

Sehr geehrter Herr Steigmann,

Der Ukraine-Krieg erzeugt nicht nur großes menschliches Leid, sondern hat darüber hinaus in Form von Preissteigerungen und Materialknappheit gravierende wirtschaftliche Auswirkungen zur Folge. Dies betrifft natürlich vorab auch die Bauverträge und deren Ausgestaltung.

Um Schaden bzw. Mehrkosten von der Gemeinde Boltenhagen durch Entscheidungen der Gemeindevertretung bzw. des Bauausschusses abzuwenden, sollte das Amt Klützer Winkel, möglicherweise unter Mitwirkung eines Sachverständigen der Architektenkammer oder eines im Baurecht versierten Rechtsanwaltes, auf der nächsten Gemeindevertretersitzung bzw. der Bauausschusssitzung aus baurechtlicher Sicht informieren:

- wer – Auftraggeber oder Auftragnehmer – die diesbezüglichen Konsequenzen zu tragen hat, also vornehmlich die hieraus folgenden Mehrkosten und Behinderungen bei den Vertragsabwicklungen. Dabei ist grundsätzlich zu trennen zwischen
  - Verträgen, die bereits geschlossen sind und
  - Verträgen, die noch zu schließen sind, und wie sich das Amt / die Gemeinde dort vor den zu erwartenden Risiken schützen kann.
- Wer trägt grundsätzlich das Risiko von Leistungsstörungen und Preissteigerungen?
- VOB-Vertrag: Wann hat der Auftragnehmer Anspruch auf Bauzeitverlängerung?
- Gehören die Folgen des Ukraine-Kriegs zum „Risikobereich des Auftraggebers“?
- Handelt es sich beim Ukraine-Krieg baurechtlich betrachtet um „höhere Gewalt“?
- Bei berechtigten Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung: Wie wird die Verlängerungsfrist berechnet?
- Was gilt bei einem sogenannten BGB-Vertrag?
- Finanzielle Ansprüche des Auftragnehmers aufgrund des Ukraine-Kriegs?
- Sind nachträglich Vertragsänderungen möglich?
- Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers?
- Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage?
- Wie ist mit einer Behinderungsanzeige des Auftragnehmers diesbezüglich umzugehen?

Wolfgang Kupsch

Nachstehend wird aus rechtlicher Sicht dargestellt, wer – Auftraggeber oder Auftragnehmer – die diesbezüglichen Konsequenzen zu tragen hat, also vornehmlich die hieraus folgenden Mehrkosten und Behinderungen bei der Vertragsabwicklung. Dabei ist grundsätzlich zu trennen zwischen

- Verträgen, die bereits geschlossen sind und
- Verträgen, die noch zu schließen sind, und wie man sich dort vor zu erwartenden Risiken schützen kann. Entsprechend sind die nachstehenden Ausführungen in zwei Kapitel geteilt.

- **Wer trägt grundsätzlich das Risiko von Leistungsstörungen und Preissteigerungen?**

Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer für sein Vertragsangebot das Risiko von Preissteigerungen und Leistungsstörungen, es sei denn, es wurden bei Vertragsschluss diesbezügliche Einschränkungen zugunsten des Auftragnehmers vorgenommen, also beispielsweise Gleitklauseln vereinbart. Allerdings gibt es von diesem Grundsatz einige Ausnahmen, die nachstehend geprüft werden.

- **VOB-Vertrag: Wann hat der Auftragnehmer Anspruch auf Bauzeitverlängerung?**

Haben die Vertragspartner die VOB/B zur Vertragsgrundlage gemacht, gibt es diesbezüglich eine Spezialvorschrift, nämlich den § 6 VOB/B.

- **Gehören die Folgen des Ukraine-Kriegs zum „Risikobereich des Auftraggebers“?**

Haben die Vertragspartner einen verbindlichen Fertigstellungstermin vereinbart und tritt „ein Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers“ ein, kann dies zu einer Bauzeitverlängerung führen (siehe § 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/ B). Es stellt sich daher die Frage ob die derzeitigen Kriegereignisse dem „Risikobereich des Auftraggebers“ zuzurechnen sind. Dies ist dann der Fall, wenn Vorkommnisse eintreten, die zur „Einflusssphäre“ des Auftraggebers gehören.

Beispiele:

Die Arbeiten des Auftragnehmers verzögern sich, weil ein vom Auftraggeber beauftragter Unternehmer wegen des Ukraine-Kriegs die für die Weiterführung der Arbeiten notwendigen Vorarbeiten nicht pünktlich fertig stellt oder der Auftraggeber kann wegen der Kriegereignisse nicht rechtzeitig das für den Einbau durch den Auftragnehmer bestimmte Material beistellen. Wurde dagegen der Vorunternehmer vom Auftragnehmer beauftragt oder ist er für die Materialbeistellung zuständig, gehört dies natürlich nicht zum „Risikobereich des Auftraggebers“.

- **Handelt es sich beim Ukraine-Krieg um „höhere Gewalt“?**

Nach § Abs. 2 Nr.1c VOB/B werden „Ausführungsfristen verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist „durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände“.

Unter „höherer Gewalt“ versteht man ein „Ereignis, das nicht der Sphäre der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern durch ein unvorhersehbares, von außen durch elementare Naturkräfte oder Handlungen Dritter herbeigeführtes Ereignis ausgelöst wurde“.

Der „Knackpunkt“ für die Praxis dürfte aber darin bestehen, ob und für welche Fälle der Krieg „vorhersehbar“ war. Aus meiner Sicht muss man dabei differenzieren zwischen

Verträgen, die lange vor Beginn dieses Kriegs geschlossen wurden und

Verträgen, die erst nach Beginn des Kriegs geschlossen wurden.

Eine einschlägige Rechtsprechung zu dieser Thematik fehlt bisher, aber man wird davon ausgehen können, dass die diesbezüglichen Voraussetzungen für die Annahme „höherer Gewalt“ vornehmlich dann in Betracht kommen, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Krieg zwischen Russland und der Ukraine objektiv noch nicht absehbar war, also die Vertragspartner noch nicht mit Grenzschießungen, behördlichen Auslieferungsverboten und gravierenden Verteuerungen im Energiebereich rechnen mussten.

- **Bei berechtigten Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung: Wie wird die Verlängerungsfrist berechnet?**

Die Fristverlängerung berechnet sich nach § 6 Abs. 4 VOB/B und somit nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit. Im Einzelnen:

Der Auftragnehmer muss die Dauer der Behinderung nachweisen. Somit ist eine genaue Dokumentation auf der Baustelle – zum Beispiel im Bautagebuch – zu empfehlen, in dem zum Beispiel festgehalten wird, wann bestimmte Vorleistungen des Auftraggebers hätten erfolgen müssen.

Verhältnismäßig einfach ist die Behinderung nachzuvollziehen, wenn es zu einer Unterbrechung der Baumaßnahme gekommen ist oder wenn es sich um eine behinderungsbedingte Verschiebung des Bauablaufs handelt. Schwieriger sind die Fälle, in denen es zum Beispiel zu einer verlangsamten Ausführung kommt. Auch muss beachtet werden, dass den Auftragnehmer eine Schadensminderungspflicht trifft, also ob er das ihm Zumutbare versucht hat, um die Auswirkungen der Behinderung gering zu halten (§ 6 Abs. 3 VOB/B).

Beispiel:

Hatte der Auftragnehmer die zumutbare Möglichkeit, einen anderen Bauabschnitt, der nicht behindert war, vorzuziehen?

Neben der Dauer der Behinderung ist dem Auftragnehmer ein Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten zu gewähren und eine etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit zu berücksichtigen (§ 6 Abs. 4 VOB/B).

- **Was gilt bei einem sogenannten BGB-Vertrag?**

Haben die Vertragsparteien einen sogenannten BGB-Vertrag geschlossen, also die VOB/B nicht vereinbart und beinhaltet der Vertrag zum Thema „Behinderungen“ und „Ukraine-Krieg“ keine Sonderregelungen, so ist die generelle Empfehlung auszusprechen, auch in einem BGB-Vertrag wenigstens insoweit auf die bewährten Regelungen der VOB/B zurückzugreifen. Die VOB/B beinhaltet nach der Rechtsprechung des BGH das, was im Baugewerbe als üblich und dem Beteiligten als zumutbar angesehen werden kann.

- **Finanzielle Ansprüche des Auftragnehmers aufgrund des Ukraine-Kriegs**

Sofern die Vertragsparteien keine „Preisanpassungsklauseln“ im Vertrag vereinbart haben, so ist zu beachten, dass Preissteigerungen zum Beispiel bei den Materialien oder den Energiekosten grundsätzlich zu den Risiken des anbietenden Auftragnehmers gehören. Somit ist auch hier zu prüfen, wo die Grenzen für diese Risikoübernahme liegen.

- **Vertragsänderung?**

Ordnet der Auftraggeber eine Änderung des Vertrags an, weil er beispielsweise aufgrund des Ukraine-Kriegs mit seinen Investitionen anders verfahren will, so bietet sowohl der VOB-Vertrag mit den §§ 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B (Vertragsänderung/Zusatzleistung) als auch der BGB-Vertrag (§ 650b BGB) angemessene Lösungen an.

- **Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers?**

Kommt es zu Behinderungen und erfolgt keine „Vertragsanpassung“ durch die Parteien, ist nach den obigen Ausführungen zu prüfen, ob die hieraus folgenden Mehrkosten vom Auftragnehmer oder vom Auftraggeber zu tragen sind.

Der Hauptanwendungsfall für einen Ersatzanspruch des Auftragnehmers ist anzunehmen, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungshandlungen nicht oder verspätet leistet, also beispielsweise – wie oben ausgeführt – der von ihm eingeschaltete Vorunternehmer die Leistung nicht so zur Verfügung stellt, dass der Auftragnehmer ungehindert weiterarbeiten kann.

Besonders wichtig: Der hier einschlägige § 642 BGB (der auch im VOB-Vertrag gilt), verlangt vom Anspruchsteller, dass er im Behinderungsfall den Auftraggeber in Verzug der Annahme setzt, also seine Leistung nochmals förmlich anbietet. Dies kann im Einzelfall verzichtbar sein; es ist aber sicherlich nicht verkehrt, in jedem Fall so zu verfahren, wie dies § 642 BGB vorsieht. Aus Beweisgründen sollte unbedingt die Schriftform (natürlich auch per Mail) gewahrt werden.

Haben die Vertragsparteien die VOB/B vereinbart, so macht § 6 Abs. 6 VOB/B deutlich, dass dem Auftragnehmer neben dem Entschädigungsanspruch des § 642 BGB auch die Möglichkeit zusteht vom Auftraggeber Schadensersatz zu verlangen, wenn dem Auftraggeber ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist. Im Hinblick darauf, dass hier Störungen des Vertrags durch den Ukraine-Krieg behandelt werden, ist dies nicht weiter zu vertiefen.

- **Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage?**

Nach dem BGB (§ 313 BGB) kann der Auftragnehmer wegen „Störung der Geschäftsgrundlage“ dann eine Preisanpassung verlangen oder den Vertrag kündigen, wenn nach Vertragsschluss unvorhersehbare Umstände eintreten, die die Ausführung des Auftrags zu den vereinbarten Preisen unzumutbar machen.

Die Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung kann auch dann angenommen werden, wenn sich nach Vertragsschluss die politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des betroffenen Vertrags (wie hier – möglicherweise – durch den Ukraine-Krieg) grundlegend ändern. Es war für niemanden vorhersehbar, dass das Preisgefüge durch den Krieg auch in Deutschland derart schwerwiegend getroffen wird. Dies gilt insbesondere für die Kosten von Treibstoffen und auch für die nur eingeschränkte Verfügbarkeit gewisser Materialien. Auch ist derzeit nicht vorherzusehen, ob die schon eingetretenen Mehrkosten nicht noch weiter steigen.

Allerdings wird auch hier bei etwaigen gerichtlichen Streitigkeiten geprüft werden, ob die Folgen des Ukraine-Kriegs auch für Verträge, die nach dem 24.02.2022 (Kriegsbeginn) geschlossen wurden, noch als „unvorhersehbar“ anzusehen sind.

- **Besonders wichtig: eine korrekte Behinderungsanzeige des Auftragnehmers**

Von der Baupraxis wird häufig nicht genügend beachtet, dass die Gerichte sehr hohe Anforderungen an die korrekte Behinderungsanzeige stellen, obwohl diese die wichtigste Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen des Auftragnehmers bei Behinderungen ist. Dies gilt sowohl beim VOB-Vertrag als auch (aus Beweisgründen) beim BGB-Vertrag. Die wichtigsten Punkte:

Die Behinderungsanzeige muss „ohne schuldhaftes Zögern“ also unverzüglich nach Eintritt der hindernden Umstände erstattet werden. Maßgeblich ist dabei der Eingang der schriftlichen Behinderungsanzeige beim Auftraggeber. Hier empfiehlt sich im Regelfall eine Mail mit gleichzeitigem Anruf beim Auftraggeber, ob die Behinderungsanzeige eingegangen ist. Eine Anzeige an den bauleitenden Architekten ist in der Regel nicht ausreichend.

Der Auftragnehmer muss die hindernden Umstände und bezogen auf den anstehenden Einzelfall deutlich beschreiben.

Weiterhin muss der Auftragnehmer mitteilen, wie seine Arbeit und der geplante Bauablauf von den behinderten Umständen berührt wird. Außerdem muss sich aus der Anzeige auch der Beginn und die voraussichtliche Dauer der Behinderung ergeben.

- **Zusammenfassung**

Der Ukraine-Krieg und seine wirtschaftlichen Folgen sind insbesondere für Bauverträge risikobehaftet, weil es sich in der Regel um länger laufende Verträge handelt und eben nicht im Voraus abgesehen werden kann, mit welchen Störungen und Mehrkosten zu rechnen ist.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auch, dass die Risiken, die dieser Krieg besonders in finanzieller Hinsicht mit sich bringt, nicht ohne weiteres vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber „verlagert“ werden können, sofern die Vertragsparteien nicht durch eine entsprechende Vertragsgestaltung „Vorsorge“ getroffen haben.

Für künftige Verträge ist daher dringend zu empfehlen, hier durch einschlägige Vertragsgestaltung die genannten Risiken abzumildern.

[1] zum Beispiel OLG Hamburg vom 28.12.2005 – AZ: 14 U 124/05

[2] so zum Beispiel BGH BauR 82,273

[3] BGH ZfBR 1998, Seite 241

Anhang

## **Der Krieg in der Ukraine und seine Auswirkungen auf den Bau**

Die Preise für viele Baustoffe sind seit und durch den Krieg in der Ukraine massiv gestiegen. Für die Beteiligten an der Leistungskette „Bau“ stellt sich daher betriebswirtschaftlich zwingend die Frage, ob und in welcher Form diese gestiegenen Preise an die Vertragspartner weitergegeben werden können.

Bei dieser Bewertung verbietet sich allerdings aus rechtlicher Sicht eine pauschale Betrachtung. Vielmehr muss jeder Vertrag individuell betrachtet werden.

Ausgangspunkt jeder Betrachtung ist der eiserne Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Grundsatz der Vertragstreue). Auftraggeber und Auftragnehmer, Besteller und Lieferant haben sich – bei bereits bestehenden Verträgen – auf einen bestimmten Preis geeinigt. Von diesen Preisen kann sich eine Seite nicht ohne weiteres lösen. Diese Regelung findet sich für den Bauvertrag beispielsweise in der VOB/B unter § 2 Abs. 1 und Abs. 2. Auftragnehmer und Lieferanten haben mit Abschluss des Vertrages das Beschaffungs- und Preisrisiko übernommen. Dies umfasst insbesondere den Preis, zu welchem das benötigte Material beschafft werden kann.

Soweit ersichtlich, hat sich in juristischen Publikationen allerdings durchweg die Auffassung manifestiert, dass die gegenwärtige Situation der Reichweite der vertraglich übernommenen Risiken Grenzen setzt. Nachstehend wird erläutert, wie die Vertragsparteien die bestehenden Risiken für zukünftige Verträge eingrenzen und bei bereits abgeschlossenen Verträgen interessengerecht verteilen können.

### **1. Stoffpreisgleitklausel**

Bei der gegenwärtigen Risikolage ist eine vertragliche „Stoffpreisgleitklausel“ hilfreich und sinnvoll. Danach können die vereinbarten Preise angepasst werden, wenn bestimmte Voraussetzungen, z.B. die Schwankung der Einkaufspreise um einen bestimmten Prozentsatz, vorliegen.

Für öffentliche Aufträge der Bundesrepublik Deutschland wurde mit Erlass vom 25. März 2022 angeordnet, dass für bestimmte Produktgruppen, in Abweichung der Regelung Nr. 2.3 der Richtlinie zum Formblatt 225 VHB Bund auch für Betriebsstoffe, Stoffpreisgleitklauseln vereinbart werden sollen.

Sofern eine solche Preisgleitklausel eine Anpassung des Preises in beide Richtungen eröffnet, dürfte sie auch aus AGB-rechtlicher Sicht wirksam sein.

## 2. Störung der Geschäftsgrundlage

Bei vor dem russischen Angriff auf die Ukraine abgeschlossene Verträge kommt eine Anpassung der vertraglich vereinbarten und fixierten Preise nur gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

Danach kann eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Vertragsteil – auf Grund nachträglich schwerwiegend geänderter Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind – ein Festhalten an dem Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 BGB).

Durch den Krieg in der Ukraine haben sich die Preise in Europa und der Welt für bestimmte Produkte massiv erhöht. Sofern der Vertrag vor Kriegsbeginn bereits geschlossen war, haben sich also die Umstände durchaus schwerwiegend geändert. Hierüber besteht in bisher verbreiteten baurechtlichen Publikationen Einigkeit. Der Weg zur Prüfung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB ist grundsätzlich eröffnet. Damit ist allerdings ein Anspruch auf Vertragsanpassung noch längst nicht gegeben. Es sind weitere Hürden zu überwinden.

So muss für jedes Vertragsverhältnis die Frage beantwortet werden, ob sich tatsächlich Umstände geändert haben, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind.

*„Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.“*

(BGH, Urteil vom 10. 9. 2009 – VII ZR 82/08 (KG))

Die Anforderungen an eine Anpassung des Vertrages gemäß § 313 BGB sind – auf Grund der obigen Grundsätze – extrem hoch angesiedelt. Es ist nach Ansicht des BGH grundsätzlich Sache des Unternehmers, wie er den Preis eines Bauvorhabens kalkuliert (BGH, a.a.O.)

*Nach der Rechtsprechung des BGH wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrags durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (vgl. BGH NJW 2012, 1718 Rn. 26 mwN)*

(BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21)

Sofern bei Verträgen Auftragnehmer bei den Einheitspreisen auf die jeweiligen Einkaufspreise für die entsprechenden Materialien verwiesen haben, dürfte dies zu bejahen sein. Die Parteien hätten in diesen Fällen die Einkaufspreise für beide Seiten ersichtlich zur Grundlage ihrer Einheitspreise gemacht. Eine derartige Konstellation dürfte jedoch in aller Regel nicht gegeben sein.

Gegebenenfalls wären die ursprünglichen Materialpreise allerdings auch durch eine hinterlegte Urkalkulation Vertragsgrundlage geworden. Das Problem dürfte hierbei sein, dass Auftragnehmer bei einer Urkalkulation häufig nicht die einzelnen Stoffkosten hinterlegen.

Der BGH hat in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Einschränkungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie hinsichtlich einer Anpassung der Miete klargestellt, dass Parteien eines Vertrages grundsätzlich die Erwartung haben, dass „**die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die Sozialexistenz nicht erschüttert werde.**“

(BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Hervh.d.d.Verf.)

Diese sog. „große Geschäftsgrundlage“ ist durch den Krieg in der Ukraine und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Sanktionen gegen Russland und Belarus massiv gestört.

Zwar gilt auch insoweit, dass für eine Anpassung kein Raum besteht, soweit es um Umstände geht, die ausschließlich in den Risikobereich einer Partei fallen. „Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für die Vertragspartei regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen“ (BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21).

Während z. B. der Mieter grundsätzlich das Risiko trägt, ob und in welcher Höhe er mit seinem Geschäft Umsatz erzielen kann, trägt der Auftragnehmer grundsätzlich das Preisrisiko bei der Besorgung der Materialien.

Allerdings hat auch hier der Auftragnehmer nicht das alleinige Risiko eines Krieges und der damit einhergehenden Sanktionen und Folgen übernommen. Weiterhin kann mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Vertrag bei Kenntnis eines Kriegsausbruchs und den entsprechenden Sanktionen gegen Russland und Belarus mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten. Diese Ansicht teilt auch das Bundesministerium für Bauwesen in seinem o. g. Erlass vom 25.03.2022

Weitere Voraussetzung einer Anpassung des Vertrages gemäß § 313 BGB ist allerdings auch, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten an dem Vertrag **nicht zugemutet** werden kann.

„Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 III BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (Senat NZM 2015, 227 Rn. 19 mwN; BGH NJW 2012, 1718 Rn. 30 mwN).“

(BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21)

Wie bereits dargestellt, trägt der Auftragnehmer grundsätzlich das Kalkulationsrisiko. Entsteht nun durch die geänderten Umstände lediglich ein geringerer Gewinn und kommt es so zu einer enttäuschten Gewinnerwartung, ist dies grundsätzlich Sache des Auftragnehmers. Lassen sich die enttäuschte Gewinnerwartung jedoch auf den Krieg in der Ukraine und dessen Folgen zurückführen, beruht dies nicht auf unternehmerischen Entscheidungen. Sie ist vielmehr die Folge eines nicht zu erwartenden und

nicht kalkulierten Krieges und den damit einhergehenden umfangreichen staatlichen Sanktionen. Für diese staatlichen Sanktionen kann keine Vertragspartei verantwortlich gemacht werden. Das Risiko eines Krieges kann letztendlich keiner der Vertragsparteien alleine zugewiesen werden.

Allerdings obliegt es dem sich auf § 313 Abs. 1 BGB berufenden Auftragnehmer bzw. Lieferanten nachzuweisen, dass ihm ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zuzumuten ist. Der Auftragnehmer muss daher für eine Anpassung der Vertragspreise seine gesamte Kalkulation offenlegen. Der Lieferant muss offenlegen, aufgrund welcher konkreten Umstände seine Beschaffung durch den Krieg und seine Folgen betroffen ist und welche konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen vorliegen.

Obwohl nur eine Anpassung der Einheitspreise möglich ist, die von den Materialpreissteigerungen betroffen sind, müsste die Kalkulation des gesamten Auftrages samt der ursprünglich kalkulierten Einkaufspreise, Kostenstruktur und Gewinnerwartung offen gelegt werden. Denn ein Festhalten am Vertrag wäre z. B. dann weiterhin zumutbar, wenn mögliche Verluste bei einzelnen Positionen durch Gewinne bei anderen Positionen ausgeglichen werden würden.

Ob es für den Auftragnehmer tatsächlich unzumutbar i.S.d. § 313 BGB ist, an dem Vertrag festzuhalten, ist eine absolute Einzelfallentscheidung. Nach dem Gesetzeswortlaut ist Bezugsgröße die Gesamtauftragssumme. Ob das Festhalten am Vertrag noch zumutbar ist, bemisst sich daher am Verhältnis der wirtschaftlichen Auswirkung zum kompletten Werklohn des Auftrags bzw. zum Gesamtpreis beim Liefervertrag.

Feste Grenzwerte können hier nicht gezogen werden. Teilweise wird in fachlichen Veröffentlichungen eine Parallele zu § 2 Abs. 7 VOB/B gezogen. Dort wird bei einer Anpassung eines Pauschalvertrages ebenfalls auf § 313 BGB verwiesen. Die Rechtsprechung hat in einzelnen Entscheidungen eine Anpassungsmöglichkeit bei Preisänderungen zwischen 10 bis 30 % erkannt. Die Spanne ist daher äußerst groß.

Fraglich ist allerdings, ob diese Betrachtungsweise auf der Grundlage der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 7 VOB/B für die gegenwärtige Situation als Maßstab gelten kann. Die insoweit bekannten gerichtlichen Entscheidungen beziehen sich nämlich durchweg auf den Wegfall der sogenannten „kleinen Geschäftsgrundlage“, also auf Sachverhalte, bei denen nur im Rahmen **eines** einzigen Vertragsverhältnisses die Geschäftsgrundlage infrage gestellt worden ist. In der gegenwärtigen Situation betreffen die Auswirkungen allerdings zahlreiche Vertragsverhältnisse einzelner Unternehmen und darüber hinaus die Vertragsverhältnisse in der Leistungskette „Bau“. Es steht daher der Wegfall der sogenannten „großen Geschäftsgrundlage“ im Raum, weshalb die Bezugsgröße „Gesamtauftragssumme“ bzw. „Gesamtpreis“ relativiert werden muss. Es ist nämlich etwas grundsätzlich Anderes, ob von zahlreichen Bau- bzw. Lieferverträgen einer durch den Wegfall der „kleinen Geschäftsgrundlage“ in wirtschaftliche Schieflage gerät oder ob durch den Wegfall der „großen Geschäftsgrundlage“ alle Bau- und Lieferverträge in wirtschaftliche Schieflage geraten. Dies kann Anlass dazu geben, den Grenzwert für die Zumutbarkeit deutlich niedriger anzusetzen, was allerdings gleichzeitig auf der anderen Seite den Besteller der Werkleistung bzw. Lieferung seinerseits wirtschaftlich stark betrifft. Da das Gesetz im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung die Gewichtung der beiderseitigen Interessen fordert, ist ein Ausgleich zwischen beiden Vertragspartnern zu finden.

Führt dies nicht zu einem für beide Seiten zumutbaren Ergebnis, sieht das Gesetz die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vertrag bzw. bei Dauerschuldverhältnissen zur Vertragskündigung vor. Für diesen Fall ist eine weitere rechtliche Komplikation eröffnet: Der Rücktritt vom Vertrag sieht als Rechtsfolge die Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen vor, was bei Geldzahlungen einfach, bei bereits erbrachten Bauleistungen allerdings in der Regel nicht möglich ist. Ob Bauverträge, jedenfalls für

größere Bauvorhaben, als Dauerschuldverhältnisse einzuordnen sind, ist eine ebenso offene Rechtsfrage. Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung zur Kooperationspflicht zwar auf die Begründung gestützt, die erhöhte Kommunikationspflicht zwischen Bauvertragspartnern beruhe besonders darauf, dass die Vertragsbindung längerfristig ist. Ob der Bundesgerichtshof allerdings im Rahmen einer Rechtsprechung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Bauvertragsverhältnisse als Dauerschuldverhältnisse einordnet, ist offen.

Resümee:

Aufgrund zahlreicher ungeklärter Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem kriegsbedingten Wegfall der „großen Geschäftsgrundlage“ würde eine streitige Auseinandersetzung von Vertragspartnern über die Vertragsanpassung erhebliche Risiken beinhalten, weshalb es dringend zu empfehlen ist, sich im Verhandlungswege um einvernehmliche Lösungen zu bemühen.

### **3. Mehrmengen / Nachträge**

Bei einer Überschreitung der vereinbarten Mengen um mehr als 10 % ist für diese Mengen ebenfalls eine Anpassung der Preise vorzunehmen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B).

In diesem Fall ist unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten ein neuer Preis zu vereinbaren. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH richtet sich in diesen Fällen der Mehrpreis nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn (BGH, Urteil vom 8.8.2019 – VII ZR 34/18).

Dies dürfte für Auftragnehmer bei den gestiegenen Preisen und somit deutlich gestiegenen tatsächlichen Kosten einen erheblichen Vorteil bieten. Die vom BGH in seinen Entscheidungen zitierte Redlichkeit und der Wunsch nach bestmöglichem Ausgleich der wechselseitigen Interessen durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen kommt dem Auftragnehmer in diesen Zeiten zu Gute.

Dies soll nach der allerdings vom Bundesgerichtshof noch nicht bestätigten Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte auch bei Nachträgen gelten (KG ZfBR 2018, 670; OLG Brandenburg NZBau 2020, 639; KG NJW 2020, 343; OLG Düsseldorf NZBau 2020, 509; OLG Köln ZfBR 2021, 415).

Es stellt daher einen legitimen Ansatz dar, auch bei Nachträgen auf Basis der tatsächlichen Kosten die massiv gestiegenen Materialpreise aufzunehmen und dem Auftraggeber in Rechnung zu stellen. Für diese nachträglichen Leistungen konnten und wollten der Auftragnehmer ein potentielles Kriegsrisiko ohnehin nicht einseitig übernehmen.

### **4. Vom Auftraggeber zu verantwortende Bauzeitverlängerung**

Verlängert sich die Bauzeit aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen, kann dies Anlass dazu sein, höhere Beschaffungskosten geltend zu machen, wenn beispielsweise durch die Bauzeitverzögerung eine Preisbindung des Bauunternehmens im Rechtsverhältnis zum Baustofflieferanten abgelaufen ist und dementsprechend ab einem bestimmten Zeitpunkt Baustoffe

teurer eingekauft werden müssen. Hierfür sind die üblichen Maßnahmen, wie beispielsweise die Übermittlung vertragsgerechter Behinderungsanzeigen an den Auftraggeber, durchzuführen.

## 5. Erlass Bundesamt für Bauwesen

Das Bundesamt für Bauwesen (BMWSB) hat am 25.03.2022 auf die Preissteigerungen mit einem Erlass für Verträge mit staatlichen öffentlichen Auftraggebern reagiert. Der Erlass gilt befristet bis zum 30.06.2022.

Danach sind – wie oben bereits erwähnt – bei **laufenden Vergabeverfahren** Stoffpreisgleitklauseln nachträglich einzubeziehen.

Auch bei **bereits geschlossenen Verträgen** soll in bestimmten Fällen eine nachträgliche Einbeziehung einer **Stoffpreisgleitklausel** in Betracht kommen. Dies soll allerdings nur dann in Betracht kommen, wenn bislang weniger als die Hälfte des Auftragsvolumens erbracht worden ist. Weiterhin soll eine nachträgliche Stoffpreisgleitklausel nur für noch nicht erbrachte Leistungen gelten.

In Ausnahmefällen kommt gemäß dem Erlass auch eine Anpassung des Vertrages gemäß § 313 BGB in Betracht. Das Bundesministerium geht davon aus, dass die Parteien bei Kenntnis des Krieges den Vertrag nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätten. Bei Preissteigerungen von ca. 15 bis 29 % könnte nach Ansicht des Bundesministeriums die Unzumutbarkeit am Festhalten des Vertrages vorliegen.

Dabei soll aber nicht auf die einzelne Position, sondern eine Gesamtbetrachtung des Vertrages (siehe oben) geblickt werden. Je geringer der Anteil einer von der Preissteigerung betroffenen Position am Gesamtauftrag ist, desto höher wird die Preissteigerung ausfallen müssen, um eine Anpassung des Vertrages verlangen zu können.

Das BMWSB geht allerdings davon aus, dass eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten von den (staatlichen) Auftraggebern nicht zugestimmt werden muss. Eine belastbare rechtliche Grundlage hierfür benennt das Ministerium allerdings nicht. Außerdem sollen Zuschläge für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn bei der Preisanpassung nicht berücksichtigt werden. Dies dürfte zwar für die „normalen“ Massen richtig sein. Bei Nachträgen und Mengenmehrungen über 10% wäre dies jedoch, wie oben dargestellt, anders zu beurteilen.