Wichtige Bundeserlasse zu aktuellen Preissteigerungen bei Baumaterialien

Veröffentlicht am 28.03.2022, aktualisiert am 12.12.2022

Baufirmen geraten aktuell aufgrund sprunghaft gestiegener Betriebsstoff- und Materialkosten an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Öffentliche Auftraggeber sehen diese Schwierigkeiten ihrer Auftragnehmer und suchen nach rechtskonformen Möglichkeiten, bestehende Verträge auf die neue Realität anzupassen und die laufenden Bauvorhaben trotz der Krise kooperativ fortzuführen. Hier setzen die Bundeserlasse an und zeigen Handlungsmöglichkeiten sowohl bei bestehenden Verträgen als auch in Vergabeverfahren:

Am 6. Dezember 2022 haben das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen sowie das Bundesministerium für Digitales und Verkehr die zunächst bis zum 31. Dezember 2022 befristeten Erlasse vom 25. März 2022 zum zweiten Mal bis zum 30. Juni 2023 verlängert. Damit sollen die Belastungen aufgrund von Lieferengpässen und Preissteigerungen bei wichtigen Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs abgefedert werden. Die Erlasse gelten für die Produktgruppen Stahl und Stahllegierungen, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukte (Bitumen, Kunststoffrohre, Folien und Dichtbahnen, Asphaltmischgut), Epoxidharze, Zementprodukte, Holz und gusseiserne Rohre. Auch für Betriebsstoffe soll eine Preisgleitung ermöglicht werden, wenn deren Wert 1 Prozent der geschätzten Auftragssumme übersteigt.

I. Anpassung bestehender Verträge

Die Erlasse zeigen Möglichkeiten auf, bestehende Bauverträge aufgrund der unmittelbaren und auch mittelbaren Auswirkungen des Kriegs in der Ukraine anzupassen, um die Folgen der dadurch hervorgerufenen Materialengpässe und Materialpreissteigerungen aufzufangen.

1. **Verlängerung von Vertragsfristen, § 6 VOB/B**

Sofern Materialien nachweislich nicht, auch nicht gegen höhere Einkaufspreise als kalkuliert, durch den Auftragnehmer beschaffbar sind, 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. Die Ausführungsfristen werden dann verlängert.

1. **Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB**

Können Materialien nur gegen deutlich höhere Einkaufspreise als kalkuliert beschafft werden, kann ein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen. Die Frage der Zumutbarkeit des Festhaltens an den unveränderten Vertragspreisen ist stets im Einzelfall zu entscheiden. 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 geringer ist die Chance eines Anpassungsanspruches aus § 313 BGB .

Ist von einer gestörten Geschäftsgrundlage auszugehen, hat das Unternehmen einen Anspruch auf Anpassung der Preise für die betroffenen Positionen. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Auftraggeber sämtliche die Kalkulation übersteigenden Kosten trägt. Die Höhe der Vertragsanpassung ist im Einzelfall festzusetzen (regelmäßig nicht mehr als 50%). Grundlage der Anpassung sollen die reinen Materialpreise sein. Zuschläge für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn bleiben unberücksichtigt.

Die Erlasse zeigen auch auf, welche Nachweise von dem Unternehmen regelmäßig abzufordern sind. Dazu gehören u.a. der Nachweis der tatsächlichen Einkaufskosten und der Nachweis der Marküblichkeit der tatsächlichen Einkaufspreise durch Vorlage von Vergleichsangeboten.

1. **Nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel**

Liegt ein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage vor, kommt auch die nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel für noch nicht erbrachte Leistungsteile in Betracht. Die Erlasse empfehlen hierfür eine Orientierung an dem VHB Formblatt 225 mit der Maßgabe, mit dem Auftragnehmer eine Selbstbeteiligung in Höhe von 20 Prozent zu vereinbaren.

1. **Veränderung von Verträgen, § 58 BHO**

Besonders wichtig und hervorzuheben sind die klarstellenden Ausführungen zu § 58 BHO. Häufig scheitern sinnvolle Anpassungen nämlich deshalb, weil öffentliche Auftraggeber zwar entgegenkommen möchten, jedoch davon ausgehen, bestehende Verträge nur dann zugunsten des Auftragnehmers anpassen zu dürfen, wenn dieser einen durchsetzbaren Anpassungsanspruch hat (z.B. aus § 313 BGB). Das trifft jedoch nicht immer zu. Auch unterhalb der Schwelle der gestörten Geschäftsgrundlage gibt es Anpassungsmöglichkeiten:

Zwar dürfen nach § 58 Absatz 1 BHO an das Haushaltsrecht gebundene öffentliche Auftraggeber bestehende Verträge zum Nachteil der öffentlichen Hand nur in besonderen Ausnahmefällen aufheben oder ändern. Der Begriff des „Nachteils“ erlaubt es jedoch, nicht allein auf die wirtschaftliche Situation des Auftragnehmers 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, kann es bereits an einem Nachteil im Sinne des Haushaltsrecht fehlen.

Wichtig für den öffentlichen Auftraggeber ist die sorgfältige Dokumentation der Entscheidungsgründe!

1. **Auftragsänderung, § 132 GWB bzw. § 22 EU VOB/A**

Neben der haushaltsrechtlichen Hürde muss der anpassungswillige öffentliche Auftraggeber auch die Hürden des Vergaberechts überwinden, um die Anpassung durchführen zu können. Hierfür zeigen die Erlasse ebenfalls Lösungen auf.

Liegt ein Fall des § 313 BGB vor, dann fehlt es schon an einer wesentlichen Auftragsänderung iSd. § 132 GWB, denn mit der Anpassung wird das ursprüngliche wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages wiederhergestellt.

Eine Verschiebung zugunsten des Auftragsnehmers findet nicht statt.

Darüber hinaus ist eine Vertragsanpassung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens dann zulässig, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (§ 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB) und der Preis nicht um mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht wird (§ 132 Abs. 2 Satz 2 GWB). Die Kriegsereignisse in der Ukraine und ihre Folgen sind für den Auftraggeber in gleicher Weise unvorhersehbar gewesen wie für den Auftragnehmer.

Schließlich verweisen die Erlasse auf § 132 Absatz 3 GWB, nach dem die Änderung eines öffentlichen Auftrags zulässig ist, sofern 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.

Auch hier gilt wieder, dass auf eine sorgfältige Dokumentation der Entscheidung zu achten ist!

II. Neue Vergabeverfahren – Stoffpreisgleitklauseln erleichtert

Für neue Vergabeverfahren sind in der Vergabeunterlagen Stoffpreisgleitklauseln vorzusehen. Die Vereinbarung einer Preisgleitklausel ist anders als bisher bereits dann zulässig, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung bzw. Fertigstellung **einen Monat** beträgt. Weiterhin einzuhalten ist Nummer 2.1 c) der Richtlinie zum Formblatt 225 (Stoffkostenanteil beträgt mindestens ein Prozent der geschätzten Auftragssumme). Der öffentliche Auftraggeber darf für die Festlegung des Basiswertes 1 mangels Angebote einschlägiger Händler auf Basiswerte aus Angeboten vorausgegangener Ausschreibungen oder auf Erfahrungswerte zurückgreifen.

III. Laufende Vergabeverfahren – Anpassungen durchführen

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 soll gefolgt werden, 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, soll das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt werden, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.

Unsere Experten beraten Sie gern zu den Möglichkeiten einer Vertragsanpassung und dem Umgang mit Vergabeverfahren in der aktuellen Situation. Die in den Erlassen dargestellten Rechtsgrundsätze lassen sich auch von öffentlichen Auftraggebern heranziehen, die nicht unmittelbar Adressat der Bundeserlasse sind.

Ansprechpartner:

Dr. Torsten Göhlert
Tel: +49 351 21294423
tgoehlert@kpmg-law.com

Frerk Schäfer
Tel: 040 3609945118
frerkschaefer@kpmg-law.com

Dr. Jan T. Tenner, LL.M.
Tel: +49 211 4155597-624
jantenner@kpmg-law.com