

**Online-Seminar:** GBK „Dach“ GmbH des Landesinnungsverbandes des  
Dachdeckerhandwerks Baden-Württemberg am  
26. April 2022, 10:00 Uhr bis 13:00 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](http://www.dreher-partner.de)

**„Update:  
Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger  
Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs“**

## I. Einführung

Die uns seit Beginn der sog. „*Corona-Krise*“ begleitende Problematik exorbitanter Preissteigerungen und Lieferengpässe hat sich mit Beginn des „*Ukraine-Kriegs*“ und der in diesem Zusammenhang verfüigten Boykotte **erheblich verstärkt!**

Nachdem die Folgen der lang dauernden „*Corona-Krise*“ noch weitgehend abgedeckt werden konnten, zeigen die Folgen des Kriegsgeschehens in der Ukraine bisher nicht dagewesene Folgen.

So wurden wichtige **Rohstoffe weltweit vorübergehend aus dem Handel (Rohstoffbörse) genommen**, wie z.B. Kupfer oder das für die Edelstahlherstellung notwendige Zink. Betroffen sind insbesondere auch auf Erdöl basierende Produkte, wie Bitumen, Kunststoffrohre, Folien und Dichtbahnen sowie auf energieintensiven Herstellungsverfahren basierende Bauprodukte. So wurden bereits weitere erhebliche Preissteigerungen für Aluminium und Tondachziegel angekündigt. Dies gilt auch für transportintensive Materialien, wie z.B. „*Beton*“, wo sich neben den steigenden Kraftstoffkosten als weiterer Preistreiber die staatliche CO<sub>2</sub>-Abgabe bemerkbar macht.

Gerade im **Bau- und Werkvertragsrecht** führt dies zu kaum mehr abschätzbaren **Risiken**.

Nicht nur bei laufenden Bauprojekten führt diese Entwicklung zu großen Problemen, wenn noch zu wesentlich geringeren (Material-)Preisen kalkuliert wurde, sondern auch bei der Kalkulation und Abgabe neuer Angebote.

Hier zeigt sich, dass der Handel teilweise keine bindenden Preiszusagen für in der Zukunft liegende Materialabrufe (Bestellungen), sondern sich lediglich auf die Preisgeltung zum Zeitpunkt der Lieferung einlässt.

## II. Rechtsgrundlagen

Grundlage der Preisbindung im „**Baubereich**“ sind insbesondere die **bau- und werkvertraglichen Besonderheiten**, die im Hinblick auf lange Bindefristen und Vorlaufzeiten von der Angebotsstellung und Auftragserteilung bis zur Ausführung der beauftragten Leistungen und erheblichen Bauzeiten geprägt sind. Diese können bei größeren Bauobjekten viele Monate bis zum Ausführungsbeginn und u.U. Jahre bis zur Baufertigstellung betragen.

Werden **Angebote** – mit oder ohne Befristung – unterbreitet und diese vom Auftraggeber (unverändert) **angenommen**, ist der **Werkunternehmer** (Bauleistende) – jedenfalls ohne besondere vertragliche Regelungen – **bis zum Ende der Bauzeit an die Angebots-(Fest-)preise gebunden!** (vgl. nur: § 631 BGB, § 2 VOB/B)

### 1. Angebots-/Vertragsanbahnungsphase / Vertragsschluss

#### a) Befristung von Angeboten:

Soweit im Handel eine Preisbindung für Lieferangebote überhaupt noch möglich sind, müssen Angebote jedenfalls zwingend so **befristet** werden, dass bei erfolgter Beauftragung innerhalb dieser Frist eine etwa bestehende Preisbindung für die Beschaffung der wesentlichen Baumaterialien **Geltung** haben kann.

Eine Befristung muss jedoch ausdrücklich und eindeutig im Angebot formuliert werden:

**„An dieses Angebot halten wir uns bis längstens ..... gebunden.“**

#### b) „Unverbindlichkeit“ der Angebotsstellung (freibleibende Angebote:

Insbesondere im Bereich des Abschlusses von Bauverträgen mit „**Verbrauchern**“, wo die Vereinbarung von Preisgleitklauseln – wenn überhaupt bei Vorgabe durch den Unterneh-

mer nur in engen Grenzen zulässig ist, sollte daran gedacht werden, die **Angebote** ausdrücklich als „**unverbindlich**“ zu bezeichnen. Hierdurch wird der 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. 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 dem (potentiellen) Auftraggeber neue Preise verhandelt und auf dieser Basis einen Bauvertrag abschließt.

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

So kann beispielsweise in der Angebotseinleitung ein Vorspann vorgesetzt werden, wo **„um Verständnis gebeten wird, dass angesichts der derzeitigen Preisentwicklung ein „verbindliches Angebot“ nicht abgegeben werden kann und daher das nachfolgende Angebot nur unverbindlich gestellt werden kann.“** Am Ende des unverbindlichen Angebots könnte dann der Hinweis erfolgen:

**„Bei Interesse an der Auftragserteilung erstellen wir Ihnen gerne (kurz vor Baubeginn) ein verbindliches Angebot.“**

c) **Bedingtes Angebot:**

Da die wirksame Vereinbarung von Materialpreisklauseln jedenfalls im Verhältnis zu Verbrauchern – bei einseitiger Vorgabe durch den Unternehmer sind diese regelmäßig als AGB mit dem Risiko der Unwirksamkeit zu beurteilen – aber auch im unternehmerischen Bereich nicht unproblematisch ist, sollte bereits **im Angebot klargestellt werden, dass das Angebot ausdrücklich unter der „Bedingung der Vereinbarung einer Materialgleitklausel“** sowie, worauf nachfolgend noch näher einzugehen sein wird, **der Vereinbarung einer Selbstbelieferungsklausel steht.**

Außerhalb des Verbraucherrechts hält der Endunterzeichner solche Materialgleitklauseln grundsätzlich, soweit diese transparent ausgestaltet sind, auch bei Vorgabe durch den Unternehmer im Angebot für wirksam. Soweit diese nachweisbar ausgehandelt werden oder besser noch vom Auftraggeber gestellt werden, stellt sich die Problematik der Unwirksamkeit als allgemeine Geschäftsbedingung – wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der Klausel – nicht.

Da zur Vermeidung der Unsicherheiten über die Wirksamkeit einseitig vorgegebener Materialgleitklauseln (erheblicher gerichtlicher Beurteilungsspielraum und damit verbundener Risiken) die Regelungen zur Materialpreisanpassung möglichst ausgehandelt werden sollten, sollte daran gedacht werden, die Angebote grundsätzlich unter die Bedingung der Vereinbarung einer Materialgleitklausel zu stellen.

Zu beachten ist jedoch, dass dies bei „**öffentlichen Vergaben/Ausschreibungen**“ **nicht zulässig** ist, da jede Änderung der Vergabebedingungen – auch in Begleitschreiben – zwingend zum Ausschluss des Bieters führt.

d) **Vereinbarung von „Stoffpreis-/Materialpreisgleitklauseln“:**

Die wirksame Vereinbarung von **Stoff- oder Materialpreisgleitklauseln** stellen grundsätzlich das **probateste und sicherste Mittel zur Weitergabe von Materialpreiserhöhungen** dar.

Abgesehen davon, dass die eingeschränkte Verfügbarkeit und Unsicherheiten bei der Preisgestaltung bekannt sind, ist der (Bau-)Markt generell sehr angespannt, was die Verhandlungsposition von Unternehmen, um eine Stoffgleitklausel zu vereinbaren und einen Vertrag nur unter der Bedingung einer solchen Klausel überhaupt abzuschließen, zumindest derzeit nicht ungünstig.

Gängige Preisgleitklauseln (insbesondere der öffentlichen Hand) knüpfen an Baukostenindizes an. In der aktuellen Situation mit äußerst kurzfristigen Preissteigerungen stellt dies einen trägen Mechanismus dar. Es sollte daher im Einzelfall ausgehandelt werden, welche Nachweise für die veränderten Baustoffpreise vom Auftragnehmer vorgelegt werden müssen. Soll die Mitteilung des Baustofflieferanten des Auftragnehmers ausreichend sein? Muss der Auftragnehmer Alternativangebote anderer Baustofflieferanten einholen, um die Marktüblichkeit von Preissteigerungen objektiv nachzuweisen? Des Weiteren muss der

zeitliche Anwendungsbereich geklärt sein und eine sinnvolle Abrechnungsschnittstelle gefunden werden: „Soll die Preisanpassung generell schon ab der Mitteilung des Auftragnehmers gelten, oder erst für die nächste Materialbestellung, die unter die geänderten Preise fällt?“

Für die Abrechnung wäre es grundsätzlich am Leichtesten, auf den Zeitpunkt der nächsten Abschlagsrechnung abzustellen. Das führt naturgemäß dann aber zu einer nicht exakten Weiterberechnung der Mehrkosten zum leichten Nachteil des Bauherrn.

**Entscheidend ist die wirksame Einbeziehung einer Preisgleitklausel in die Vertragsunterlagen.**

Viele Bauvertragsmuster regeln ausdrücklich den „Ausschluss“ von Preisgleitklauseln, was über Jahre gängiger Praxis entsprach. Gleichzeitig regeln Bauvertragsmuster üblicherweise eine „Rangreihenfolge“ der Vertragsgrundlagen. Da regelmäßig der Bauvertrag in der Rangreihenfolge ganz oben steht und sieht dieser keine Preisgleitklausel vor, wird es im Streitfall schwer nachzuweisen sein, dass eine solche tatsächlich vorrangig vor den klaren bauvertraglichen Regelungen im Zuge eines Mail-Verkehrs oder im Rahmen eines nachrangigen Verhandlungsprotokolls, welches schon vor Vertragsabschluss angefertigt wurde, vereinbart wurde. **Preisgleitklauseln sollten daher immer im Bauvertrag aufgenommen werden.**

Werden solche Klausel vom Auftragnehmer in Angeboten oder in allgemeinen Angebotsbedingungen einseitig vorgegeben, sind solche regelmäßig an den rechtlichen Vorgaben und Schranken des **Rechts zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB)** zu messen. Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind jedoch dann unwirksam, soweit der Vertragspartner des Verwenders (Stellers) durch die einseitig vorgegebenen Bedingungen „*unangemessen benachteiligt wird*“. Dies führt dann zur Unwirksamkeit der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebenen Vertragsklauseln.

#### **(1) Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen:**

- „Verbraucher-Verträge“:

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 („Einmalverwendung“).

Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind 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 zur Preisanpassung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon deshalb unwirksam, wenn **diese eine Erhöhung des Entgelts für Waren oder Dienstleistungen 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 für bauausführende Unternehmer nur schwerlich geführt werden kann. Es sollte daher die Vorgabe durch den Bauherrn in dem i.d.R. vom Architekten ausgearbeiteten Bauvertrag bestanden werden.

- Unternehmerverträge:

Selbst wenn man die Regelung des § 309 Nr. 1 BGB bei der einseitigen Vorgabe von Gleitklauseln 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.d. § 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 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**“ Material-/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 einzubeziehen und etwaige Preisminderungen auch an den Kunden weiterzugeben.
- Der Kunde muss über die **Basis der Berechnung** (z.B. Preisindex zum Zeitpunkt der Angebotslegung; maßgebliche sonstige Preisgrundlagen), die Quelle der Informationen (z.B. Statistisches Bundesamt; Lieferantenpreislisten unter Angabe der einzubeziehenden Rabatte) und darüber, welche Stoffe von der Stoffpreisgleitklausel erfasst sind, in der Vereinbarung aufgeklärt werden.
- Sofern die Stoffpreisgleitklausel in Anspruch genommen wird, ist der Auftraggeber darüber zu informieren und aufzuklären, welche Stoffe sich preislich wie verändert haben und in dieser die maßgeblichen Nachweise festzulegen.
- Es sollte daran gedacht werden, bei nicht unwesentlichen Preiserhöhungen dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht einzuräumen.
- Ob eine Stoffpreisgleitklausel (insbesondere in AGB) im Verhältnis zu Unternehmern wirksam ist, welche eine kurzfristige Preiserhöhung unterhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss vorsieht, ist offen und obergerichtlich abschließend noch nicht geklärt.



e) **Sondersituation: Bauen für die öffentliche Hand**

Die Mehrzahl der **öffentlichen Ausschreibungen** sieht in den Vertragsunterlagen / Vergabeunterlagen nach wie vor keine Materialgleitklausel / Stoffgleitklausel vor. Dies ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, da sich die Corona-Problematik und hierdurch bedingte Lieferengpässe und exorbitante Preissteigerungen bereits über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren hinziehen und sich die Situation durch die „Ukraine-Krise“ und den „Krieg“ noch exorbitant verschärft hat.

Ungeachtet dessen, dass vom **Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen** – beschränkt leider auf die Vergaben des Bundes und der Bundesbehörden – mit **Erlass** vom **25.03.2022** bei neuen Vergabeverfahren zwingend die Einbeziehung von Stoffpreisgleitklauseln für im Einzelnen bezeichnete Produktgruppen in die Vergabeunterlagen vorgegeben wurde, haben sich nach unserer Kenntnis die meisten Bundesländer, Landkreise, Gemeinden und sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften diesen Vorgaben nicht angeschlossen.

Im Bereich des Landkreises Ravensburg werden derzeit jedoch sowohl mit dem Landkreis als auch den Kommunen über die Einbeziehung von Materialgleitklauseln in zukünftige Vergabeverfahren unter Beteiligung der Vertreter der Berufsverbände und Innungen erfolgsversprechende Verhandlungen geführt.

Der Erlass des Bundesbauministeriums ist in der –Anlage– diesen Seminarunterlagen beigefügt und kann insbesondere auch bezüglich der Preisanpassung bei bestehenden Verträgen als Argumentationshilfe dienlich sein.

Festzuhalten bleibt, dass dieser Erlass für die übrigen öffentlichen Körperschaften nicht verbindlich ist und auch die dort vertretene Auffassung zu Preisanpassungen bei laufenden Verträgen für öffentlichen Vergaben die nicht der Zuständigkeit des Bundes unterliegen keinerlei Verbindlichkeit hat.

Soweit Ausschreibungen im öffentlichen **Vergabeverfahren eingeleitet** werden, in welchen solche „**Stoffpreisklauseln**“ **nicht vorgesehen** sind, stellt sich die Frage, wie hierauf im laufenden Vergabeverfahren reagiert werden kann.

Wegen des drohenden Ausschlusses kommt eine Änderung der Vergabeunterlagen, insbesondere auch in Form eines Begleitschreibens zum Angebot, nicht in Betracht.

In formaler Hinsicht könnte und sollte daran gedacht werden, bei solchen Vergabeverfahren unmittelbar – nicht erst kurz vor Ablauf der Abgabefristen – im Hinblick auf die durch den „Ukraine-Krieg“ verstärkte und verschärfte Preis- und Liefersituation ausdrücklich und förmlich **„die nicht vergabekonforme Ausschreibung“** zu **„rügen“**!

Eine solche Rüge muss von der vergebenden Stelle bearbeitet und auch den weiteren Bietern bekanntgegeben und hierüber entschieden, zumindest geantwortet werden.

Zur Argumentationshilfe und Begründung der Rüge könnte u.a. auf folgendes abgestellt werden:

- **§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (bei nationaler Ausschreibung);**  
**§ 7 Abs. 1 Nr. 3 EUVOB/A (bei europaweiter Ausschreibung):**

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A **„darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden, und zwar für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen kann“.**

Jedenfalls bei den derzeit nicht abschätzbaren Auswirkungen des „Ukraine-Kriegs“ und dem damit verbundenen Ausfall der Zulieferer von Rohstoffen und einhergehender Verknappung von Baumaterialien und hiermit verbundenen exorbitanten Preissteigerungen und Ungewissheiten der weiteren Entwicklung stellt dies, jedenfalls nach meiner Auffassung, derzeit ein solches nicht zu beeinflussendes ungewöhnliches Wagnis dar, welches der öffentliche Auftraggeber nicht einseitig auf den Auftragnehmer überbürden darf, was daher zwingend die Vereinbarung von Materialgleitklauseln, zumindest für die hiervon betroffenen Baustoffe, voraussetzt.

Ob sich die Rechtsprechung dieser Argumentation anschließen wird, ist jedoch völlig offen. **Ungeachtet dessen sollte daran gedacht werden, eine „förmliche Rüge“ – welche mit keinen Kosten oder Risiken verbunden ist – jedenfalls mit vorstehenden Hinweisen zu erheben und zu begründen.**

- **§ 9 d) VOB/A - § 9 d) EUVOB/A – Änderung der Preisermittlungsgrundlagen:**

§ 9 d) VOB/A sieht für die derzeitige Problematik sogar ausdrücklich eine Regelung für das Vergabeverfahren vor, welche im Vergabeverfahren und bei Ausschreibungen auftraggeberseitig zu berücksichtigen ist.

**„Sind wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss ist, so kann eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen werden. Die Einzelheiten der Preisänderungen sind festzulegen.“**

Diese Regelung sieht letztlich inhaltlich explizit die Aufnahme einer Preisgleitklausel bei Vorliegen der genannten Besonderheiten vor und gibt eine solche dem Auftraggeber ausdrücklich vor. Andererseits wird der Vergabestelle hier Ermessensspielraum eingeräumt.

f) **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 – zwingend – im Bauvertrag, wo die verbindlichen Vertragsfristen geregelt sind, wie folgt formuliert werden:

**„Die Einhaltung des unter Ziff. .... / § ... des Vertrages genannten Ausführungstermine stehen 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.

Außerhalb des öffentlichen Vergabeverfahrens sollte zudem daran gedacht werden, das Angebot entweder unter die weitere Bedingung der Vereinbarung einer solchen Klausel zu stellen oder eine solche bereits in das Angebot aufzunehmen.

## 2. Vertragsabwicklung

Die festgestellten massiven Materialpreissteigerungen können bei laufenden Verträgen bis zur Fertigstellung wegen der dargestellten Preisbindung erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für den Werkunternehmer - ebenso auch sich stellende Lieferprobleme für den zeitlichen Bauablauf - haben.

### a) 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 existenzielle Frage nach den **Möglichkeiten zur Weitergabe der Materialpreiserhöhungen** an den Auftraggeber. Ob solche begründet und durchsetzbar sind, ist in der baurechtlichen Literatur umstritten. Obwohl sich diese Situation nunmehr über bereits einen Zeitraum von mehr als drei Jahren erstreckt und sich durch den Ukraine-Krieg noch erheblich verschärft hat, sind aktuelle Entscheidungen der Obergerichte oder des Bundesgerichtshof, welche zur Rechtssicherheit beitragen könnten, hierzu bisher nicht ergangen.

Bei laufenden Verträgen, die zu einem Zeitpunkt geschlossen wurden, zu welchem die nunmehr durch den Ukraine-Krieg aufgetretenen massiven Materialpreissteigerungen und Lieferprobleme für den Unternehmer bei Abgabe des Angebots nicht erkennbar waren, stellt sich die Sach- und Rechtslage jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung weiterhin **äußerst problematisch** dar.

Trotz aller Bedenken in der juristischen Fachliteratur (zuletzt: *Kues, Ukraine-Krieg: Wegfall der „Großen Geschäftsgrundlage“*, IBR, Werkstatt-Beitrag v. 16.03.2022; *Kues: Beschaffungsrisiko vs. höhere Gewalt im Ukraine-Krieg: Wo sind die Grenzen?*, IBR, Werkstatt-Beitrag v. 15.03.2022) hat die obergerichtliche Rechtsprechung in der Vergangenheit eine **Anpassung der Vertragspreise** über das Rechtsinstitut des „Wegfalls / Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB“ **verneint**.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.02.1978 (Az. VIII ZR 221/76) sowie des OLG Hamburg vom 28.12.2005 (Az. 14 U 124/05) und des OLG Düsseldorf vom

19.12.2008 (Az. 23 U 48/08), welcher zum einen exorbitante Preissteigerungen im Zusammenhang mit der sog. „Ölkrise“ und im Übrigen erhebliche „Stahlpreiserhöhungen“ zugrunde lagen, wurde die Auffassung vertreten, dass eine Preisanpassung selbst dann nicht verlangt werden kann, wenn es auf dem Weltmarkt zu exorbitanten und erheblichen Preissteigerungen kommt.

Da andere gesetzliche Regelungen nicht bestehen, käme insoweit allenfalls eine Vertragsanpassung und damit auch eine preisliche Anpassung nach den Regelungen des § 313 Abs. 1 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht.

Auf den ersten Blick scheint diese Regelung auch auf den vorliegenden Sachverhalt zu passen. Nach § 313 Abs. 1 BGB kann **„eine Anpassung des Vertrages gefordert werden, soweit sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend geändert haben und die Vertragsparteien (beidseitig) den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderungen vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung alles Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“**.

Die vorgenannten obergerichtlichen Entscheidungen – welche lange zurückliegen und im Kontext zu mit der derzeitigen Situation nicht vergleichbaren Umständen ergangen sind – vertreten unisono die Auffassung, dass **„die Preisbildung“** – und damit auch die Entwicklung der zugrunde liegenden Umstände – **„ausschließlich in den Risikobereich des Auftragnehmers fallen sollen“** und schon deshalb ein Anspruch auf Vertragsänderung/-Anpassung ausgeschlossen sein soll.

Dies wird weiter damit begründet, dass **für den Auftraggeber nicht erkennbar sei, dass der Auftragnehmer seinen Preis auf der Grundlage eines bestimmten Materialpreisangebots kalkuliert habe**. Aus diesem Grund seien die im Angebot kalkulierten Preise der Lieferanten des Werkunternehmers auch nicht Vertragsgrundlage geworden.

Ob die Rechtsprechung (zukünftig) angesichts der seit Gründung der Bundesrepublik nie dagewesenen derzeitigen Umstände an diesen Grundsätzen auch zukünftig festhalten wird, kann nicht abschließend beurteilt und von uns daher auch **keine zuverlässige Prognose** hierzu abgegeben werden.

Eine Erfüllungsverweigerung wegen abgelehnter Preisanpassung durch den Auftraggeber ist daher erheblich risikobehaftet. Allenfalls käme insoweit in Betracht, bei laufenden Verträgen parallel zur Vertragserfüllung Klage auf Preisanpassung zu erheben, wobei insoweit das Instanzenkostenrisiko dann in Kauf genommen werden müsste. Auf jeden Fall sind Preiserhöhungsverlangen anzuzeigen, damit der Rechtsweg auch nach Abrechnung der Mehrkosten beschriftet werden kann.

Trotz Gegenstimmen in der baurechtlichen Literatur wurde jedenfalls bisher auch eine Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (*zuletzt im Urteil vom 30.06.2011, IBRRS 2011, 2797*) **zur Anpassung des vereinbarten Pauschalpreises abgelehnt bzw. nicht aufgenommen**. Dort hatte der Bundesgerichtshof (was auch der herrschenden Rechtsmeinung entspricht) klargestellt, dass bei einer Pauschalpreisvereinbarung im Falle einer Überschneidung des Gesamtangebotspreises (auch wenn insoweit eine starre Grenze abgelehnt wird, im Rahmen von ca. 15 – 20% des Gesamtvertragspreises) den Unternehmer zur Erhöhung und Anpassung des Pauschalpreises berechtigt. Auch hier wird wesentlich auf die bestehende Risikozuweisung abgestellt, da eine Preisanpassung bei Pauschalpreisverträgen regelmäßig auf erheblichen Mengenmehrungen beruhen und die zur Pauschalierung zugrunde gelegten Mengen in der Regel vom Auftraggeber – sei es in Plänen oder in Leistungsverzeichnissen – vorgegeben werden. Das Risiko hierfür wird daher dem Auftraggeber zugewiesen.

Demgegenüber wird die Preiskalkulation im Angebot – jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung – der Risikosphäre des Unternehmers zugerechnet.

Die zukünftige Entwicklung in der Rechtsprechung ist derzeit insgesamt völlig unvorhersehbar und damit nicht einschätzbar. Daher sollten zumindest die extremen Preissteigerungen nachweislich dokumentiert sowie die hieraus folgenden Beeinträchtigungen frühzeitig gegenüber dem Auftraggeber angezeigt und Mehrvergütungsansprüche geltend gemacht werden. Dies kann über die klassischen **Mehrkosten- und Behinderungsanzeigen** erfolgen. Hierbei ist jedoch konkret darzulegen, inwieweit und in welchem Zeitraum sich das Kriegereignis auf die jeweilige Vertragserfüllung negativ auswirkt und auf welche Gesichtspunkte und für welche Materialien die Preiserhöhung verlangt und gestützt wird.

b) **Preisanpassungen bei Mehrmengen, angeordneten Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen:**

Soweit bei laufenden Verträgen bauseitige Leistungsänderungen angeordnet und zusätzliche Leistungen notwendig werden, kommt – sowohl bei maßgeblicher Geltung der werkvertraglichen Regelungen des BGB (§ 650 b, § 650 c BGB) als auch bei vereinbarter Geltung der VOB/B (§ 2 Abs. 5, § 2 Abs. 6 VOB/B) - und bei VOB/B-Verträgen bei erheblichen Mehrmengen (§ 2 Abs. 3 VOB/B) nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und mehrerer Oberlandesgerichte für diese geänderten Leistungen und Mehrmengen eine Preisanpassung in Betracht. Dies jedenfalls, soweit sich diese Faktoren unmittelbar auf die Vertragspreise auswirken.

Entgegen der jahrzehntelangen Rechtsprechung hat sich der Bundesgerichtshof zwischenzeitlich von der **vorkalkulatorischen Preisfortschreibung** („*Guter Preis bleibt guter Preis – schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“) verabschiedet (vgl. hierzu: [www.dreher-partner.de](http://www.dreher-partner.de) – Newsroom: „Adios vorkalkulatorische Preisfortschreibung“ vom 03.03.2022) und festgelegt, dass die für diese Leistungen zu vereinbarenden neuen Preise ausschließlich nach den „**tatsächlichen Kosten**“ zu ermitteln und zu bemessen sind.

Maßgeblich sind daher die zum Zeitpunkt des Eintritts der Massenmehrung (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B für die über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung der Mengenansätze) und/oder der angeordneten geänderten Leistungen nachzuweisenden „**tatsächlichen Kosten**“, sodass u.U. über diesen Weg zumindest eine teilweise Kompensation bei gestiegenen Materialkosten erreicht werden kann. Diese Rechtsprechung zum maßgeblichen Ansatz der tatsächlichen Kosten gilt – jedenfalls nach aktueller obergerichtlicher Rechtsprechung – auch für die Kostenermittlung bei notwendig gewordenen zusätzlichen Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 6 VOB/B. Bei geänderten Leistungen im BGB-Bauvertragsrecht ergibt sich die Maßgeblichkeit der „**tatsächlichen Kosten**“ aus § 650 c) Abs. 1 BGB.

Zu beachten ist jedoch, dass dies nur dann gilt, soweit im Vertrag nicht andere Grundlagen für eine abweichende Ermittlung (z.B. Urkalkulation) festgelegt sind.

c) **Behinderung und Behinderungsgründe: „Corona“ und der „Ukraine-Krieg“ als höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände:**

Nach § 6 Abs. 2 VOB/B werden Ausführungsfristen verlängert, soweit die Behinderung durch „**höhere Gewalt**“ oder „**andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände**“ verursacht werden. Ein unabwendbarer Umstand kann in jedem Fall dann angenommen werden, wenn den Auftragnehmer keinerlei Verschulden an dem Eingriff trifft. Ein unabwendbarer Umstand kann beispielsweise in einer die weitere Bauausführung hindern- den Materialknappheit liegen. Diese darf jedoch im Zeitpunkt der Beauftragung für den Auftragnehmer nicht erkennbar gewesen sein.

Auf jeden Fall fordert eine hierauf gestützte Verlängerung der Ausführungsfristen zwingend eine entsprechende **Behinderungsanzeige** des „*Auftragnehmers*“ in gehöriger Form.

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

Kommt es infolge massiver Lieferprobleme bei Vorgewerken zu einem Stillstand bzw. einem 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 durch entsprechendes Angebot der Leistung und mit Fristsetzung verbundener Aufforderung an den Auftraggeber, seinen Mitwirkungshandlungen nachzukommen, bewirkten Annahmeverzug eine angemessene Entschädigung verlangen. Hiervon wurden regelmäßig auch während des Verzugs eingetretene Lohn- und Materialpreissteigerungen umfasst. Nach den Entscheidungen des Kammergerichts Berlin vom 29.01.2019 und des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2017 fallen unter diesen Entschädigungsanspruch jedoch nur solche Schäden, die konkret während des Verzugszeitraums entstanden sind. Lohn- und Materialmehrkosten werden danach nur und allenfalls für den Zeitraum des Annahmeverzugs – und nicht für die gesamte hierdurch verlängerte Bauzeit – ersetzt.

Sind die Behinderungen auf Umstände im unmittelbaren Verantwortungsbereich des Auftraggebers (Verzug / Behinderung durch fehlende Baugenehmigung, Planlieferung, etc.) zurückzuführen, kommt ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch gem. § 6 VOB/B in Betracht. Dieser setzt jedoch ebenfalls eine entsprechende Behinderungsanzeige voraus.



Eine Kündigung wegen kurzfristiger, auch deutlicher Preiserhöhungen kommt nicht in Betracht. 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 Unterbrechung der Bauausführung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers von mehr als drei Monaten in Betracht.

### III.

#### **Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass im privatwirtschaftlichen Geschäftsverkehr die Vereinbarung entsprechender Gleitklauseln im Verhandlungsweg möglich ist und unbedingt berücksichtigt werden sollte. Diese Möglichkeiten sind jedoch im Rahmen der öffentlichen Vergabe dem Auftragnehmer verwehrt.

Keinesfalls sollte jedoch verabsäumt werden, bei geänderten und zusätzlichen Leistungen die von der Rechtsprechung vorgegebenen geänderten Preisanpassungsregelungen zu berücksichtigen, wonach für diese geänderten und zusätzlichen Leistungen und auch für Mehrmassen (>10%) die tatsächlichen Kosten zum Zeitpunkt der Anordnung maßgeblich sind und hierdurch im Einzelfall u.U. jedenfalls für diese eine Kompensation bei den gestiegenen Materialpreisen erreicht werden kann.

Ob bei laufenden Aufträgen Ansprüche auf Preisanpassung gerichtlich verfolgt werden, setzt im Hinblick auf die dargestellten Unsicherheiten zumindest die Inkaufnahme einer sich voraussichtlich über mehrere Jahre erstreckenden gerichtlichen Auseinandersetzung und nicht unerheblicher Prozesskostenrisiken voraus.

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 unter „Downloads“ auf [www.dreher-partner.de](http://www.dreher-partner.de)



Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen

nur per E-Mail

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung  
Fachaufsicht führende Ebenen in den Ländern

MinDir'n Christine Hammann  
Abteilungsleiterin BW

Krausenstraße 17-18  
10117 Berlin

Postanschrift  
11014 Berlin

Tel +49 30 18 681- [REDACTED]

Fax +49 30 18 681- [REDACTED]

[REDACTED]  
[www.bmwsb.bund.de](http://www.bmwsb.bund.de)

## **Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs**

BWI7-70437/9#4

Berlin, 25. März 2022

Seite 1 von 7

Aufgrund der Kriegereignisse in der Ukraine und der in der Folge verhängten weltweiten Sanktionen gegen Russland sind die Preise vieler Baustoffe zum Teil extrem gestiegen. Rund 30 Prozent des Baustahls kommen aus Russland, der Ukraine und Weißrussland. Hinzu kommt der hohe Anteil von Roheisen (40 Prozent aus diesen Ländern) und diverser weiterer Rohstoffe, die für die Stahllegierung notwendig sind (Nickel 25 Prozent und Titan 75 Prozent). Auch rund 30 Prozent der hiesigen Bitumenversorgung erfolgt in Abhängigkeit von Russland, mit entsprechenden Auswirkungen auf den deutschen Straßenbau. Auch die Kosten für Energie und Kraftstoffe sind erheblich gestiegen.

Um den Auswirkungen für kommende und laufende Bundesbaumaßnahmen entgegenzuwirken, wird für die Produktgruppen

- Stahl und Stahllegierungen
- Aluminium
- Kupfer
- Erdölprodukte (Bitumen, Kunststoffrohre, Folien und Dichtbahnen, Asphaltmischgut)
- Epoxidharze
- Zementprodukte
- Holz
- Gusseiserne Rohre

folgende Sonderregelung getroffen:

## I. Stoffpreisgleitklausel für Betriebsstoffe

Von der Regelung in Nummer 2.3 der Richtlinie zum Formblatt 225 des VHB (ausnahmsweise Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel für Betriebsstoffe) darf bei maschinenintensiven Gewerken Gebrauch gemacht werden, vorausgesetzt, beide der nachfolgend genannten Voraussetzungen treffen zu:

1. Die Vertragsunterlagen sind so aufgestellt, dass sie sich für die indexbasierte Preisgleitung eignen (eigene Ordnungsziffer).
2. Der Wert der Betriebsstoffe übersteigt ein Prozent der geschätzten Auftragssumme.

## II. Neue Vergabeverfahren

Trotz der mit den Preissteigerungen einhergehenden Unwägbarkeiten sind ausschreibungsreife Gewerke zu vergeben, Planungen fortzusetzen und zur Ausschreibung zu führen.

Die Voraussetzung Nummer 2.1 a) der Richtlinie zum Formblatt 225 VHB (nicht kalkulierbares Preisrisiko) für die o.g. Produkte **ist erfüllt**.

Nummer 1d) der „Grundsätze zur Anwendung von Preisvorbehalten bei öffentlichen Aufträgen“ vom 4. Mai 1972 wird vorübergehend dahin ausgelegt, dass die Vereinbarung einer Preisgleitklausel auch dann zulässig ist, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung bzw. Fertigstellung einen Monat beträgt. Damit gilt die Voraussetzung der Nummer 2.1 b) der Richtlinie zum Formblatt 225 VHB (Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung) als erfüllt, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung **einen Monat** überschreitet.

Liegen die Voraussetzungen der Nummer 2.1 c) der Richtlinie zum Formblatt 225 (Stoffkostenanteil beträgt mindestens ein Prozent der geschätzten Auftragssumme) vor, sind im Formblatt 225 alle Stoffe, die der Preisgleitung unterworfen werden sollen, mit ihren Ordnungsziffern (LV-Positionen), der entsprechenden GP-Nummer, einem Basiswert 1 inkl. Zeitpunkt seiner Ermittlung und der jeweilige Abrechnungszeitpunkt (Einbau, Lieferung oder Verwendung) einzutragen.

Sind für die Festlegung des Basiswertes 1 von einschlägigen Händlern keine Angebote zu erhalten, ist der Basiswert aus Angeboten vorausgegangener Ausschreibungen oder aus Erfahrungswerten, ggf. mit einem Zuschlag versehen, festzulegen und bei Erfordernis während des Vergabeverfahrens anzupassen.

Das Formblatt ist den Vergabeunterlagen beizufügen. Neben dem Formblatt 225 ist den Vergabeunterlagen auch das diesem Erlass (nochmals) beigelegte Hinweisblatt beizufügen und im Anlagenverzeichnis der Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Buchstabe A aufzunehmen.

Zur Sicherstellung des Wettbewerbs sind Vertragsfristen der aktuellen Situation angepasst zu vereinbaren. Vertragsstrafen sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu vereinbaren.

### **III. Laufende Vergabeverfahren**

Soweit Vergabeverfahren bereits eingeleitet sind, aber die Angebote noch nicht geöffnet wurden, sind die Stoffpreisgleitklauseln nachträglich einzubeziehen. Ausführungsfristen sind an die aktuelle Situation anzupassen. Die Angebotsfrist ist ggf. zu verlängern.

Bieteranfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel zu o.g. Produktgruppen ist zu folgen, es sei denn, der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung unterschreitet einen Monat oder der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes unterschreitet wertmäßig ein Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme.

Ist die Angebots(er)öffnung bereits erfolgt, ist das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor Angebotsabgabe zurück zu versetzen, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.

### **IV. Anpassungen in bestehenden Verträgen**

Bestehende Verträge sind grundsätzlich einzuhalten und die Leistungen von den Unternehmen wie beauftragt auszuführen. Ungeachtet dessen können die Kriegsereignisse in der Ukraine und die dadurch unmittelbar oder mittelbar hervorgerufenen Materialengpässe und Materialpreissteigerungen auch insoweit rechtliche Folgen haben.

#### **IV.1 Verlängerung von Vertragslaufzeiten, § 6 VOB/B**

Sind Materialien aus den eingangs genannten Produktgruppen nachweislich nicht oder vorübergehend nicht, auch nicht gegen höhere Einkaufspreise als kalkuliert, durch das Unternehmen beschaffbar, ist von einem Fall der höheren Gewalt bzw. einem anderen nicht abwendbaren Ereignis im Sinne von § 6 Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe c) VOB/B auszugehen. Als Rechtsfolge wird die Ausführungsfrist verlängert um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Stoffe zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten, § 6 Absatz 4 VOB/B. Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen das Unternehmen entstehen dadurch nicht. Umgekehrt gerät auch der Auftraggeber ggü. Folgegewerken nicht in Annahmeverzug, wenn sich deren Leistung in der Folge verschieben muss (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2017 – VII ZR 194/13).

#### **IV.2 Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB**

Sind die Materialien aus den eingangs genannten Produktgruppen zwar zu beschaffen, muss das Unternehmen jedoch höhere Einkaufspreise zahlen als kalkuliert, gilt folgendes:

Auftraggeber und Auftragnehmer haben den Vertrag in der Annahme geschlossen, dass sich die erforderlichen Materialien grundsätzlich beschaffen lassen und deren Preise nur den allgemeinen Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens unterliegen. Sie hätten den Vertrag nicht mit diesem

Inhalt geschlossen, hätten sie gewusst, dass die kommenden Kriegereignisse in der Ukraine derart unvorhersehbaren Einfluss auf die Preisentwicklung nehmen würden.

Zwar weist der Bauvertrag das Materialbeschaffungsrisiko grundsätzlich der Sphäre des Unternehmens zu. Das gilt jedoch nicht in Fällen höherer Gewalt.

Insoweit sind die Ereignisse grundsätzlich geeignet, die Geschäftsgrundlage des Vertrages im Sinne von § 313 BGB zu stören.

Die daran anschließende weitere Frage, ob dem Unternehmen gleichwohl das Festhalten an den unveränderten Vertragspreisen zumutbar ist, kann nicht allgemein, sondern nur im **Einzelfall** beantwortet werden. Es gibt keine feste Grenze, ab deren Überschreiten von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist. Die Rechtsprechung hat zum ebenfalls auf eine gestörte Geschäftsgrundlage abstellenden und daher vergleichbaren § 2 Absatz 7 VOB/B (Änderungen im Pauschalvertrag) in einzelnen Entscheidungen Werte zwischen 10 und 29 Prozent Mengen- bzw. Preissteigerung angenommen, bei denen von einer Unzumutbarkeit auszugehen war. Ähnlich uneinheitlich ist das Meinungsbild in der baurechtlichen Literatur, die Angaben bewegen sich zwischen 20 und 25 Prozent, teilweise aber auch bereits bei 15 Prozent Kostensteigerung (vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, Rn. 66 f.; BeckOK VOB/B, Rn. 34).

Dabei ist nicht auf die einzelne Position, sondern auf eine Gesamtbetrachtung des Vertrages abzustellen. Je geringer der Anteil einer betroffenen Position am Gesamtauftragsvolumen ist, desto höher wird die anzusetzende Schwelle sein. In die Betrachtung sind bereits geschlossene Nachtragsvereinbarungen und bereits vorliegende oder angekündigte Nachtragsangebote einzubeziehen. Eine ohne Vertragsanpassung drohende Insolvenz des Unternehmens ist einerseits zwar nicht Voraussetzung, andererseits genügt es nicht, wenn die höheren Materialpreise den kalkulierten Gewinn aufzehren (die insoweit stellenweise angeführte Entscheidung des BGH aus 2011 (Urteil vom 30.06.2011, AZ VII ZR 13/10) betraf einen Einzelfall, bei dem irreführende Angaben des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung zu einer Fehlkalkulation des Unternehmens beigetragen haben; sie ist **nicht** verallgemeinerungsfähig).

Wenn nach dieser Prüfung von einer gestörten Geschäftsgrundlage auszugehen ist, hat das Unternehmen einen Anspruch auf Anpassung der Preise für die betroffenen Positionen. Das bedeutet nicht, dass der Auftraggeber sämtliche die Kalkulation übersteigenden Kosten trägt. Die Höhe der Vertragsanpassung ist im Einzelfall festzusetzen, wobei die o.g. Gesichtspunkte der Zumutbarkeit erneut zu berücksichtigen sind. Eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten wird jedenfalls regelmäßig unangemessen sein. Grundlage der Anpassung sind die reinen Materialpreise. Die Zuschläge für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn bleiben unberücksichtigt.

Ich weise vorsorglich darauf hin, dass, sollte die Zumutbarkeit durch die Preisanpassung nicht wiederhergestellt werden können, dem Unternehmen nach § 313 Absatz 3 BGB ein Rücktritts-

recht vom Vertrag bzw. ein Sonderkündigungsrecht zusteht. Das bedeutet nicht, dass den Forderungen der Unternehmen in vollem Umfang Rechnung getragen werden muss. Das Risiko einer insoweit unberechtigten Kündigung trägt das Unternehmen.

#### IV.3 Veränderung von Verträgen, § 58 BHO

Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass Verträge zum Nachteil des Bundes und zu Gunsten der Unternehmen auch unterhalb der Schwelle der gestörten Geschäftsgrundlage geändert werden können, vgl. Nummer 1.1 VV zu § 58 BHO.

Der Begriff des „Nachteils“ erlaubt es, nicht allein auf die wirtschaftliche Situation des Unternehmens abstellen zu müssen, sondern in eine Gesamtabwägung der Vor- und Nachteile für die Baumaßnahme eintreten zu können. Ergibt diese Gesamtabwägung beispielsweise, dass eine Anpassung von Preisen den termingerechten Fortgang der Baumaßnahmen fördert, Auseinandersetzungen an anderer Stelle vermeidet, Verwaltungsaufwand und Folgekosten (etwa durch längere Nutzung eines Ersatzmietobjekts) erspart, mag bereits kein Nachteil im wirtschaftlichen Sinne vorliegen.

Nur wenn nach dieser Abwägung dem Bund ein wirtschaftlicher Nachteil erwachsen würde, kommt es auf die Frage an, ob ein besonders begründeter Ausnahmefall vorliegt, weil das Unternehmen unbillig benachteiligt ist, da sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse bei Vertragserfüllung infolge ihm nicht zuzurechnender Umstände erheblich verschlechtern würden (siehe VV Nummer 1.4 zu § 58 BHO). Insoweit übertrage ich meine Entscheidungsbefugnisse auf die Fachaufsicht führende Ebene. Sollte ein besonders begründeter Ausnahmefall festgestellt werden und Verträge angepasst werden, bedarf es ab einem Betrag von 125.000 Euro (Höhe des Nachteils des Bundes) der Zustimmung des BMF, die über mich einzuholen wäre. Ergibt die Gesamtabwägung der Umstände bereits keinen Nachteil (s.o.), bedarf es einer solchen Zustimmung nicht.

#### IV.4 Nachweis durch die Unternehmen

Eine Preisanpassung muss das Unternehmen beantragen. Begehrt das Unternehmen eine Preisanpassung, sei es nach § 313 BGB, sei es nach § 58 BHO, ist es für die Darlegung der Voraussetzungen vollständig in der Pflicht. Insoweit ist beispielsweise zu verlangen:

- Urkalkulation/Preisblätter
- Nachweis der tatsächlichen Einkaufskosten und Versicherung des Unternehmens, dass etwaige Rückvergütungen oder Nachlässe des Baustofflieferanten o.ä. abgezogen sind
- Nachweis der Marküblichkeit der tatsächlichen Einkaufspreise durch Vorlage von Vergleichsangeboten

#### IV.5 Nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel

Nach Prüfung der Unterlagen und in der Gesamtabwägung des Einzelfalls nach Ziffer IV.2 bzw. IV.3 kann auch die nachträgliche Einbeziehung einer Stoffpreisgleitklausel in einen bestehenden Vertrag in Frage kommen. Dabei ist folgendes zu beachten:

Eine nachträgliche Vereinbarung kommt nur in Betracht für solche Verträge, bei denen bisher höchstens die Hälfte der Leistungen aus den o.g. Produktgruppen ausgeführt wurde. Preisgleitung kommt dabei nur für noch nicht erbrachte Leistungsteile in Betracht.

Für die betroffenen Positionen ist eine GP-Nummer festzulegen, der Abrechnungszeitpunkt (s. Formblatt 225) zu bestimmen und der Basiswert 2 in Höhe des Materialanteils der jeweiligen Position aus dem Angebot des Auftragnehmers festzulegen. Die Fortschreibung auf den Basiswert 3 erfolgt über die Indizes des statistischen Bundesamtes auf die gewohnte Weise. Für die Ermittlung der Mehr-/Minderaufwendungen ist die Differenz aus Basiswert 3 und Basiswert 2 mit der ausgeführten Menge zu multiplizieren. Anstelle der im Formblatt 225 festgelegten Selbstbeteiligung von 10 Prozent ist mit dem Auftragnehmer eine Selbstbeteiligung in Höhe von 20 Prozent zu vereinbaren.

Die nachträgliche Vereinbarung erstreckt sich auf alle noch nicht erbrachten Teilleistungen, deren Ausführung in die Laufzeit des Erlasses fällt.

#### IV.6 Auftragsänderung, § 132 GWB bzw. § 22 EU VOB/A

Eine etwaige Preisanpassung im bestehenden Vertrag berührt den Anwendungsbereich des § 132 GWB. Hier gilt folgendes.

Nach § 132 Absatz 1 Nummer 2 GWB liegt eine wesentliche Auftragsänderung u.a. insbesondere dann vor, wenn mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war. Nach dem Vorgesagten dient § 313 BGB gerade dazu, das ursprüngliche wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages wiederherzustellen. Es wird nicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben. Insoweit ist im Umkehrschluss regelmäßig bereits nicht von einer wesentlichen Auftragsänderung auszugehen.

Sollte – hilfsweise - gleichwohl eine wesentliche Vertragsänderung anzunehmen sein, so ist eine solche ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, soweit die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (§ 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB).

Davon ist auszugehen, da die Kriegereignisse in der Ukraine und ihre Folgen für den Auftraggeber in gleicher Weise unvorhersehbar waren wie für den Auftragnehmer.

Seite 7 von 7

Der Preis darf in diesem Fall nicht um mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Eine solche Vertragsänderung wäre im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Schließlich ist – ebenfalls hilfsweise – die Änderung eines öffentlichen Auftrags zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung (Summe aller Auftragsänderungen) den europäischen Schwellenwert nicht übersteigt und nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. In diesem Fall bedarf es auch keiner Bekanntmachung der Änderung.

Ich bitte um Bericht, sollte eine etwaige Preisanpassung vergaberechtlich angegriffen werden.

## **V. Inkrafttreten**

Die Regelungen treten mit sofortiger Wirkung in Kraft und sind befristet bis 30. Juni 2022.

Im Auftrag

gez.

i.V. 