

Rundschreiben 03/2021

Thema: Preisexplosion am Bau – steigende Baustoffpreise / Baurecht

1. Einleitung

Am Bau sind derzeit starke Verzögerungen der Lieferzeiten und massive Preiserhöhungen bei einzelnen Baustoffen feststellbar. Das Problem zeigt sich nicht bei allen Baustoffen, einige Baustoffe weisen aber extreme Veränderungen auf. Dies stellt Auftragnehmer vor nicht unerhebliche Probleme, ob und inwieweit derartige Preiserhöhungen weitergegeben werden können. Die Verkäufer gewähren dem Auftragnehmer als Käufer kaum noch eine Preisbindung. Der Einkauf entwickelt sich zur „Börse“.

Zwischenzeitlich sind auch die Medien auf dieses Problem aufmerksam gemacht worden, das nicht allein auf die COVID-19-Pandemie zurückführbar ist:

Produkt	normale Lieferzeiten	aktuelle Lieferzeiten	Preiserhöhung
Gipskartonplatten	3-4 AT	4-6 Wochen	5-7%
Trockenbauprofile	14 AT	10-12 Wochen	über 30%
Styropor	3-4 AT	8 Wochen	über 20%
Eisenwaren (Schrauben/Nägel)	2 AT	3-4 Wochen	9%
Mineralwolle	7 AT	12-16 Wochen	ca. 15%
Folien	2-3 AT	2-4 Wochen	20%
KG-Rohre	10 AT	Auftragsannahmestopp	über 100%
Holzweichfaserdämmung	10 AT	3 Monate	tagesaktuell (Preise vorher nicht klar)
Schnittholz	10 AT	2-3 Monate	ca. 300%
XBS-Dämmstoffe	5 AT	4 Wochen	150%

Quelle: Baustoffe Gebhardt Erlangen|Grafik: BR

Ursache dieser Materialengpässe sind verschiedener Natur. Die Besonderheit besteht darin, dass diese Ursachen nahezu gleichzeitig eingetreten sind. In manchen Bereichen besteht eine hohe Nachfrage im In- und Ausland an diesen Materialien. Dann kamen noch Lieferkettenprobleme hinzu, wie die Schiffshavarie im Suezkanal, Ausfall von Raffinerien in den USA oder Brand eines BAF-Chemiewerkes in Ludwigshafen. Die Lieferketten zeigen sich verwundbar, wenn nur ein einziges „Kettenglied“ betroffen ist. Es zeigt sich auch hier die Empfindlichkeit der Wirtschaft gegenüber bestimmten lokalen Ereignissen, die große Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft in der Welt haben.

Es stellt sich die Frage, wie Auftragnehmer mit dieser Situation umgehen sollen.

Bei bestehenden Bauverträgen ist die Situation schwierig. Es gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“.

Es gibt aber – wenn auch begrenzt – Möglichkeiten.

Bei zukünftigen Bauverträgen sollte an diese Problematik gedacht und ggf. eine vertragliche Lösung herbeigeführt werden.

Die Beantwortung der Fragestellung gliedert sich daher nachfolgend wie folgt:

- Bestehende Werk-/Bauverträge (Ziffer 2.1.)
- Zukünftige Werk-/Bauverträge (Ziffer 2.2.)

Nicht Gegenstand der Darstellung ist das Vertragsverhältnis zum Lieferanten (Verkäufer). Natürlich sollte dort parallel Risikominimierung betrieben werden, z. B.

- Preisbindung „Kaufpreis“, damit Preissteigerung beim Lieferanten bleibt
- mehrere Bezugsquellen, zur Abfederung der Preissteigerung

2. Werk-/Bauverträge in Zeiten starker Materialpreisschwankungen

Nachfolgend ist zu unterscheiden zwischen bestehenden Werk-/Bauverträgen und zukünftigen Werk-/Bauverträgen.

2.1. Bestehende Werk-/Bauverträge

Grundsatz: „pacta sunt servanda“

Aufgrund dieser gesetzlichen bzw. vertraglichen Regelungen ist bei bestehenden Werk-/Bauverträgen zu prüfen, ob und inwieweit Materialpreissteigerungen auch im laufenden Vertragsverhältnis zumindest ansatzweise berücksichtigungsfähig sind. Folglich wird differenziert nach:

- gleiches Leistungsziel des Vertrages ohne Massenabweichungen (Fall 1)
- gleiches Leistungsziel des Vertrages bei Massenmehrungen (Fall 2)
- abweichendes Leistungsziel des Vertrages, geänderte/zusätzliche Leistungen (Fall 3)
- zeitliche Verzögerung der Leistung, Bauzeitnachträge (Fall 4)

Fall 1: Gleiches Leistungsziel des Vertrages ohne Massenabweichung

Es gibt – ohne vertragliche Regelung – nur eine Anspruchsgrundlage wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB):

Bauvertrag BGB	:	§ 313 BGB
Bauvertrag VOB/B	:	§ 313 BGB

Die beiden wesentlichen Entscheidungen wurden zum Thema Stahlpreise getroffen, die eine Vertragsanpassung ablehnten.

Rechtsprechung 1:

OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 - 14 U 124/05; BGH, Beschluss vom 23.11.2006 – VII ZR 55/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Rechtsprechung 2: OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2008 – 12 U 48/08

Ergebnis:

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die bloße Steigerung der Materialpreise bei gleichem Leistungsziel ohne Massenabweichung im Regelfall nicht zu einer Anpassung der Vergütung führen wird. Der Auftragnehmer wird ohne Zustimmung des Auftraggebers diese Preissteigerungen nicht berücksichtigen können.

Fall 2: Gleiches Leistungsziel des Vertrages bei Massenmehrungen

Es gibt Anspruchsgrundlagen wie folgt:

Bauvertrag BGB	:	§ 313 BGB
Bauvertrag VOB/B	:	
Einheitspreisvertrag	:	§ 2 Abs. 3 VOB/B
Pauschalpreisvertrag	:	§ 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B

Neue Rechtsprechung BGH:

Die Entscheidung des BGH befasste sich mit einer Massenmehrung nach § 2 Abs. 3 VOB/B. Nachfolgend werden die Leitsätze der Entscheidung wiedergegeben:

- 1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.*
- 2. Abgesehen von der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B vorgesehenen Einigung auf einen neuen Einheitspreis können die Vertragsparteien sowohl bei Vertragsschluss für den ungewissen Fall, dass Mengenmehrungen im Sinne dieser Bestimmung eintreten, als auch nachträglich, sobald aufgrund konkret eingetretener Mehrmengen ein neuer Einheitspreis verlangt wird, sich über einzelne Teilelemente der Preisbildung verständigen. Sie können etwa einen bestimmten Maßstab beziehungsweise einzelne Kriterien oder Faktoren festlegen, nach denen im konkreten Fall der neue Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmt werden soll.*
- 3. Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.*
- 4. Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.*

Ergebnis:

Im Ergebnis erlaubt eine erhebliche Massenmehrung (d. h. ohne Anordnung des Auftragsgebers) beim VOB/B-Vertrag, der die Schwelle von 10% überschreitet, eine ergänzende Vertragsauslegung. Dabei gilt, wenn nichts anderes im Vertrag vereinbart ist, dass dann der neue Einheitspreis bei Mehrmengen über 110% nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge berechnet wird. Im Rahmen der tatsächlich erforderlichen Kosten können auch gestiegene Materialpreise, wie Kupfer Eingang finden.

Fall 3: Abweichendes Leistungsziel des Vertrages, geänderte zusätzliche Leistungen

Es gibt Anspruchsgrundlagen wie folgt:

Bauvertrag § 650a BGB	:	§§ 650b, c BGB
Bauvertrag VOB/B	:	
Einheitspreisvertrag	:	§ 2 Abs. 5 VOB/B § 2 Abs. 6 VOB/B
Pauschalpreisvertrag	:	§ 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B

BGB-Bauvertrag nach § 650a BGB:

§ 650 c Abs. 1 BGB:

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Siehe hierzu Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, 56:

„Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“

§ 650c Abs. 1 BGB:

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Einschränkung: Nur „erforderliche“ Kosten dürfen angesetzt werden:

Nicht erforderlich sind entstandene Kosten,

- soweit der Auftragnehmer seine Leistungen gegenüber den üblichen Marktpreisen vor Ort oder sonstigen ihm zur Verfügung stehenden Sonderbedingungen zu teuer einkauft oder
- die Ausführung mit unwirtschaftlich / unüblich hohen Aufwandswerten erfolgt.

Ergebnis:

Im Ergebnis ermöglicht die Neuregelung des BGB durch die Abstellung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten und keine Bezugnahme auf die Kalkulation eine Berücksichtigung gesteigener Materialkosten bei Kupfer und Aluminium im Einzelfall. Voraussetzung ist aber eine entsprechend Anordnung nach § 650b BGB, die dann die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB auslöst.

VOB/B-Werkvertrag:

Fraglich ist, ob es nach der Änderung des BGB, das ein anderes Nachtragssystem in §§ 650b, c BGB verfolgt, auch zu Auswirkungen auf die Vergütungsanpassung bei Nachträgen in der VOB/B nach § 2 VOB/B kommt.

Grundsätzlich sind 2 Modelle der Vergütungsanpassung zu unterscheiden:

Modell 1:

Vergütungsanpassung nach **Vorkalkulatorischer Preisfortschreibung**
(Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis)

Modell 2:

Vergütungsanpassung nach **tatsächlich erforderlichen Kosten**
mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG

Traditionelles Verständnis der VOB/B ist nach Rechtsprechung und Literatur das Modell 1. Es gab bereits in der Vergangenheit Kritik an dieser Auslegung der VOB/B, die nun aufgrund der Änderung des BGB und einer Entscheidung des BGH vom 08.08.2019 zum Fall der Massenmehrung Auftrieb erhalten hat und auf einen Richtungswechsel hindeuten könnte.

Die Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung in § 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B enthalten keine Anhaltspunkte, wie die neuen vertraglichen Preise zu berechnen sind.

Der Wortlaut der Regelungen in § 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B ist eher „neutral“! Jedenfalls gibt der Wortlaut der VOB/B nicht vor, welches Berechnungsmodell gelten soll.

Es spricht daher einiges dafür, dass die Rechtsprechung des BGH auf §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B übertragen wird.

Es gibt nun erste Entscheidungen der Instanzgerichte¹, die diese Tendenz bestätigen.

Ergebnis:

Im Ergebnis bietet nun die geänderte Rechtsprechung unter Berücksichtigung der zitierten Instanzrechtsprechung eine erhebliche Argumentationshilfe, um auch bei VOB/B-Verträgen gestiegene Materialkosten in einem Nachtrag unterzubringen. Leider fehlt es bisher an einer BGH-Entscheidung, die Argumentation ist aber nachvollziehbar und wird sowohl in der Literatur als auch nun teilweise in der Instanzrechtsprechung geteilt. Insofern kann auch bei bestehenden Bauverträgen die Problematik gesteigener Stoffkosten bei Kupfer und Aluminium über den Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten in den Nachtrag eingepreist werden. Dabei ist mit Widerstand seitens des Auftraggebers zu rechnen, solange keine BGH-Entscheidung Rechtsklarheit bringt.

Fall 4: Zeitliche Verzögerung der Leistung, Bauzeitnachträge

Es gibt Anspruchsgrundlagen für Bauzeitnachträge:

§ 2 Abs. 5	VOB/B	:	Vergütung
§ 6 Abs. 6 S. 1	VOB/B	:	Schadensersatz
§ 6 Abs. 6 S. 2	VOB/B	:	
i.V.m. § 642	BGB	:	Entschädigung

Der zuletzt klassische Anspruch auf Entschädigung wurde durch den BGH entwertet. Die Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B setzt eine Anordnung des Auftraggebers voraus, der Schadensersatz ein Verschulden. Beides wird selten der Fall sein.

¹ KG, Urteil vom 27.08.2019 – 21 U 160/18; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/18

Nachträge nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB

Der Anspruch nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B wurde durch eine Entscheidung des BGH erheblich eingeschränkt. Die Leitsätze lauten:

- 1. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.*
- 2. Mehrkosten, wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst.*
- 3. Bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art, auf den die Vorschriften zur Berechnung des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind.*
- 4. Die Höhe eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung und umfasst auch die in dieser Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten.*

BGH, Ur. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17

Ergebnis:

Im Ergebnis stehen dem Auftragnehmer Entschädigungsansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB zu. Allerdings muss der Auftragnehmer dafür sorgen, dass die entsprechenden Voraussetzungen eingehalten sind. Kritisch anzumerken ist, dass der Entschädigungsanspruch durch die neue Rechtsprechung der Höhe nach entwertet wurde. Fragen der Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung sind ungeklärt.

In Bezug auf gestiegene Materialpreiskosten bedeutet die Entscheidung, dass der Auftragnehmer keine Ansprüche stellen kann. Lediglich im Zeitraum des Annahmeverzuges selbst, wäre eine Berücksichtigung von Materialpreisteigerungen dieser Kosten im Rahmen des Entschädigungsanspruches denkbar. Wenn aber im verschobenen Zeitraum der Bauausführung, die durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers verursacht wurden, es zu Materialpreisteigerungen kommt, können diese nicht weitergereicht werden.

Eventuell frühzeitig Exitstrategie planen; § 6 Abs. 7 VOB/B.

2.2. Zukünftige Werk-/Bauverträge in Zeiten starker Materialpreisschwankungen

Infolgedessen sollte bei der Vertragsgestaltung / Angebotserstellung der Schwerpunkt in folgenden Bereichen liegen:

- Angebot „freibleibend“
- Regelungen über die Auswirkungen auf die Bauzeit (Verschiebung von Vertragsfristen und Terminen)
- Regelungen in Bezug auf die Kosten (Vergütung, Entschädigung im Falle von Bauzeitverlängerungen und Kostensteigerungen)

Wirksamkeit als Individualvereinbarung

Wirksamkeit meist gegeben, meist nur § 134 BGB und § 138 BGB als Grenze.

Beispiele: (Rundschreiben BVB 035/2020 – 19.03.2020)

Wirksamkeit als AGB

Wirksamkeit meist zweifelhaft, z. B. § 307 BGB.

Beispiele für Entscheidungen aus der Rechtsprechung:

„Die Preise sind freibleibend. Bei einer Steigerung von Material- und Rohstoffpreisen, Löhnen und Gehältern, Herstellungs- und Transportkosten ist der Lieferer berechtigt, die vom Tage der Lieferung gültigen Preise zu berechnen.“

unwirksam (bei Verwendung durch Auftragnehmer)

Die Regelung ist intransparent. Denn sie bestimmt zwar die Voraussetzung für eine Preissteigerung. Deren Höhe ist für den Auftraggeber aber völlig unbestimmbar.

Wirksamkeit meist zweifelhaft, z. B. § 307 BGB.

Beispiele für Entscheidungen aus der Rechtsprechung:

„Der vereinbarte Festpreis gilt nur, wenn der Bau zu dem vertraglich vereinbarten Zeitpunkt begonnen wird. Bei Überschreitung des Festpreistermins erhöht sich der Gesamtpreis um den Prozentsatz, zu dem der Unternehmer entsprechende Bauwerke im Zeitpunkt des Baubeginns nach der dann gültigen Preisliste anbietet.“

unwirksam (bei Verwendung durch den Auftragnehmer)

Darüber hinaus ist die Regelung zur Höhe der Preisanpassung intransparent, weil die Höhe einer potentiellen Preissteigerung für den Auftraggeber völlig unbestimmbar ist. Auch dies führt zur Unwirksamkeit der Klausel.

Die Verbände der Bauindustrie und des Baugewerbes haben gemeinsam mit der BWI-Bau GmbH einen "Leitfaden - Berechnung von Mehr- und Minderaufwendungen bei der Anwendung von Stoffpreisgleitklauseln in Bauverträgen (Berlin/Bonn 2015)" erarbeitet, der ausführliche Grundlagen sowie ein Berechnungsbeispiel unter Tz. 7 für die Anwendung der Stoffpreisgleitklausel liefert.

Ergebnis:

Im Ergebnis sind folglich Stoffpreisklauseln in Bauverträgen zulässig, sollten aber hinsichtlich der Wirksamkeit als Individualvereinbarung getroffen werden, um Risiken zu minimieren. Sofern man derartige Stoffpreisklauseln generell einsetzen möchte, so dass diese AGB-Charakter bekommen, ist es zu empfehlen unter Beachtung der genannten Rechtsprechung, die Vorgaben und Klauseln des Vergabehandbuches zu nutzen. Die Gefahr, dass Gerichte diese Klauseln kippen ist nicht so hoch, als bei Eigenkreationen.

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sowohl bei bestehenden Werk-/Bauverträgen gestiegene Materialpreise weitergegeben werden können, als auch bei künftig abzuschließenden Werk- und Bauverträgen. Die Durchsetzung derartiger Preise bei bestehenden Bauverträgen ist allerdings mit einigen Schwierigkeiten verbunden, da man sich insoweit auf neuere Rechtsprechung stützen muss, die noch nicht in der Baupraxis angekommen ist. Infolge dessen führt dies zu erheblichen Diskussionsbedarf. Bei künftigen Werk- und Bauverträgen ist es zu empfehlen, die Thematik vertraglich zu regeln, vorzugsweise in Form einer Individualvereinbarung, zumindest – wenn möglich – als Allgemeine Geschäftsbedingungen (Stoffpreisklausel). Dabei kann man sich an die Formulierungen der Vergabehandbücher anlehnen. Falls im Einzelfall ein Auftraggeber im laufenden Vertrag zu einer Nachtragsvereinbarung gewonnen werden kann bei einem bestehenden Werk/Bauvertrag spricht nichts dagegen, derartige Klauseln oder Vereinbarungen auch in laufende Verträge aufzunehmen.

Besonderheiten weisen Vergabeverfahren auf. Änderungen der Unterlagen führen zum Ausschluss. Es bleibt abzuwarten, ob der öffentliche Auftraggeber in neuen Ausschreibungen dieses Thema über Stoffklauseln aufgreift. Wünschenswert wäre dies, letztlich auch für den öffentlichen Auftraggeber, sonst sind überhöhte Preise der Bieter zu erwarten und/oder ein reduzierter Teilnehmerkreis. Bei „Kampfpreisen“ einzelner Bieter droht bei der Ausführung ein Insolvenzrisiko, was auch nicht Ziel der Vergabe sein kann.