werden diese vom Auftraggeber (unverändert) angenommen, ist der Werkunternehmer in der Regel bis zum Ende der Bauzeit an die Angebots-(fest-)preise gebunden.

Anders kann sich dies nach der (noch nicht abschließend geklärten) Tendenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung bei Mehrmengen (§ 2 Abs. 3 VOB), angeordneten Leistungsänderungen (§§ 1 Abs.3, 2 Abs.5 VOB/B; §§ 650 b u. c BGB) und zusätzlichen Leistungen (§ 2 Abs.6 VOB/B) darstellen (BGH, Urteil vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18; KG, Urteil vom 10.07.2018, Az.: 21 U 30/17; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.04.2020, Az.: 11 U 153/18). Auf diesen bisher im Zu-

sammenhang mit Materialpreiserhöhungen wenig beachteten Aspekt soll nachfolgend noch näher eingegangen werden.

a) **Angebots- / Vertragsanbahnungsphase / Vertragsschluss:**

aa) **Befristung von Angeboten:**

Zur Risikominimierung sollte zumindest daran gedacht werden, die Bindefristen für Angebote stärker abzukürzen, z.B. „*an dieses Angebot halte ich mich längstens bis zum ... gebunden*“.

Dies hilft jedoch letztlich nur dann weiter, soweit bei fristgerechter Angebotsannahme unmittelbar kurzfristig die Materialbeschaffung (Lagerhaltung) möglich ist, und damit zu rechnen ist, dass das Risiko zwischenzeitlicher Preissteigerungen in Kauf genommen werden kann oder vom Handel für diese kurze Bindefrist zzgl. der notwendigen Bestellfrist für die angefragten Materialien die Preise verbindlich zugesichert wird.

bb) **„Unverbindlichkeit“ der Angebotsstellung: „Freibleibende Angebote“:**

Mit dem Hinweis „*unverbindliches Angebot / frei bleibendes Angebot*“ wird der rechtswirksame Vertragsschluss zeitlich eine Stufe nach hinten verlagert und schafft so mehr Spielraum für den Unternehmer.

Der Kunde kann ein solches (unverbindliches) Angebot nicht verbindlich - also zum sofortigen Vertragsschluss führend - annehmen. Er kann nur den Willen zum Vertragsschluss äußern („*invitatio ad offerendum*“). Diese Erklärung ist in rechtlicher Hinsicht als Angebot des Auftraggebers zum Vertragsabschluss auf der Grundlage des (unverbindlichen) Angebots des Auftragnehmers zu beurteilen. Der Unternehmer kann dann entscheiden, ob er das Angebot des Auftraggebers zum Vertragsabschluss annimmt oder im Hinblick auf zwischenzeitliche Preissteigerungen mit diesem neue Preise verhandelt und auf dieser Basis einen Bauvertrag abschließt.

Beachte: Der Kunde muss jedoch erkennen können, dass es sich noch nicht um ein verbindliches Angebot handelt. Daher genügt m.E. der bloße Hinweis in der Formulierung des Angebots „Angebot freibleibend“ oder „unverbindlich“ nicht. Vielmehr muss zusätzlich ein deutlicher Hinweis erfolgen, wie beispielsweise:

„Bei Interesse an der Auftragserteilung erstellen wir Ihnen gerne ein verbindliches Angebot.“

cc) Vereinbarung von „Stoffpreis- / Materialpreisgleitklauseln“:

Stoff- oder Materialpreisgleitklauseln stellen grundsätzlich das probateste Mittel zur Weitergabe von Materialpreiserhöhungen dar. Werden solche **vom Auftraggeber** im Leistungsverzeichnis/Bauvertrag vorgegeben (wie in der Vergangenheit häufig bei öffentlicher Auftragsvergabe) und verstoßen diese nicht gegen das Preisklauselgesetz (PrKG), steht deren Wirksamkeit in der Regel nichts entgegen.

Da auf Seiten der **Auftraggeber** an der einseitigen Vorgabe solcher „Gleitklauseln“ wegen der häufig hiermit verbundenen Preiserhöhungen **kein Interesse** besteht, verbleibt grundsätzlich nur die Möglichkeit, solche im Angebot oder in den Angebotsbedingungen einseitig vorzugeben oder mit dem Auftraggeber im Einzelnen auszuhandeln.

Eine vollständige Darstellung der Voraussetzungen zur wirksamen Vereinbarung von Materialgleitklauseln und der verbleibenden rechtlichen Risiken würde den Rahmen dieser zusammenfassenden Darstellung bei weitem „sprengen“. Diese sollen daher nur in groben Zügen dargestellt werden.

Werden solche Klauseln vom Auftragnehmer in Angeboten und/oder in Allgemeinen Angebotsbedingungen einseitig vorgegeben, sind solche regelmäßig an den rechtlichen Vorgaben und Schranken des **Rechts zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 - 310 BGB)** zu messen. Dabei ist zum einen zwischen der Verwendung gegenüber „**Verbrauchern**“ und „**Unternehmern**“ zu unterscheiden:

(1) Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

- Verbraucherverträge:

Bei Verträgen mit Verbrauchern sind AGB-Klauseln nach (noch) strengeren Kriterien zu beurteilen. Auch **einmal vorformulierte Vertragsbedingungen**, auf deren Inhalt der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, unterliegen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Allgemein sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligen**. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Nach § 309 Nr. 1 BGB ist eine gegenüber dem Verbraucher vorgegebene Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon allein deshalb unwirksam, wenn **diese eine Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen**.

Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen wird allgemein davon abgeraten, bei Verträgen mit Verbrauchern eine Preisgleitklausel einseitig vorzugeben oder zu vereinbaren, da letztlich auch der Nachweis des Aushandelns vom bauausführenden Unternehmer nur schwerlich geführt werden kann.

- Unternehmerverträge:

Selbst wenn man die Regelung des §§ 309 Nr. 1 BGB bei der einseitigen Vorgabe von Gleitklausel gegenüber Unternehmern für nicht anwendbar erachten würde, verbleibt auch insoweit das Risiko der Unwirksamkeit der Klausel wegen § 307 BGB und/oder als überraschend i. S. des § 305 c BGB. Zumindest muss eine solche Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers jedenfalls die allgemeinen Anforderungen an eine wirksame Materialgleitklausel erfüllen.

(2) Individualvereinbarung:

Um einer Inhaltskontrolle nach dem Recht zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entgehen, sollte – wenn am Markt überhaupt durchsetzbar - mit dem

Auftraggeber über die Preisanpassungsregelung eine **Individualvereinbarung** getroffen werden.

Eine solche muss für den Einzelfall formuliert und eine inhaltliche Auseinandersetzung der Vertragsparteien mit der Vereinbarung stattfinden. Diese muss daher im Einzelnen ausgehandelt werden, was voraussetzt, dass die Vertragsparteien die Regelung inhaltlich besprechen und dabei ernsthaft gewillt sind, diese ggf. zu verändern. Ein Lückentext erfüllt den Anschein, dass es sich um keine Individualvereinbarung handelt.

Inhaltlich muss eine „**wirksame**“ Stoffpreisgleitklausel zumindest folgende Anforderungen erfüllen:

- Es dürfen nur gestiegene Stoffpreise ausgeglichen, nicht aber ein zusätzlicher Gewinn erzielt werden;
- um eine unangemessene Benachteiligung zu vermeiden, muss die Klausel eine Saldierung vorsehen, d.h., es sind alle Stoffkosten des Leistungsverzeichnisses in die Betrachtung miteinzubeziehen und etwaige Preisminderungen auch an den Kunden weiterzugeben;
- der Kunde muss über die Basis der Berechnung (z.B. Preisindex zum Zeitpunkt der Angebotslegung), die Quelle der Informationen (z.B. Statistisches Bundesamt) und darüber, welche Stoffe von der Stoffpreisgleitklausel erfasst sind, in der Vereinbarung aufgeklärt werden;
- sofern die Stoffpreisgleitklausel in Anspruch genommen wird, ist der Kunde darüber aufzuklären, welche Stoffe sich wie verändert haben;
- es muss ein Kündigungsrecht des Kunden bei nicht unwesentlichen Preiserhöhungen vereinbart werden;
- ob eine Stoffpreisgleitklausel jedenfalls im Verhältnis zu Unternehmern wirksam ist, welche eine kurzfristige Preiserhöhung unterhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss vorsieht, ist offen und obergerichtlich nicht abschließend geklärt.

Beispiele für die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln finden sich im *Vergabehandbuch Bund*.

dd) Sondersituation: Bauen für die öffentliche Hand:

Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe wurden in der Vergangenheit Preisgleitklauseln in den Vergabeunterlagen vorgesehen. Durch entsprechende Rechtsverordnungen im Zusammenhang mit Stahlpreissteigerungen in der Vergangenheit wurden entsprechende, zwischenzeitlich abgelaufene Verwaltungsanweisungen getroffen, welche in öffentlichen Ausschreibungen die Vorgabe von Preisgleitklauseln verbindlich festgelegt hatten.

Angesichts der aktuellen Situation müsste dies Anlass für die Interessenvertreter des Baugewerbes sein, zumindest bei öffentlichen Aufträgen kurzfristig die verbindliche Vorgabe von Preisgleitklauseln durchzusetzen und für die Zukunft gesetzliche Regelungen zu den Bedingungen und zur Zulässigkeit einzufordern.

ee) Selbstbelieferungsklauseln in Bauverträgen:

Da nicht nur die Preisentwicklung der Baumaterialien problematisch ist, sondern auch deren Verfügbarkeit, sollte bei neu abgeschlossenen Bauwerkverträgen zur Vermeidung des Verzugs mit der Ausführung wegen nicht rechtzeitiger Materiallieferungen und insbesondere auch bei im Vertrag vorgegebenen Vertragsfristen eine ergänzende Regelung in den Vertrag aufgenommen werden.

Eine solche „**Selbstbelieferungsklausel**“ könnte wie folgt formuliert werden:

„Die Einhaltung des unter Ziff. / § des Vertrages genannten Liefertermins steht unter dem Vorbehalt richtiger und rechtzeitiger Selbstbelieferung.“

Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Selbstbelieferungsklausel ist ein kongruentes Deckungsgeschäft. Dies bedeutet, dass der Werkunternehmer tatsächlich für den entsprechenden Auftrag das Material zum benötigten Zeitpunkt bestellt hatte und der

Lieferant tatsächlich nicht geliefert hat. Dies muss vom Werkunternehmer nachgewiesen werden können.

b) **Vertragsabwicklungsphase:**

Bei laufenden Verträgen und bis zur Fertigstellung eintretender massiver Materialpreissteigerungen können solche zum einen erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für den Werkunternehmer und sich stellende Lieferprobleme für den zeitlichen Bauablauf haben.

aa) **Anpassung der Vertragspreise über das Rechtsinstitut des „Wegfalls / der Störung der Geschäftsgrundlage“ gem. § 313 Abs. 1 BGB:**

Wie bereits dargestellt, ist der Werkunternehmer – ohne besondere Regelung im Vertrag – bis zum Ende der Bauzeit an die Angebotspreise (sog. „**Festpreise**“) gebunden. Bei massiven und kurzfristigen Materialpreissteigerungen und -erhöhungen stellt sich die oft existentielle Frage nach den Möglichkeiten zur Weitergabe der Materialpreiserhöhungen an den Auftraggeber.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.02.1978 (Az. VIII ZR 221/76), welche im Zusammenhang noch mit der sog. „*Ölkrise*“ in den 1970er-Jahren ergangen ist, sowie einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 28.12.2005 (Az. 14 U 124/05) zu Stahlpreiserhöhungen, kann der Werkunternehmer **keine Anpassung angebotener Preise verlangen**, wenn diese auf dem Weltmarkt steigen. Auf den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** nach § 313 Abs. 1 BGB kann er sich hierbei **nicht** berufen.

Die Preisbildung – und damit auch die Entwicklung der zugrunde liegenden Umstände – **fällt danach ausschließlich in den Risikobereich des Auftragnehmers**. Dies wird damit begründet, dass für den Auftraggeber nicht erkennbar sei, dass der Auftragnehmer seinen Preis auf der Grundlage eines bestimmten Angebots kalkuliert habe (so: OLG Hamburg, a.a.O.). Aus diesem Grund sind die im Angebot kalkulierten Preise der Lieferanten des Werkunternehmers auch nicht Vertragsgrundlage geworden.

Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung an diesen Grundsätzen festhalten wird. Insoweit könnte in Anlehnung einer (nicht mit aktuellen Preiserhöhungen zusammenhängenden) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.1985 (Az. VII ZR

188/84) allenfalls die Auffassung vertreten werden, dass jedenfalls ganz „*extreme und völlig unvorhersehbare Kostenerhöhungen, die ein Festhalten an den Vertragspreisen schlichtweg unzumutbar machen*“ zu einer Preisanpassung führen müssen. Abgesehen davon, dass wir davon ausgehen, dass die Rechtsprechung daran festhält, dass der vom Unternehmer kalkulierte Lieferantenpreis ohne ausdrückliche Aufdeckung nicht Geschäftsgrundlage des Vertrags mit dem Auftraggeber wird, müsste sich eine solche Baukostenexplosion in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Anpassung des Pauschalpreises jedenfalls in einer Größenordnung von mindestens 20% bis 30% der Gesamtauftragssumme bewegen.

Mit der Argumentation des OLG Hamburg könnte daran gedacht werden, einzelne Lieferantenpreise im Angebot offenzulegen. In dieser Konstellation könnte, so jedenfalls das OLG Hamburg, der Einkaufspreis Geschäftsgrundlage werden. Auch dies müsste jedoch am Markt durchgesetzt werden.

Eine Preisanpassung wegen gestiegener Materialpreise kommt daher in der Regel nicht in Betracht.

bb) Preisanpassung bei Mehrmengen, angeordneten Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen?

Jedenfalls bei vereinbarter Geltung der VOB/B erfolgte bei Mehrmengen, angeordneten Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen die vorkalkulatorische Preisfortschreibung. Grundsätzlich galt in der Vergangenheit insoweit der Grundsatz:

„Guter Preis bleibt guter Preis – schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“

Seit dem Jahr 2018 zeichnet sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung jedoch die Tendenz einer Abkehr von der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung an. Ausgehend von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 2 Abs. 3 VOB/B vom 08.08.2019 (Az. VII ZR 34/18), welche sich ausschließlich auf die Berechnung der Preise für Mehr- bzw. Mindermengen bezog, haben zwischenzeitlich das Kammergericht Berlin in seiner Entscheidung vom 10.07.2018 (Az. 21 U 30/17) sowie das OLG Brandenburg im Urteil vom 22.04.2020 (Az. 11 U 153/18) die vorkalkulatorische Preisfortschreibung auch im Hinblick auf die Regelung des BGB (§§ 650 b) u. c) BGB) aufgegeben. Maßgeblich für die

Preisbildung bei zusätzlich angeordneten, geänderten und zusätzlichen Leistungen sollen danach ausschließlich die „**tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten**“ sein.

Diese sich ändernde Rechtsprechung wurde im Zusammenhang mit Materialpreiserhöhungen bisher wenig beachtet. In der Konsequenz müssten bei Ermittlung der tatsächlichen Kosten jedoch auch im Zeitpunkt der Anordnung der geänderten Leistung eingetretene Materialpreiserhöhungen zu berücksichtigen sein. Der Werk-unternehmer sollte zumindest daran denken, diese bei der Bemessung der hierfür geltend gemachten Vergütung miteinzubeziehen.

cc) Risikozuweisung für die fristgerechte Belieferung: Behinderung und Behinderungsgründe / „Corona“ als „höhere Gewalt“?

Nach § 6 Abs. 2 VOB/B werden Ausführungsfristen verlängert, soweit die Behinderung durch „höhere Gewalt“ oder „andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände“ verursacht sind.

Ein unabwendbarer Umstand kann in jedem Fall nur angenommen werden, wenn den Auftragnehmer keinerlei Verschulden an dem Ereignis trifft. Ein unabwendbarer Umstand kann beispielsweise in einer, die weitere Bauausführung hindernden Materialknappheit liegen.

Ob dies beim Abschluss neuer Verträge in Kenntnis der Liefersituation uneingeschränkt eine Behinderung begründen kann, ist zumindest zweifelhaft.

dd) Behinderungsbedingte Entschädigung, § 642 BGB, § 6 Abs. 6 VOB/B:

Kommt es infolge massiver Lieferprobleme bei Vorgewerken zu einem Stillstand bzw. Ruhen des Bauablaufs, gilt im Werkvertragsrecht die Regelung des § 642 BGB. Ist die Bauunterbrechung der Risikosphäre des Auftraggebers zuzuordnen, konnte der Unternehmer im Hinblick auf den hierdurch bewirkten Annahmeverzug eine angemessene Entschädigung verlangen. Hiervon wurden regelmäßig auch während des Verzugs eingetretene Lohn- und Materialpreisssteigerungen umfasst. Nach den Entscheidungen des Kammergerichts Berlin vom 29.01.2019 und des Bundesgerichtshofs 26.10.2017 fallen unter

diesen Entschädigungsanspruch jedoch nur solche Schäden, die konkret während des Verzugszeitraums entstanden sind. Lohn- und Materialmehrkosten werden danach regelmäßig nicht (mehr) ersetzt.

Eine Kündigung wegen kurzfristiger, auch deutlicher Preiserhöhungen besteht nicht. Bei VOB-Verträgen kommt allenfalls ein Sonderkündigungsrecht gem. § 6 Abs. 7 VOB/B - dessen Vorliegen vor Ausspruch einer Kündigung jedoch sorgfältig geprüft werden muss – bei Verzögerungen oder Unterbrechungen der Bauausführung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers von drei Monaten in Betracht.

3. Zusammenfassung:

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei kurzfristigen Materialpreiserhöhungen der Werkunternehmer im Nachhinein nur äußerst geringe Spielräume hat, gestiegene Preise an die Kunden weiterzugeben. Auch der vorsorgenden Gestaltung sind, wie im Einzelnen dargelegt, enge Grenzen gezogen. Das Resümee für die bauvertragliche Abwicklung stellt sich daher erheblich ernüchternd dar.

H. Jürgen Bertl,
Rechtsanwalt, Dipl.Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht;
Dreher + Partner Rechtsanwälte mbB,
Parkstraße 40, 88212 Ravensburg,

Diesen Seminarbeitrag finden Sie online im „Newsroom“ unter www.dreher-partner.de