

05

## Herzlich willkommen zum Workshop

### RECHT

Sicherheit & Recht bekommen.

Bauablauf | Terminverzug | Preissteigerung

Referent | Autor

Thomas Radach

Heidelberg, Hennef, Hodenhagen vom 28.02.2023 bis 03.04.2023

## Preisliche, terminliche und andere Auswirkungen auf Grund der COVID-19 Pandemie, dem Ukraine-Krieg und anderen Ereignissen

### 1. Einleitung

- Situation bei bestehenden Bau- und/oder Lieferverträgen
- Situation bei zukünftigen Bau- und/oder Lieferverträgen

### 2. Allgemeines (Allgemeiner Irrglaube)

- Anwendung auf den Einzelfall
- Begriff der Höheren Gewalt (Gesetz und Rechtsprechung)
- Festpreisbindung
- Vertragsanpassung infolge Gesamtabwägung

### 3. Bestehende Werk- / Werklieferungsverträge

- Anspruch auf Ausführungsanpassung nach BGB und VOB/B

#### Anpassung der Ausführung

- Störungen (AG) | Bauzeitbedingte Anordnung
- Verzögerung des Ausführungsbeginns (AN)
- Verzicht auf LV-Position (AG)
- Hinweispflicht des AN
- Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach BGB und VOB/B
- Anspruch auf anderweitige Vertragsanpassung
  - bauzeitbedingte Anordnung
  - Anordnung der anderweitigen Ausführung (Mehrungen und Minderungen)
- Anspruch auf Kündigung oder anderweitige Vertragsbeendigung

**Freie Kündigung durch AG**

- Anspruch AN auf volle Vergütung
- Ersparte Kosten | Erstarlegungslast AN
- Kündigungsgründe | Kündigungsfrist | Form

**Freie Kündigung durch AN**

- Verzug | Fristsetzung | Kündigung
  - Vergütung | Entschädigung
- Dokumentation (Beschreibung und Nachweise) von entsprechenden Anpassungen
  - Unterschied Vertragsanpassung versus Vertragsänderung (geänderte und/oder zusätzliche Leistungen sowie Massenmehrungen und deren Rechtsfolgen)

**4. Zukünftige Werk- / Bauverträge**

- Angebotserstellung, Preisgleitklauseln
- Regelungen zur Verschiebung von Vertragsfristen und Ausführungsterminen
- Regelungen zur Vergütung / Entschädigung im Fall von Bauzeitverlängerungen und Kostensteigerungen
- Unterschied Verbraucher- und Unternehmensverträge

**Verbrauchervertrag versus Unternehmervertrag**

- Unterschied + Bedeutung
- Informationspflicht | Verbrauchervertrag

**5. Fallbeispiele**

- Betroffenheit des gesamten Marktes
- Unabwendbarkeit
- Unmöglichkeit / Unerschwinglichkeit = Unzumutbarkeit

## 1. Einleitung

Der Ukraine-Krieg und weltweite Sanktionen führen zu einem extremen Preisanstieg vieler Baustoffe und verschärfen die schon aufgrund der Covid-19-Pandemie entstandene Situation, die leider immer noch andauert. Schlimmer noch: Die Spannungen zwischen China und der USA (Stichwort Ballons) unter Einbeziehung der EU lassen befürchten, dass diese noch einen erheblichen Zeitraum andauern werden. Diese Ereignisse sowie COVID-19 und der Ukraine Krieg überlagern sich. Neben Öl, Gas, Strompreissteigerungen und dem Damoklesschwert eines Öl- und Gasembargos sowie anderen Lieferengpässen von Rohstoffen und Baustoffen aus den Herkunftsländern zeigen die Abhängigkeit des Bausektors auf. So bezogen Unternehmen aus der Bundesrepublik Deutschland beispielhaft im Jahr 2021

30 % Baustahl aus Russland, Ukraine und Weißrussland

40 % Roheisen aus Russland, Ukraine und Weißrussland

25 % Nickel aus Russland, Ukraine und Weißrussland

75 % Titan aus Russland, Ukraine und Weißrussland.

Durch den vermehrten Zusammenbruch von Lieferketten steigen Rohstoff- und Materialknappheit rapide weiter an und damit auch die Preise. Die Kosten für Stahl, Beton, Holz u.v.m. variieren täglich, wenn nicht sogar stündlich. Diese unvorhersehbaren Preisschwankungen führen mittlerweile zu einem fast unkalkulierbaren Preisrisiko. Auftragnehmer können bestimmte Baustoffe oft nur noch teuer erwerben, was für teilweise existenzbedrohende Probleme sorgt. Um diesen zu begegnen, versuchen Bauunternehmen Preisanstiege und Beschaffungsprobleme an die Auftraggeber weitergeben. Aufgrund der schwierigen Kalkulationsmöglichkeiten beschränken viele Auftragnehmer ihre Angebotsfrist zudem nur noch auf wenige Tage oder unterbreiten ihre Angebote gleich freibleibend.

Es stellt sich deshalb die Frage, wie mit diesen weiteren Problemen rechtlich umzugehen ist.

Bei bestehenden Bauverträgen ist die Situation schwierig „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.

Dieser Vortrag soll etwaige Lösungsmöglichkeiten und Begründungen für die Geltendmachung von Ansprüchen aufzeigen.

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. Allgemeines /Allgemeiner Irrglaube

Bevor eine nähere Auseinandersetzung mit der Thematik erfolgt, sollen zunächst einige immer wieder auftretende Irrtümer am Bau beseitigt werden.

### a.) Höhere Gewalt

Im Zuge der COVID-19-Pandemie und des Ukraine-Kriegs geistert oft der Begriff der „höheren Gewalt“ über die Baustellen. Mit diesem Schlagwort glauben viele Baubeteiligte, insbesondere Auftragnehmer, dass diese Fälle ohne weiteres einer „höheren Gewalt“ zuzuordnen seien. Dabei werden völlig unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses Lieferprobleme und Preissteigerungen automatisch zur höheren Gewalt erklärt. Folge davon soll sein, dass der Vertrag quasi nicht mehr „gilt“ oder dass die Preise einfach „durchgereicht“ werden können.

Entgegen dieser inflationären Verbreitung des Begriffes führt ein Blick in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) schnell zur Ernüchterung. Lediglich an zwei Stellen fällt überhaupt der Begriff „höhere Gewalt“:

Einmal im Zusammenhang mit der Verjährung (§ 206 BGB) und zum Anderen bei der Haftung des Gastwirts (§ 701 Abs. 3 BGB).

Die VOB/B erwähnt immerhin den Begriff der „höheren Gewalt“ in § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B im Zusammenhang mit der Verlängerung von Ausführungsfristen.

Aber was ist denn nun tatsächlich aus rechtlicher Sicht unter „Höherer Gewalt“ zu verstehen? Der BGH hat dazu folgendes ausgeführt:

*„Höhere Gewalt ist ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist.“*(so BGH, Urt. v. 16.05.2017, Az.: X ZR 142/15)

Aber was ist darunter für den juristischen Laien zu verstehen?

Einige gute Argumente und verständliche Begründungen für Auftragnehmer beinhaltet eine Einschätzung des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen.

Mit Datum vom 25. März 2022 hat das Bundesministerium für Wohnen, Bauwesen und Stadtentwicklung (BMWSB) einen Erlass veröffentlicht, der die Aufnahme von Stoffpreisgleitklauseln in neue und bestehende Verträge verbindlich vorschreibt und regelt.

Der Erlass erfolgte als Reaktion auf die aktuellen Lieferengpässe und Preissteigerungen bestimmter Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs und ist allerdings **nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge bindend**. Die darin enthaltenen Sonderregelungen sollen den Auswirkungen für laufende und kommende Bundesbaumaßnahmen für die Produktgruppen wie Stahl und Stahlegierungen, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukte, Epoxidharze, Holz u.a. entgegenwirken.

Dementsprechend sind in laufenden Vergabeverfahren, bei denen die Angebote noch nicht geöffnet wurden, Stoffpreisgleitklauseln nachträglich einzubeziehen, Ausführungsfristen an die aktuelle Situation anzupassen und die Angebotsfrist ggf. zu verlängern.

Nach erfolgter Angebotsöffnung ist das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurück zu versetzen, um nachträglich Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.

Für bestehende Verträge hat das Bundesministerium dabei einen Fall höherer Gewalt bzw. ein anderes nicht abwendbares Ereignis im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1c) VOB/B mit folgender Begründung bejaht,

*wenn die Materialien aus den genannten Produktgruppen nachweislich nicht oder vorübergehend nicht, auch nicht gegen höhere Einkaufspreise als kalkuliert, durch das Unternehmen beschaffbar sind.*

Als Rechtsfolge wird die Ausführungsfrist um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Stoffe zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten verlängert. Dadurch sollen weder Schadens- oder Entschädigungsansprüche gegen das Unternehmen entstehen noch soll der Auftraggeber gegenüber Folgegewerken in Annahmeverzug geraten, wenn sich deren Leistung in der Folge verschieben muss.

Darüber hinaus hat das Bundesministerium für öffentliche Projekte die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB mit folgender Begründung grundsätzlich anerkannt:

- *Die Vertragsparteien haben den Vertrag in der Annahme geschlossen, dass sich die erforderlichen Materialien grundsätzlich beschaffen lassen und deren Preise nur den allgemeinen Unabwägbarkeiten des Wirtschaftslebens unterliegen. Sie hätten den Vertrag nicht mit diesem Inhalt geschlossen, wenn sie gewusst hätten, dass die Kriegereignisse in der Ukraine derart unvorhersehbaren Einfluss auf die Preisentwicklung nehmen würden.*
- *Das Materialbeschaffungsrisiko liege grundsätzlich in der Sphäre des Unternehmens, nicht jedoch in den Fällen höherer Gewalt.*
- *Die Zumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag sei eine Einzelfallentscheidung, wobei es keine feste Grenze gebe, ab deren Überschreitung von einer Unzumutbarkeit auszugehen sei. In Rechtsprechung und Literatur werde die Unzumutbarkeit bei Werten zwischen 10-29% bzw. 15-25% Mengen- bzw. Preissteigerungen angenommen. Dabei komme es jedoch auf eine Gesamtbetrachtung des Vertrags an und nicht auf die einzelne Position.*

Sofern im Einzelfall eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bejaht werden kann, habe das Unternehmen einen Anspruch auf Anpassung der Preise für die betroffenen Positionen, welche wiederum „nach den Umständen des Einzelfalls“ festzusetzen sind. Ausweislich des Erlasses sei jedenfalls eine Verpflichtung zur Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten durch den Auftraggeber regelmäßig als unangemessen anzusehen.

#### b.) **Übertragung der Grundsätze des Erlasses des BMWSB vom 25. März 2022 auch auf die Private Wirtschaft**

Zunächst stellt sich die Frage, ob der oben dargestellte Erlass des BMWSB für Öffentliche Bauvorhaben auch auf solche der Privaten Wirtschaft übertragen werden kann.

Dies ist zu verneinen, da der Erlass ausdrücklich nur Bindungswirkung für die Vergabe öffentlicher Aufträge entfaltet.

Ein **eigener Anspruch auf Preisanpassung ergibt sich** für Verträge der Privaten Wirtschaft daraus daher **nicht**.

#### c.) **Gesetzliche Risikoverteilung**

Maßgebend für mögliche Preisanpassungen in Verträgen zwischen Privaten ist die gesetzliche und vertragliche Risikoverteilung. Danach fällt die **Preiskalkulation für Baumaterialien grundsätzlich in den Risikobereich des Auftragnehmers und nicht des Auftraggebers**. Der Auftragnehmer trägt dabei regelmäßig das **Beschaffungsrisiko einschließlich des Preisrisikos**, also das Risiko, die für die Herstellung des Werks erforderlichen Baustoffe rechtzeitig zu beschaffen. In diesem Zusammenhang hat er alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um seine Leistungspflichten aus dem Vertrag zu erfüllen. Im Zweifel hat er auch andere Lieferanten anzufragen. Dadurch mitunter entstehende erhebliche Mehrkosten gehen zu seinen Lasten.

#### d.) **Festpreisbindung**

Ebenso häufig – auch unabhängig von den aktuellen Ereignissen – wird häufig am Bau die Auffassung vertreten, wenn die vereinbarte Bauzeit beendet ist, dass dann keine Bindung mehr an die vertraglich vereinbarten Preise bestehe bzw. dass man sich dann sogar vom Vertrag lösen könne.

Verkannt wird dabei, dass bei einem Einheitspreisvertrag die Einheitspreise stets verbindlich sind. Dies ist aber unabhängig von der vereinbarten Bauzeit, solange es keine Sondervereinbarungen gibt.

Dies bedeutet aber nicht, dass der verbindliche Einheitspreis quasi statisch ist und keine Veränderung erfolgen kann. In diesem Zusammenhang werden gerne Vergütungsanpassungen bei Massenmehrungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B, geänderte oder zusätzliche Leistungen nach § 2 Abs. 5 bzw. 6 VOB/B ausgeblendet. Es gibt Vergütungsansprüche, Entschädigungsansprüche, Schadensersatzansprüche und manchmal auch einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Diese Vorschriften führen aber auch nicht zu einem „rechtsfreien Raum“, bei dem man sich nach Ende der Bauzeit nach Belieben bedienen und der Auftragnehmer den Preis bestimmen kann. Auch hier gibt es gesetzliche und vertragliche Regelungen, die zu beachten sind.

Diese Ausführungen seien nur vorangestellt, da diese Irrtümer immer wieder in Diskussionen, ja selbst in Veröffentlichungen in den Medien zu finden sind. Wiederholungen machen die Aussagen aber nicht zutreffender.

### **3. Bestehende Werk-/Bauverträge**

#### **Grundsatz: „pacta sunt servanda“**

Aufgrund dieser gesetzlichen bzw. vertraglichen Regelungen ist, bei bestehenden Werk/Bauverträgen zu prüfen, ob und inwieweit Verzögerungen des Baubeginns, Bauzeitverlängerungen, Materialpreissteigerungen auch im laufenden Vertragsverhältnis zumindest ansatzweise berücksichtigungsfähig sind. Dazu zunächst folgender allgemeiner Hinweis:

Der Auftragnehmer darf nicht passiv bleiben. Frühzeitiges und nachweisbares Handeln ist zwingend geboten. Es gilt der Grundsatz:

#### **„Wer schreibt der bleibt, wer telefoniert verliert“**

##### **a.) Anspruch auf Ausführungsverlängerung**

Gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B werden Ausführungsfristen verlängert:

- durch einen Umstand aus dem Risikobereich des AG
- durch Streik oder eine vom Auftraggeber angeordnete Aussperrung
- durch höhere Gewalt oder andere, für den AN unabwendbare Umstände.

Diese Umstände rechtfertigen auch bei einem BGB-Werkvertrag eine Verlängerung der Ausführungsfristen.

Im Ergebnis können extreme Preisanstiege / Lieferengpässe als „höhere“ Gewalt im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B zu einer Ausführungsfristverlängerung im Einzelfall führen.

Der Auftragnehmer ist allerdings verpflichtet, unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber die Behinderung anzuzeigen, vgl. § 6 Abs. 1 VOB/B. Glaubt sich der Auftragnehmer behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

Der Auftragnehmer wird sich nicht auf die Ausnahme „Offenkundigkeit“ berufen können. Natürlich ist auch dem Auftraggeber der Krieg in der Ukraine nicht entgangen, dessen hindernde Wirkung auf den konkreten Bauablauf ist aber nicht zwingend.

Daher ist im Zweifel immer sofort die Behinderung anzuzeigen. Versäumnisse können nicht mehr nachgeholt werden.

Dabei sind pauschale Floskeln wie „wegen Ukraine Krieg“ zu vermeiden, sondern ist das Problem konkret zu bezeichnen, worauf im Rahmen der Beispiele im Nachgang noch konkret eingegangen wird.

### **b.) Vergütungsanpassung**

Bei der Frage, ob und inwieweit eine Vergütungsanpassung möglich ist, ist zu unterscheiden zwischen:

- gleiches Leistungsziel ohne Massenabweichung
- gleiches Leistungsziel bei Massenmehrungen
- abweichendes Leistungsziel des Vertrages, geänderte zusätzliche Leistungen

#### (1) Gleiches Leistungsziel des Vertrages ohne Massenabweichung

Es gibt – ohne vertragliche Regelung – nur eine Anspruchsgrundlage:

Bauvertrag BGB: § 313 BGB

Bauvertrag VOB/B: § 313 BGB

Der Anspruch auf Anpassung eines Vertrages wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist in § 313 BGB wie folgt geregelt:

*„Haben sich Umstände, die zur Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“*

Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

Dies sind insbesondere die Fälle der sogenannten wirtschaftlichen oder sittlichen Unmöglichkeit oder der Unerschwinglichkeit im Sinne der bloßen Leistungserschwerung für den Auftragnehmer.

Die bereits von der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wurden mit der Schuldrechtsreform unter der amtlichen Überschrift „Störung der Geschäftsgrundlage“ in § 313 BGB gesetzlich normiert. Die Anwendung des § 313 BGB führt dazu, dass anders als bei der ergänzenden Vertragsauslegung von außen in den Vertrag eingegriffen wird, um das Äquivalenzverhältnis zulasten des allgemeinen Grundsatzes „pacta sunt servanda“ zu erhalten.

Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Parteien sich an ihren übereinstimmenden Vorstellungen über die vertragliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung festhalten lassen müssen. Damit schränkt § 313 BGB den Grundsatz der Vertragstreue im Interesse der Vertragsgerechtigkeit ein, indem er einen Anpassungstatbestand schafft, wo Vertrag oder Gesetz ansonsten keine zumutbare Regelung vorsehen.

Die Vorschrift führt leider einen Dornröschenschlaf und wurde in der Praxis zu Unrecht als extreme Ausnahmenvorschrift bisher nur sehr zurückhaltend bis gar nicht angewandt. Es sind jedoch keinerlei Gründe ersichtlich, warum die Vorschrift besonders restriktiv oder zurückhaltend behandelt werden sollte. Sie ist vielmehr eine notwendige Vorschrift, weil es ohne sie zu von der Rechtsordnung nicht hinnehmbaren Ergebnissen käme.

Weshalb sie – über die Subsumtion der Tatbestandsmerkmale hinaus – besonders restriktiv anzuwenden sei, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind ohnehin sehr hoch.

Nach allgemeiner Auffassung beinhaltet die Geschäftsgrundlage

*„die bei Vertragsschluss zutage getretenen, dem anderen Vertragspartner erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei oder die gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, soweit der Geschäftswille beider Vertragsparteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.“*

Die Geschäftsgrundlage ist folglich von den einseitig gebliebenen Motiven einer Vertragspartei und zum anderen vom Vertragsinhalt abzugrenzen. In gegenseitigen Verträgen ist in der Regel die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, mit anderen Worten das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung Geschäftsgrundlage. Die Vorschrift über die Störung der Geschäftsgrundlage ist damit der in Gesetz gegossene Ausfluss des Anpassungsbedürfnisses zum Erhalt der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. Dieses Äquivalenzverhältnis wird in der Regel Geschäftsgrundlage eines jeden Vertrages.

Dazu gilt aber, dass der vereinbarte Preis nicht per se als Geschäftsgrundlage angesehen wird, sondern dass es vordergründig auf die Risikoverteilung ankommt.

Der BGH hatte dazu bereits 1978 über die Frage der Preissteigerungen für Heizöl im Zuge der Ölkrise entschieden. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Eine norddeutsche Großstadt beauftragte einen Unternehmer mit der Lieferung ihres gesamten Jahresbedarfs an Heizöl im Jahr 1973. Es handelte sich um ca. 17 Mio. Liter Heizöl zu einem vereinbarten Preis von 11 DM pro 100 l. Dem lag ein kalkulierter Beschaffungspreis von 9,95 DM pro 100 l zugrunde. Infolge der Ölkrise stieg der Beschaffungspreis des Lieferanten auf Stände von über 600 DM. Dies entspricht einer Preissteigerung um ca. 6.000 %.*

Der BGH ging damals davon aus, dass bereits zweifelhaft sei, ob aufgrund der Vereinbarung eines Festpreises nicht nur das Risiko normaler Preisschwankungen – mit denen ohne Weiteres zu rechnen war – sondern auch dasjenige Risiko, dass weit über 100 % hinausgehende Preissteigerungen eintreten, vom Unternehmer zu tragen sei.

Der BGH ließ die Frage jedoch offen. Der Preisanpassungsanspruch des Unternehmers scheiterte im Ergebnis daran, dass die Preissteigerung dann nicht unzumutbar sei, wenn der Unternehmer sich durch geeignete Maßnahmen selbst vor dem Eintritt dieses unzumutbaren Ergebnisses hätte schützen können. Der BGH nahm damals an, dass der Unternehmer selbst schuld sei, er hätte ja 15,3 Mio. Liter leichtes Heizöl und rund 1.040 t schweres Heizöl beschaffen und einlagern können (so BGH, Urf. v.08.02.1978, Az.: VIII ZR 221/76).

Im Ergebnis bedeutet dies auf heutige Verhältnisse übertragen, dass jeder Bauunternehmer wohl umfangreiche Baustofflager anlegen müsste. Die Folgen einer großflächigen Lagerhaltung haben wir 2020 bereits bei Toilettenpapier erlebt. Ob dies tatsächlich zur Lösung des Problems beiträgt, sei daher dahingestellt.

In einer weiteren Entscheidung vom Dezember 2008 sah das OLG Düsseldorf in der Vereinbarung eines Festpreises ebenfalls die vollständige Risikoübernahme von Preisänderungen im Sinne einer Preisgarantie. Es sei daher kein Raum für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage.



Das OLG Hamburg entschied 2005, dass die Preissteigerung allein in den Risikobereich des Auftragnehmers falle, da die Erwartung, sich auf dem Markt zu auskömmlichen Preisen mit dem benötigten Material eindecken zu können nicht Geschäftsgrundlage geworden sei, sondern eine einseitige Erwartung des Unternehmers geblieben sei.

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

OLG Düsseldorf (Urteil vom 19.12.2008, Az.: 12 U 48/08):

*In der Vereinbarung eines Festpreises liegt eine stillschweigende Übernahme des Risikos von Leistungerschwerungen durch Erhöhung der Selbstkosten im Sinne einer Preisgarantie, die einen Anspruch des Auftragnehmers aus § 313 Abs. 1 BGB auf Anpassung des Vertrags regelmäßig ausschließt.*

OLG Hamburg (Urteil vom 28.12.2005, Az.: 14 U 124/05):

*1. Der Auftragnehmer kann sich aufgrund der Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt weder auf eine Änderung des Leistungssolls oder andere Anordnungen des Auftraggebers (VOB/B § 2 Nr. 5) noch darauf berufen, mit einer nach dem Vertrag nicht vorgesehenen Leistung (VOB/B § 2 Nr. 6) beauftragt worden zu sein.*

*2. Da auch die Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B nicht vorliegen, steht dem Auftragnehmer auch kein Anspruch gegen den Auftraggeber auf Anpassung des Vertragspreises wegen veränderter Verhältnisse zu.*

Als Ergebnis dieser beiden Entscheidungen ist festzuhalten, dass die bloße Steigerung der Materialpreise, Materialknappheit, Verbrauchskosten 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.

Die Subsumtion dieser beiden Entscheidungen auf die derzeitige Situation beinhaltet, dass das **Argument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wohl nur anwendbar ist bei Verträgen vor dem 24.02.2022 (Angriff Russlands auf die Ukraine).**

Ab diesem Zeitpunkt mussten die Parteien mit Marktschwankungen rechnen, weshalb ein Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund eines Ereignisses nach Vertragsabschluss schwierig zu begründen sein wird.

Alle drei Entscheidungen wirken auf ihre Art in der derzeitigen Marktsituation zynisch. Der Ansatz des BGH, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht unzumutbar sei, wenn der Betroffene die Folgen vermeiden hätte können ist wenig hilfreich. Ex post ist man immer klüger und es ist wohl kaum eine Konstellation vorstellbar, in der man nicht rückblickend eine Vermeidungsstrategie entwickeln könnte. Der Verweis auf Lagerhaltung zur Vermeidung von Preissteigerungen erscheint dabei in einer globalisierten Welt doch auch etwas altbacken und wenig zielführend. Es dürfte wohl unstrittig bleiben, dass die Kosten einer solchermaßen großflächigen Lagerhaltung im gesamten Baugewerbe zu deutlich steigenden Preisen führen dürften.

Im Ergebnis führt das Abstellen auf eine objektive Vermeidbarkeit als Zumutbarkeitskriterium faktisch zur Unanwendbarkeit der Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB. Die Annahme des OLG Düsseldorf, die Vereinbarung eines Festpreises stelle eine Preisgarantie dar, ist ebenfalls wenig überzeugend. Wie oben dargestellt ist grundsätzlich jeder Preis ein Festpreis.

Wäre diese Argumentation zutreffend, gäbe es keinen Anwendungsbereich für die Störung der Geschäftsgrundlage bei Veränderungen der Beschaffungspreise. Das OLG Hamburg schließlich vermischt die Frage nach der Geschäftsgrundlage und der Risikoverteilung. Alleine der Blick auf drei

prominente Urteile zu Preissteigerungen im Beschaffungsbereich zeigt, dass es an einer stringenten Linie der Rechtsprechung fehlt. Oftmals gehen die Anforderungen an die Voraussetzungen wild durcheinander. Rechtssicherheit für die Beteiligten sieht anders aus.

Nochmals zur Erinnerung: Es geht um die Aufrechterhaltung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses über die Laufzeit des Vertrages und nicht um Sorgfalt, Vorhersehbarkeit oder Erkennbarkeit. Maßgeblich ist vielmehr, ob der eingetretene, u.U. sogar vorhersehbare und erkennbare Umstand redlicherweise zu erwarten war und wie aus objektiver Sicht des Auftragnehmers ein redlicher Auftraggeber damit umgehen würde.

Das bedeutet mit anderen Worten:

*Was hätten die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Kenntnis des bevorstehenden Risikos redlicherweise vereinbart?*

Eine aktuelle Entscheidung des BGH zu Corona-bedingten Betriebsschließungen könnte zur Begründung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und zu einer Anpassung derselben eventuell weiter führen. Der BGH führt dort zur Risikoverteilung zutreffend aus:

*„Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann.“ (so BGH, Urt. v. 12.01.2022, Az.: XII ZR 8/21)*

Ebenso verhält es sich mit der Entwicklung von Bau- und Baustoffpreisen. Auch sie sind Folge von Entwicklungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens, für die keine der beiden Vertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Entscheidend sind dabei nicht die Ursachen einer Preissteigerung, sondern vielmehr die Tatsache, dass dafür keine Partei verantwortlich gemacht werden kann. Im Rahmen der „Redlichkeitskontrolle“ wird man zudem festhalten müssen, dass der Mehrwert der Preissteigerung der Baustoffe und allgemeinen Baukosten im Ergebnis beim Bauherrn, also dem Besteller erhalten bleibt. Das – und nicht die Frage der Vermeidbarkeit – wird man im Rahmen der Zumutbarkeit berücksichtigen müssen. Entscheidend scheint ein grundsätzlicher Perspektivwechsel und eine vorurteilsfreie Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 313 BGB alleine unter Subsumtion der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale.

Dabei ist zu berücksichtigen:

- Der Preis selbst und seine Kalkulation wird keine Geschäftsgrundlage, wohl aber die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sein.
- Allein die Vereinbarung eines Festpreises ist als Risikozuweisung untauglich und stellt vielmehr einen unzulässigen Zirkelschluss dar.
- Der Vorwurf fehlender Sorgfalt in Kalkulation und Beschaffung (z.B. ein nicht bindendes Baustoff-Angebot, unterlassene Lagerhaltung) schließt die Unzumutbarkeit nicht aus und stellt keine Risikozuweisung dar.

Zumindest mit diesen Begründungen sollte man es versuchen den Auftraggeber bzw. den Bauherrn von einem Anspruch auf Preisanpassung zu überzeugen, um mit diesem eine entsprechende Einigung über die Erhöhung der Baukosten zu erzielen.

## (2) gleiches Leistungsziel bei Massenmehrungen

In diesem Zusammenhang ist eine neuere Rechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit Massenmehrungen von Interesse. Diese neue Rechtsprechung ermöglicht es, in Abkehr des bisherigen Prinzips der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung (Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis) auf die tatsächlichen erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge

abzustellen. Dies ist bei steigenden Preisen eine Möglichkeit, zumindest bei erheblichen Massenmehrungen den Einheitspreis nach oben hin zu korrigieren. Voraussetzung ist natürlich ein Verlangen nach § 2 Abs. 3 VOB/B.

Die BGH-Entscheidung (Urteil vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18), die dies ermöglicht, soll hier in den wichtigen Leitsätzen wiedergegeben werden:

*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.*

Es bedarf dabei deshalb zunächst einer Prüfung, ob und inwieweit tatsächlich eine Lücke besteht. Aufgrund der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2019 wurden die einen oder anderen Verträge dahingehend geändert, dass die Lücke durch eine vertragliche Regelung geschlossen wurde (beispielsweise Nachtragsberechnung auf Basis der Kalkulation).

**Im Ergebnis erlaubt eine erhebliche Massenmehrung (d. h. ohne Anordnung des Auftragsgebers) beim VOB/B-Vertrag und wohl auch beim BGB-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 Eingang finden.

Es gibt weitere Entscheidungen, die nun auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge abstellen, z. B. KG, Urte. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18; OLG Brandenburg, Urte. v. 22.04.2020 – 11 U 153/18; OLG Düsseldorf, Urte. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19; OLG Frankfurt, Urte. v. 21.09.2020 – 29 U 171/19; OLG Köln, Urte. v. 03.02.2021 – 11 U 136/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.02.2021 – 22 U 245/20, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese Auffassung nicht per se angenommen werden kann, sondern es immer einer gewissen Einzelfallbetrachtung bedarf.

Beim BGB-Vertrag gibt es dahingehend keine Sondervorschrift, so dass allenfalls über § 313 BGB eine Anpassung möglich ist.

Im Ergebnis bietet nun die geänderte Rechtsprechung unter Berücksichtigung der zitierten Instanzenrechtsprechung eine erhebliche Argumentationshilfe, um auch bei VOB/B-Verträgen gestiegene Materialkosten in einem Nachtrag unterzubringen. Leider fehlt es bisher an einer BGH Entscheidung zu Verträgen, welchen lediglich das BGB zugrunde liegt. Die Argumentation ist aber auch unter Berücksichtigung der Gesetzeslage nach dem BGB nachvollziehbar und wird sowohl in der Literatur als auch nun teilweise in der Instanzenrechtsprechung geteilt. Insofern kann auch bei bestehenden Bauverträgen die Problematik gesteigener Baustoffkosten über den Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten in den Nachtrag eingepreist werden.

### c.) **Bauzeit Anpassung**

Insbesondere der Ukraine-Konflikt kann durch seine Auswirkungen auch zu Behinderungen führen, wenn Leistungen von Vorunternehmern nicht fertig werden, Lieferengpässe auftreten usw. In diesem

Zusammenhang stellt sich die Frage, wie diese zeitlichen Störungen gegebenenfalls ausgeglichen werden können.

Es gibt folgende 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

Hinzuweisen ist dabei allerdings zunächst darauf, dass die Vergütung der zeitlichen Verzögerung eine Anordnung des Auftraggebers voraussetzt. Sofern diese vorliegt, kann auf vorstehende Ausführungen zur Ermittlung verwiesen werden. Es sind „verkleidete“ Bauzeitnachträge die kostenauslösend sein können.

Ein Schadensersatz scheidet dabei allerdings meist am Verschulden des Auftraggebers bzw. seiner Erfüllungsgehilfen (Planer). Da Verzögerungen durch Vorgewerke dem Auftraggeber ebenfalls fast ausschließlich nicht als Verschulden zugeordnet werden können, ist meist nur ein Anspruch auf Entschädigung einschlägig.

In diesem Zusammenhang soll hier deshalb nur auf den Entschädigungsanspruch hingewiesen werden, da die anderen Anspruchsgrundlagen meist ohnehin nicht einschlägig sein werden.

Zunächst die allgemeinen Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs:

Nachtrag nach § 642 BGB (i. V. m. § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B)

Ein Nachtrag wegen Unterlassen einer Mitwirkungshandlung setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

BGB-Vertrag oder VOB/Vertrag (Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag)

AG erbringt seine Mitwirkungshandlung nicht oder nicht rechtzeitig (ohne Verschulden)

Beispiele:

- Verletzung Bereitstellungspflicht (Grundstück, Leistung des Vorunternehmers)
- Beistellung der Ausführungsunterlagen, § 3 Abs. 1 VOB/B
- Abstecken der Hauptachsen, § 3 Abs. 2 VOB/B
- Koordination der am Bau beteiligten Unternehmer, § 4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B
- öffentlich rechtliche Genehmigungen/Erlaubnisse, § 4 Abs. 1 Satz 2 VOB/B - Bereitstellung von Lager und Arbeitsplätzen

Voraussetzung dafür ist aber, dass der Auftragnehmer zur Leistung bereit und imstande ist und er seine Leistung dem Auftraggeber anbietet. Dies sollte nach dem Grundsatz

*„wer schreibt der bleibt“*

der Gestalt erfolgen, dass der Auftragnehmer in Textform (Fax, E-Mail) die Leistungsbereitschaft erklärt oder eine Behinderung anzeigt.

Selbst ein Entschädigungsanspruch scheidet aus, wenn der Auftragnehmer selbst nicht leistungsbereit ist. Wenn also beispielsweise keine Vorunternehmerleistungen das Problem sind, sondern fehlendes Material, dann kann der Auftragnehmer gar nicht leisten, so dass ein Annahmeverzug des Auftraggebers ausscheidet.

Ein weiteres Problem ist, dass die Rechtsprechung den Entschädigungsanspruch wirtschaftlich entwertet hat.

Der Anspruch nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B wurde durch eine Entscheidung des BGH (Urt. v. 26.10.2017, Az.: VII ZR 16/17) 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.*

Neben dieser zeitlichen Einschränkung des Anspruchs, der gerade die entstehenden Preissteigerungen im verschobenen Zeitraum nicht mehr berücksichtigt, wurde in weiteren Entscheidungen des BGH deutlich gemacht, dass es quasi nur Vorhaltekosten auf Personal und Gerät nebst angemessenen Zuschlägen gibt.

Der BGH machte deutlich, dass der Entschädigungsanspruch nicht zu einem vollständigen wirtschaftlichen Ausgleich des Auftragnehmers führen soll. Dafür gibt es Schadensersatz, der entsprechend höhere Voraussetzungen insbesondere ein Verschulden des Auftraggebers hat.

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/Verbrauchskosten bedeutet die Entscheidung, dass der Auftragnehmer grundsätzlich keine Ansprüche stellen kann.** Lediglich im Zeitraum des Annahmeverzuges selbst, wäre eine Berücksichtigung von Materialpreissteigerungen dieser Kosten im Rahmen des Entschädigungsanspruches denkbar. Wenn aber im verschobenen Zeitraum der Bauausführung, die durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers unverschuldet verursacht wurden, es zu Materialpreissteigerungen kommt, können diese nicht weitergereicht werden. Deshalb sollte ggfls. frühzeitig auch eine Exitstrategie geplant werden (z.B. § 6 Abs. 7 VOB/B Kündigung), auf welche nachgehend noch eingegangen wird.

#### **d.) Anspruch des Auftragnehmers auf Bauzeitverlängerung**

Auch ein Anspruch auf Verlängerung der Vertragsfristen kann sich grundsätzlich nur aus einer bereits im Vertrag getroffenen entsprechenden Vereinbarung ergeben.

Die VOB/B enthält eine solche Vereinbarung, auf die sich die Vertragsparteien berufen können, falls diese wirksam in den Vertrag einbezogen wurde. Danach gilt Folgendes:

Nach § 6 Absatz 2 Nr.1 c) VOB/B können Ausführungsfristen verlängert werden, soweit eine Behinderung durch „höhere Gewalt“ oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände verursacht ist. Ob die Corona Pandemie oder der Krieg in der Ukraine die Annahme eines Falls höherer Gewalt rechtfertigen, ist auf den Einzelfall bezogen zu klären. **Von höherer Gewalt wird man allenfalls dann ausgehen können, wenn das jeweilige Material tatsächlich nicht lieferbar ist.**

Die Materialknappheit darf jedoch nicht auf eine mangelhafte Planung oder unzureichende Bestellung zurückzuführen sein. Außerdem dürften die fehlenden Materialien auch nicht zu einem höheren Preis – was dem Auftragnehmer aufgrund seiner Risikozuweisung zumutbar wäre – zu beschaffen sein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Vergütungsanpassung (b) verwiesen werden.

Selbst wenn ein Fall von höherer Gewalt vorliegt, hat der Auftragnehmer die Behinderung nach § 6 Absatz 1 VOB/B gegenüber dem Auftraggeber anzuzeigen und die Auswirkung auf den Bauablauf konkret nachweisen.

#### **e.) Exitstrategie „Flucht in die Kündigung“**

Grundsätzlich ist beiden Parteien eine kooperative Haltung nahezulegen. In der Praxis sind viele Beteiligte allerdings – aus verschiedenen Gründen – unflexibel. Sofern der Auftraggeber in keinsten Weise kooperativ sein sollte, muss auch an eine Exitstrategie gedacht werden, d. h. „Flucht in die Kündigung“.

In der Bauphase ist der AG „druckempfindlich“. Bei fehlender Kooperationsbereitschaft zu einer Preis-anpassung des Auftraggebers ist über eine „Exitstrategie“ nachzudenken.

Der Aufbau von Kündigungsmöglichkeiten durch den Auftragnehmer kann den Auftraggeber an den „Verhandlungstisch“ zwingen bzw. zum wirtschaftlichen Eigenschutz zur Vertragsbeendigung führen (Flucht in die Kündigung), wobei folgende Exitstrategien in Betracht zu ziehen sind.

§ 6 Abs. 7 VOB/B: Unterbrechung mehr als 3 Monate

§ 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B: Annahmeverzug des AG mit Mitwirkungshandlung

§ 313 Abs. 3 BGB: Wegfall der Geschäftsgrundlage, wenn Anpassung Vertrag nicht möglich/zumutbar

§ 650f Abs. 5 BGB: Nichtstellung Sicherheit nach Setzung angemessener Frist (gilt nicht bei Verbraucherverträgen)

Dabei sei aber der ausdrückliche Hinweis erlaubt, dass Kündigungen sorgfältig vorbereitet werden, müssen, damit sie rechtmäßig sind! Hierbei ist jeweils der Sachverhalt möglichst konkret fortlaufend zu dokumentieren und auch der Schriftverkehr am beabsichtigten Kündigungstatbestand aufzubauen.

Bei rechtswidriger Kündigung, kann der Auftraggeber seinerseits mit Kündigung reagieren und den Auftragnehmer mit Mehrkosten belasten.

Deshalb sollte die **Kündigung** auch immer nur als **ultima ratio** in Betracht gezogen werden, da diese nur unter engen Grenzen zulässig ist und auch erhebliche Gefahren für den Auftragnehmer in sich birgt.

#### 4. Zukünftige Werk- / Bauverträge

##### a.) Allgemeines zu Preisgleitklauseln

Bei zukünftig abzuschließenden Verträgen dürfte die **Aufnahme entsprechender Preisgleitklauseln** Sach- und Interessengerecht sein. Sinnvoll erscheint es, insoweit zumindest die oben dargestellten **Grundsätze des Erlasses vom 25. März 2022** des BMWSB zu **berücksichtigen**.

Vor diesem Hintergrund gilt es bei dem Entwurf einer solchen Klausel Folgendes zu beachten:

- Die Klauseln sollten ausgewogen formuliert werden und sich an der oben dargestellten grundsätzlichen Risikoverteilung orientieren.
- Beide Parteien sollten nicht nur einen entsprechenden Anteil der steigenden Kosten übernehmen, sondern auch von sinkenden Kosten profitieren. Daher sollte auch die Möglichkeit von Preissenkungen Berücksichtigung finden.
- Zudem sollten sich Preisgleitklauseln auf bestimmte festgeschriebene Materialien beziehen und eine objektive Beurteilung tatsächlicher Preissteigerungen ermöglichen, indem sie objektive und nachvollziehbare Bezugspunkte enthalten, die vom Auftragnehmer bzw. dem Anspruchsteller nachzuweisen sind (Festlegung der Anwendung eines bestimmten Index)
- Auch die Festlegung einer Grenze, ab deren Überschreitung von einer Unzumutbarkeit auszugehen sei, erscheint unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität sinnvoll.
- Ferner könnte beispielsweise eine Preisanpassung von prozentualen Schwellenwerten und deren Über-/oder Unterschreitung oder sonstigen Vertragsbedingungen abhängig gemacht werden.
- Weiterhin könnten solche Klauseln im Gegenzug mit einer Obliegenheit des Auftragnehmers verbunden werden, direkt nach Abschluss des Vertrages die Baumaterialien zu bestellen, damit sie rechtzeitig für die Herstellung des Bauwerks verfügbar sind. Vor diesem Hintergrund könnte zumindest einer Lieferverzögerung begegnet werden.

Bei der individuellen Gestaltung von Preisgleitklauseln ist daher Kreativität gefragt, um den unterschiedlichen Interessen einerseits und der gesetzlichen Risikoverteilung andererseits gerecht zu werden.

Derartige Klauseln sind zudem so zu formulieren, dass sie nicht an den **Hürden der AGB-Prüfung**, insbesondere des § 309 Nr.1 BGB bei Verbraucherverträgen bzw. § 307 BGB bei Unternehmerverträgen, **scheitern**.

Einer transparenten Darstellung bedarf deshalb auch ein maßgeblicher Bezugspunkt eines neuen Preises.

Wenn man die in der Vergangenheit eher erfolglosen Versuche einer gesetzlichen Vertragsanpassung an gestiegene Beschaffungskosten betrachtet, drängt sich der Blick auf vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten auf.

Die VOB-Stelle Sachsen-Anhalt hat dazu postuliert, dass der Verzicht auf Preisgleitklauseln bei langfristigen Bauverträgen ein unzulässiges ungewöhnliches Wagnis im Sinne von 9 Nr. 2 VOB/A sein könne. Ein solches ungewöhnliches Wagnis möchte natürlich kein redlicher Auftraggeber seinem

Auftragnehmer aufbürden. Danach möchte man meinen, dass eine Preisanpassungsklausel wohl völlig unproblematisch sei und eher die Regel denn die Ausnahme darstelle. Man kommt allerdings sehr schnell zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung die AGB-rechtlichen Grenzen solcher Preisanpassungsklauseln sehr eng zieht.

### **b.) Preisgleitklausel als kontrollfähige Preisnebenabrede**

Zunächst könnte man auf den Gedanken kommen, dass Preisanpassungsklauseln als reine Preisabreden dem Kontrollbereich des AGB Rechts entzogen seien. Hier hat der BGH jedoch zutreffend entschieden, dass Preisanpassungsklauseln kontrollfähige Preisnebenabreden sind, die das dispositive Recht über eine bindende Preisvereinbarung ändern.

Dies wird auch dadurch bestätigt, dass § 309 Nr. 1 BGB ein ausdrückliches Klauselverbot für kurzfristige Preiserhöhungen regelt, die vereinbarungsgemäß innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen. Der Gesetzgeber geht also grundsätzlich davon aus, dass Preisanpassungsvereinbarungen möglich sein sollen und lediglich für kurzfristige Preiserhöhungen innerhalb von vier Monaten unzulässig sind.

Das AGB-Recht stellt sowohl für den Verbraucher wie auch für den Unternehmer in der Generalklausel des § 307 BGB das Transparenzgebot und des Verbots der unangemessenen Benachteiligung auf. Als Ausfluss des Benachteiligungsverbotes darf dem Unternehmer daher nicht die einseitige Möglichkeit gegeben sein, den vereinbarten Preis ohne jede Begrenzung anzuheben, um so nicht nur einen Verlust durch die Baustoffpreissteigerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen.

Jede Gleitklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss zur Wahrung der Transparenz jeweils klar und deutlich die tatsächlichen Voraussetzungen, nach denen der Preis sich ändern soll festlegen und regeln, was anstelle des „Festpreises“ für die Vergütung der nach einem festgelegten Stichtag erstellten Leistung gelten soll.

Eine Klausel, wonach eine Erhöhung der der Kalkulation zugrunde liegenden Kosten zwischen Vertragsabschluss und Abnahme zu einer Preiserhöhung führen soll, ist nur dann wirksam, wenn der Unternehmer seine ursprüngliche Kalkulation offenlegt und nachweist, welche Kosten (Lohn, Material, Baustellenkosten, allgemeine Geschäftskosten) sich um welchen Betrag in welchem Zeitraum erhöht haben.

Bereits der Gesichtspunkt des Transparenzgebotes dürfte Preisanpassungsklauseln im Verbraucherbereich annähernd ausschließen, da dem Verbraucher bereits die Struktur der Preiskalkulation unbekannt sein dürfte. Oder kennen Sie einen Verbraucher, der sich unter EKT, AGK und BGK etwas vorstellen kann?

Aus § 309 Nr. 1 BGB ist jedoch ersichtlich, dass der Gesetzgeber auch im Verbraucherbereich von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Preisanpassungsklausel ausging. Wenn man sich nun aber die Literatur und Rechtsprechung ansieht, findet man unzählige Klauseln, die allesamt – aus unterschiedlichsten Gründen – unwirksam sein sollen.

Eine allgemein geltende von der Rechtsprechung bestätigte, wirksame Klausel, die dem Anpassungsbedürfnis der Praxis für gestiegene Bau- und Baustoffpreise gerecht wird, gibt es nicht. Dies ist äußerst unbefriedigend und führt auch zu einer hohen Rechtsunsicherheit in den jeweiligen Verträgen, insbesondere bei Verbraucherverträgen.

### **c.) Klauselvorschlag**

Daher folgender Vorschlag, welcher obigen Voraussetzungen sowohl für Verbraucherverträge als auch im gewerblichen Bereich gerecht werden kann. Es wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies lediglich einen Vorschlag darstellt, ohne ausdrückliche Zusicherung, dass dieser bezogen auf seine Wirksamkeit einer gerichtlichen Überprüfung „stand hält“. Es sollte daher bei Gestaltung einer derartigen Klausel immer auf den Einzelfall abgestellt werden und diesbezüglich Rechtsrat durch Hinzuziehung eines Rechtsanwalts eingeholt werden.



1. Der Preis der Leistung bestimmt sich gemäß der Urkalkulation mit folgenden Preisbestandteilen: Einzelkosten der Teilleistung EKT + Baustellengemeinkosten BGK + Allgemeine Geschäftskosten AGK = Selbstkosten (Kostenelemente) + Wagnis und Gewinn (Preiselemente) = Angebotspreis Netto
2. Ergibt sich für eine vereinbarungsgemäß frühestens vier Monate nach Vertragsschluss zu erbringende Leistung oder Teilleistung eine Änderung eines kalkulationsrelevanten Kostenbestandteils der Selbstkosten, die zu einer über 5 % hinausgehenden Änderung der kalkulierten Selbstkosten für die Leistung oder Teilleistung führt, ist auf Verlangen einer Vertragspartei unter Offenlegung der Urkalkulation ein neuer Preis, bestehend aus den tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten zuzüglich der sich aus der Urkalkulation ergebenden übrigen Preisbestandteile zu vereinbaren. Der aus der Urkalkulation errechnete Geldbetrag für Wagnis und Gewinn bleibt unverändert.
3. Führt diese Preisanpassung zu einer wesentlichen Überschreitung des veranschlagten Preises der Gesamtleistung, kann der Besteller den Vertrag kündigen. Dem Unternehmer steht dann nur die in § 645 Abs. 1 BGB bestimmte Vergütung zu.

Als Schwelle für eine Preisanpassung wurde zunächst eine Änderung der kalkulationsrelevanten Kostenbestandteile der Selbstkosten gewählt. Aus zahlreichen Urteilen zu Vertragstrafklauseln ergibt sich die Anforderung der Rechtsprechung, dass dem Unternehmer der Gewinn nicht vollständig genommen werden dürfe. Aus der Vermutungsregelung des § 648 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einem vermuteten Gewinn i.H.v. 5 % der vereinbarten Vergütung ausgeht.

Weiteres Kriterium ist dann die Offenlegung der Urkalkulation und ein Preisanpassungsmechanismus, wie wir ihn aus § 2 Abs. 5 VOB/B und § 650 c BGB kennen. Um eine Gewinnerhöhung auszuschließen, folgt die Klarstellung, dass der sich aus der Urkalkulation errechnete Geldbetrag als absoluter Betrag für Wagnis und Gewinn nicht angepasst wird.

In Abs. 3 wird dem Besteller zu guter Letzt eine Kündigungsmöglichkeit eingeräumt, wie sie aus § 649 BGB bei Überschreitung des Kostenanschlags gesetzlich geregelt ist. Dieser Formulierungsversuch soll ausdrücklich zur Diskussion stehen mit dem Ziel, eine praxistaugliche und konsensfähige Klausel zu erhalten, ohne die Gewähr von absoluter Rechtssicherheit.

**d.) Allgemeine Grundsätze bei der Gestaltung entsprechender Klauseln auf Preisgleitung, der Verschiebung von Vertragsfristen und Ausführungsterminen sowie von Regelungen zur Vergütung / Entschädigung im Fall von Bauzeitverlängerungen und Kostensteigerungen**

Der Schwerpunkt sollte bei der Vertragsgestaltung / Angebotserstellung 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)

Im Hinblick auf die Wirksamkeit von Regelungen sollten Individualvereinbarungen den AGBs vorgezogen werden, sprich diese sollten jeweils einzeln ausgehandelt werden.

Bei der Vertragsgestaltung sollten Probleme des Ukraine-Kriegs aktiv gestaltet werden:

- Fixierung der Vorstellungen der Parteien als Auslegungshilfe (Beginn, Bauzeit, Planlieferung, Materialverfügbarkeit, Preise, Pufferzeiten)
- Flexible Gestaltung Bauzeit (Beginn, Dauer, Ende, Pufferzeiten)
- Material- /Stoffpreisklauseln

- Regelungen zu Beschleunigungsmaßnahmen (Vergütung)
- Bonusregelung bei Termintreue
- Konfliktbeilegungsregelung zu Leistungsstörungen

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 dringend zu empfehlen, vorab bei der Vertragsgestaltung Rechtsrat einzuholen. Die Gefahr, dass Gerichte diese Klauseln kippen ist dann nicht so hoch, als bei „Eigenkreationen“. Darüber hinaus beinhaltet dies auch eine gewisse Absicherung bezogen auf die Haftung der Rechtsberatung.

## 5. Fallbeispiele

**Zu beachten ist, dass diese Fallbeispiele nur grobe und verallgemeinerte Sachverhalte darstellen und sich das Prüfergebnis nur aus dem jeweiligen konkreten Einzelfall ergeben kann.**

### a.) Fallbeispiele für Betroffenheit des gesamten Marktes

1.

Ein Lieferant oder Subunternehmer des AN fällt aus (z.B. wegen Insolvenz oder einem Brandereignis in dessen Werk).

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferanten- bzw. Subunternehmermarkt betroffen ist. Wenn nicht nur der eine Lieferant bzw. Subunternehmer potentiell zur Verfügung stand, ist nicht der gesamte Markt betroffen.

2.

Lieferausfall: Der AN weist nach, dass er von drei Lieferanten eine Absage erhalten hat.

Preiserhöhung: Der AN weist nach, dass er drei Lieferanten angefragt hat und nur wesentlich höhere Preise als ursprünglich kalkuliert angeboten erhalten hat.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt betroffen ist (also nicht liefert bzw. nicht billiger liefert). Der Nachweis muss einen repräsentativen Ausschnitt aus dem gesamten Markt umfassen. Wenn z.B. dem AG bekannt ist, dass es eine Vielzahl potentieller Lieferanten gibt, wären drei Absagen zu wenig. Wenn dem AG der Umfang des Marktes nicht bekannt ist, hat der AN auch dafür einen geeigneten Nachweis zu erbringen.

3.

Der AN weist nach, dass bei einem Lieferanten des AN aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele Mitarbeiter ausgefallen sind und der Lieferant dadurch nicht rechtzeitig liefern kann, und fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt (bzw. ein repräsentativer Teil dieses Marktes) von derartigen Krankheitswellen betroffen ist.

4.

Der AN fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine, da er aufgrund einer Verknappung von Containern für den Schiffsverkehr aus Asien eine notwendige Lieferung nicht rechtzeitig erbringen kann.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt betroffen ist. Wenn er nicht nachweisen kann, dass nur die Produktion in Asien bzw. in Ländern, von denen Schiffsverkehr erforderlich ist, möglich war, ist nicht der gesamte Markt betroffen.

5.

Nach dem Vertrag war dem AN freigestellt, ob er bestimmte Produkte aus Holz oder Kunststoff herstellen lässt. Der AN entscheidet sich für Holz. Der AN fordert eine Preiserhöhung, er weist nach, dass sich nach Vertragsabschluss die Preise am gesamten Lieferantenmarkt massiv und unvorhersehbar erhöht haben. Die Preiserhöhungen am Markt betreffen Holz, aber nicht Kunststoff. Ein rechtzeitiger Umstieg auf eine Produktion aus Kunststoff ist aber nicht mehr möglich.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt betroffen ist. Da nur der Markt für Holz betroffen ist, die Entscheidung dafür aber in der Dispositionsfreiheit des AN lag, ist nicht der gesamte Markt betroffen.

6.

Der AN fordert eine Terminverschiebung, da aufgrund eines Kriegsereignisses die Grenzen zwischen der Ukraine und Ungarn geschlossen wurden und die Lieferung aus dem ukrainischen Werk nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt betroffen ist. Wenn er nicht nachweisen kann, dass nur die Produktion in der Ukraine bzw. in Ländern, die von Grenzsicherungen betroffen waren, möglich war, ist nicht der gesamte Markt betroffen.

7.

Der AN fordert eine Terminverschiebung, da alle ausländischen Lieferanten kein Material mehr liefern, sondern nur noch deutsche Lieferanten, was deutlich teurer wäre.

Der AN muss nachweisen, dass der gesamte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügbare potentielle Lieferantenmarkt betroffen ist. Wenn er nicht nachweisen kann, dass nur die Bestellung bei ausländischen Lieferanten möglich war (was offenbar nicht der Fall sein dürfte, wenn er nunmehr auch bei deutschen Lieferanten bestellen kann), ist nicht der gesamte Markt betroffen.

## **b.) Fallbeispiele für Unvorhersehbarkeit**

1.

Lieferausfall: Der AN weist nach, dass er von drei Lieferanten eine Absage erhalten hat.

Preiserhöhung: Der AN weist nach, dass er drei Lieferanten angefragt hat und nur wesentlich höhere Preise als ursprünglich kalkuliert angeboten erhalten hat.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass zum Zeitpunkt der ursprünglichen Angebotslegung keine Anhaltspunkte für künftige Lieferausfälle bzw. Preiserhöhungen vorlagen (z.B. durch Bestätigungen von Lieferanten, Preislisten).

2.

Der AN weist nach, dass bei einem Lieferanten des AN aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele Mitarbeiter ausgefallen sind und der Lieferant dadurch nicht rechtzeitig liefern kann, und fordert daher eine Verschiebung der vertraglichen Termine.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass zum Zeitpunkt der ursprünglichen Angebotslegung keine Anhaltspunkte für künftige Krankheitswellen vorlagen (wenn die Pandemie damals schon vorlag, wird dieser Nachweis entsprechend schwieriger).

3.

Der AN fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine, da er aufgrund einer Verknappung von Containern für den Schiffsverkehr aus Asien eine notwendige Lieferung nicht rechtzeitig erbringen kann.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass zum Zeitpunkt der ursprünglichen Angebotslegung keine Anhaltspunkte für

künftige Containerverknappungen vorlagen (z.B. durch Bestätigungen von Lieferanten oder Logistikunternehmen).

4.

Der AN fordert eine Preiserhöhung, da seine Lieferanten massiv höhere Preise als von ihm kalkuliert angeboten haben. Er hat allerdings vor Angebotslegung keine Lieferanten angefragt.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass seine Kalkulation angemessen war (z.B. durch damalige Preislisten, Indizes, Lieferantenbestätigungen). Wenn sich herausstellt, dass das damalige Preisniveau bereits massiv höher als kalkuliert war, war es nicht für den AN unvorhersehbar. Wenn der AN in diesem Fall versehentlich zu gering kalkulierte, hat er nicht sorgfältig gehandelt; wenn er bewusst zu gering kalkulierte, tat er das auf sein Risiko.

5.

Dem AN fallen aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele eigene Mitarbeiter aus. Der AN fordert eine Preiserhöhung, da er ausreichendes Ersatzpersonal zwar beschaffen kann, aber zu höheren Kosten als ursprünglich kalkuliert.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass zum Zeitpunkt der ursprünglichen Angebotslegung keine Anhaltspunkte für künftige Krankheitswellen vorlagen (wenn die Pandemie damals schon vorlag, wird diese Nachweis entsprechend schwieriger).

### c.) Fallbeispiele für Unabwendbarkeit

1.

Lieferausfall: Der AN weist nach, dass er von drei Lieferanten eine Absage erhalten hat.

Preiserhöhung: Der AN weist nach, dass er drei Lieferanten angefragt hat und nur wesentlich höhere Preise als ursprünglich kalkuliert angeboten erhalten hat.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren.

Er muss daher nachweisen, dass

- drei Lieferanten einen repräsentativen Ausschnitt aus dem gesamten Markt umfassen, also keine anderen Lieferanten zur Verfügung standen; und
- frühere Anfragen oder eine Verschiebung der Lieferung auf einen späteren Zeitpunkt zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten oder nicht möglich waren oder aus nachvollziehbaren Gründen nicht durchgeführt wurden.

2.

Der AN weist nach, dass bei einem Lieferanten des AN aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele Mitarbeiter ausgefallen sind und der Lieferant dadurch nicht rechtzeitig liefern kann, und fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren. Er muss daher nachweisen, dass

- keine anderen Lieferanten zur Verfügung standen; und
- frühere Anfragen oder eine Verschiebung der Lieferung auf einen späteren Zeitpunkt zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten oder nicht möglich waren oder aus nachvollziehbaren Gründen nicht durchgeführt wurden; und
- auch sonst keine Wege zur Verfügung standen (z.B. Personalbeistellung oder sonstige Unterstützung für den Lieferanten).

3.

Der AN fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine, da er aufgrund einer Verknappung von Containern für den Schiffsverkehr aus Asien eine notwendige Lieferung nicht rechtzeitig

erbringen kann.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren. Er muss daher nachweisen, dass

- Container auf dem zur Verfügung stehenden Markt nicht zu beschaffen waren; und
- keine anderen Lieferanten ohne Schiffsverkehr zur Verfügung standen; und
- keine anderen Lieferwege möglich waren; und
- frühere Anfragen oder eine Verschiebung der Lieferung auf einen späteren Zeitpunkt zu Gründen nicht durchgeführt wurden.

4.

Der AN fordert eine Terminverschiebung, da aufgrund eines Kriegsereignisses die Grenzen zwischen der Ukraine und Polen geschlossen wurden und die Lieferung aus dem ukrainischen Werk nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren. Er muss daher nachweisen, dass

- keine Möglichkeit zur Lieferung über die Grenze beispielhaft über Ungarn bestand; und
- keine anderen Lieferanten zur Verfügung standen, die von der Grenzschießung nicht betroffen waren; und
- frühere Anfragen oder eine Verschiebung der Lieferung auf einen späteren Zeitpunkt zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten oder nicht möglich waren oder aus nachvollziehbaren Gründen nicht durchgeführt wurden.

5.

Dem AN fallen aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele eigene Mitarbeiter aus. Der AN fordert eine Preiserhöhung, da er ausreichendes Ersatzpersonal zwar beschaffen kann, aber zu höheren Kosten als ursprünglich kalkuliert.

Der AN muss nachweisen, dass das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren. Er muss daher nachweisen, dass

- seine ursprünglich kalkulierten Personalkosten angemessen waren (also nicht zu niedrig angesetzt); und
- er und die erkrankten Mitarbeiter alles Zumutbare getan haben, um die Krankheitsfälle zur Pandemie und entsprechende Vorsicht im täglichen Umgang); und
- es ihm unmöglich war, Ersatzpersonal zu niedrigeren Kosten zu beschaffen oder sonstige Abhilfe zu schaffen (zB durch Einsatz von Subunternehmern oder Verschiebung von Leistungen).

6.

Der AN fordert eine Terminverschiebung, da im Betrieb eines Subunternehmers pandemiebedingt viele Mitarbeiter ausgefallen sind. Der AN weist alle Voraussetzungen nach, aber nicht, ob die Ausfälle auch für den Subunternehmer unabwendbar waren (also ob dort ausreichende Schutzmaßnahmen durchgeführt wurden und die Mitarbeiter auch sonst sorgfältig waren). Der AN muss nachweisen, dass

- das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwendbar waren. Er muss daher nachweisen, dass
- keine anderen Subunternehmer zur Verfügung standen; und
- frühere Anfragen oder eine Verschiebung der Leistung auf einen späteren Zeitpunkt zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten oder nicht möglich waren oder aus nachvollziehbaren Gründen nicht durchgeführt wurden; und
- auch sonst keine Wege zur Verfügung standen (z.B. Personalbeistellung oder sonstige Unterstützung für den Subunternehmer).

Da dem AN das Verhalten des Subunternehmers (Erfüllungsgehilfe) voll zugerechnet wird, muss er weiters nachweisen, dass auch der Subunternehmer das Ereignis und seine Auswirkungen trotz seiner Sorgfalt nicht abwenden konnte. Er muss daher auch nachweisen, dass

- der Subunternehmer und die erkrankten Mitarbeiter alles Zumutbare getan haben, um die Krankheitsfälle zu vermeiden (zB durch unternehmensinterne Maßnahmen bei Bekanntwerden der Pandemie und entsprechende Vorsicht im täglichen Umgang); und
- es dem Subunternehmer unmöglich war, Ersatzpersonal zu beschaffen oder sonstige Abhilfe zu schaffen (zB durch Einsatz von Sub-Subunternehmern oder Verschiebung von Leistungen).

#### **d.) Fallbeispiele für Unmöglichkeit / Unerschwinglichkeit**

1.

Lieferausfall: Der AN weist nach, dass er von drei Lieferanten eine Absage erhalten hat.

Preiserhöhung: Der AN weist nach, dass er drei Lieferanten angefragt hat und nur wesentlich höhere Preise als ursprünglich kalkuliert angeboten erhalten hat.

Bei behauptetem Lieferausfall muss der AN nachweisen, die Lieferung unmöglich oder für ihn unerschwinglich war. Wenn der Lieferausfall nicht unabwendbar (unmöglich) war, muss der AN nachweisen, dass

- die Abwendung für ihn unerschwinglich gewesen wäre. Bei Kostenerhöhung muss der AN nachweisen, dass diese für ihn unerschwinglich wäre.

2.

Der AN weist nach, dass bei einem Lieferanten des AN aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele Mitarbeiter ausgefallen sind und der Lieferant dadurch nicht rechtzeitig liefern kann, und fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine. Der AN muss nachweisen, dass

- die rechtzeitige Lieferung unmöglich oder für ihn unerschwinglich war. Der Nachweis der Unmöglichkeit wird regelmäßig bereits erbracht sein, wenn die Unabwendbarkeit nachgewiesen wurde. Wenn die rechtzeitige Lieferung nicht unabwendbar (unmöglich) war, muss der AN nachweisen, dass die Abwendung für ihn unerschwinglich gewesen wäre.

3.

Der AN fordert eine Verschiebung der vertraglichen Termine, da er aufgrund einer Verknappung von Containern für den Schiffsverkehr aus Asien eine notwendige Lieferung nicht rechtzeitig erbringen kann. Der AN muss nachweisen, dass

- das Ereignis und seine Auswirkungen unvorhersehbar waren. Er muss daher nachweisen, dass
- seine Terminkalkulation angemessen war (zB durch damalige Lieferantenbestätigungen). Wenn sich herausstellt, dass das damalige Terminkonstrukt nicht haltbar war, ist es für den AN unvorhersehbar.

4.

Dem AN fallen aufgrund einer Krankheitswelle (Pandemie) viele eigene Mitarbeiter aus. Der AN fordert eine Preiserhöhung, da er ausreichendes Ersatzpersonal zwar beschaffen kann, aber zu höheren Kosten als ursprünglich kalkuliert. Der AN muss nachweisen, dass die Beschaffung von Ersatzpersonal für ihn unerschwinglich wäre.

5.

Der AN fordert eine Preiserhöhung, da zwar Festpreis vereinbart ist, aber die Kostensteigerungen massiv sind. Der AN muss nachweisen, dass

- die Kostensteigerungen für ihn unerschwinglich wären.

6.

Der AN fordert eine Preiserhöhung, da der vereinbarte Index die Kostensteigerungen nicht zur Gänze abdeckt. Der AN muss nachweisen, dass

- die Kostensteigerungen für ihn unerschwinglich wären.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Thomas Radach, Rechtsanwalt