

**Verteiler:**

Vorstand, Landesverbände,  
DiMi, FöMi, FAR  
mit der Bitte um Kenntnisnahme

Bonn, den 19. Mai 2021

**Materialpreisschwankungen – Reaktionsmöglichkeiten**

Sehr geehrte Damen und Herren,

angesichts der aktuell stark ansteigenden Materialpreise möchten wir Ihnen nachfolgend Handlungsmöglichkeiten aufzeigen, die Sie dabei unterstützen sollen, zu einem fairen Ausgleich für alle Beteiligten zu gelangen.

**BTGA**  
Bundesindustrieverband  
Technische Gebäude-  
ausrüstung e. V.

Hinter Hoben 149  
D-53129 Bonn

Tel. +49(0)2 28 949 17-0  
Fax +49(0)2 28 949 17-17

www.btga.de  
e-mail: info@btga.de

**A. Rechtliche Möglichkeiten im Rahmen bestehender Bauverträge**

Die folgenden Ausführungen gelten - soweit nicht ausdrücklich vermerkt - gleichermaßen für BGB- und VOB/B-Verträge, Einheitspreis- oder Pauschalpreisverträge.

§ 313 BGB – Störung der Geschäftsgrundlage:

Grundsätzlich fällt die Preisbildung nebst sämtlicher diese beeinflussenden Faktoren in den Risikobereich des Auftragnehmers. Vertraglich kann etwas anderes vereinbart werden. Wurde eine vertragliche Verlagerung des Preisrisikos nicht vorgenommen, kommt ggf. eine Weiterleitung von Teuerungszuschlägen an den Bauherrn über eine Anpassung der Vergütung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht.

Eine Störung der Geschäftsgrundlage setzt eine extreme und völlig unvorhersehbare, außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Auftragnehmers liegende, Kostenerhöhung voraus, die ein so krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hervorgerufen hat, dass ein Festhalten an den Vertragspreisen schlichtweg unzumutbar ist. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalls.

Rechtsfolge wäre ein Anspruch auf Vertragsanpassung, sollte diese unmöglich oder unzumutbar sein, käme die Kündigung des Vertrages in Betracht. Jedoch kommt ein Anspruch aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage nur ausnahmsweise in Betracht und scheitert oft bereits daran, dass die der Preisbildung zugrundeliegenden Daten nicht offengelegt und damit nicht Geschäftsgrundlage wurden. Auch ist zu beachten, dass im Falle einer

Festpreisvereinbarung der Auftragnehmer ggf. selbst bei unerwarteten Preissteigerungen an die vereinbarten Einheitspreise gebunden sein kann (OLG Brandenburg 18.12.21, 12 U 114/19).

Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen, §§ 1 Abs. 3, 4; 2 Abs. 5, 6 VOB/B bzw. § 650 c BGB:

Bei auftraggeberseitiger Anordnung geänderter oder zusätzlicher Leistungen i.S.v. § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B kann der Auftragnehmer eine Preisanpassung unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten bzw. der besonderen Kosten der geforderten zusätzlichen Leistung verlangen.

Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn, die dem Auftragnehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Die Preiskalkulation des Auftragnehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung der Kostendifferenz. In der Regel kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären bzw. aufgrund der Leistungsänderung tatsächlich entstünden (KG, Urteil vom 27.08.2019 – 21 U 160/18, OLG Brandenburg, Urteil vom 22.04.2020 – 11 U 153/18, OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021 – 11 U 136/18 nicht rechtskräftig). In diesem Rahmen ist die Berücksichtigung von Materialpreissteigerungen möglich.

Bei auftraggeberseitigen Leistungsanordnungen i.S.v. § 650 b bzw. c BGB ist der vermehrte oder verminderte Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln, wobei dem Auftragnehmer der Rückgriff auf die Urkalkulation möglich ist. Im Rahmen der tatsächlich erforderlichen Kosten können auch gestiegene Materialkosten berücksichtigt werden.

Nachträglich verlangte, selbstständige Leistungen stellen Zusatzaufträge dar und sind separat zu vergüten, wobei gestiegene Materialpreise berücksichtigt werden können.

Massenmehrungen bzw. -minderungen um mehr als 10 %, § 2 Abs. 3 Ziff. 2 bzw. Ziff. 3 VOB/B:

Bei Über- bzw. Unterschreitung des Mengenansatzes um mehr als 10 % ist auf Verlangen ein neuer Preis zu vereinbaren, für dessen Bemessung, sofern nichts anderes geregelt ist, die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind (BGH, Urteil vom 8. August 2019 -VII ZR 34/18). Auf dieser Grundlage können, für den die 10 % übersteigenden Teil, Materialpreissteigerungen im Rahmen der Einzelkosten der Teilleistung berücksichtigt werden.

### Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B

Kommt es zu einer Bauunterbrechung von mindestens drei Monaten, kann das Sonderkündigungsrecht gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B greifen, welches nicht nach Risikosphären oder Verschulden differenziert. Dadurch kann dem Auftragnehmer die Möglichkeit von Preisverhandlungen eröffnet werden, sollte der Auftraggeber an der Fortsetzung des Auftrags interessiert sein. Da in der Regel nicht abzusehen ist, ob eine Bauunterbrechung mindestens 3 Monate andauern wird, sollte der Auftragnehmer unbedingt zumindest eine Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 VOB/B an den Auftraggeber senden, um sich die Möglichkeit der Verlängerung der Ausführungsfristen für die Dauer der Behinderung zu erhalten.

## **B. Gestaltungsmöglichkeiten**

### **Angebotsphase: Freibleibende Angebote, kurze Bindungsfristen**

Mit einem freibleibenden Angebot erreicht der Auftragnehmer mehr Preisflexibilität, denn der Vertragsschluss wird nicht durch die „Annahme“ des freibleibenden Angebotes durch den Auftraggeber herbeigeführt, sondern erst durch die Auftragsbestätigung seitens des Auftragnehmers, der so die Möglichkeit hat, bei unrentabler Materialkalkulation aufgrund gestiegener Materialpreise, Abstand vom Vertrag zu nehmen. In dem Fall ist der Auftraggeber unbedingt davon zu unterrichten, dass der Vertrag nicht zustande kommt. Der Hinweis, dass das Angebot freibleibend, also nicht verbindlich ist, muss im Angebot deutlich erkennbar sein.

*Angesichts der aktuell sehr dynamischen Preisentwicklung für ..... ( Holz/ Stahl/ Dämmstoffe) erhalten wir von unseren Lieferanten derzeit nur Tages- bzw. Wochenpreise und bitten daher um Verständnis, dass wir aufgrund der sich daraus ergebenden Dynamik*

*unser Angebot nur unverbindlich/ freibleibend abgeben können.*

*oder*

*uns an die in unserem Angebot genannten Preise nur bis zum (Datum) gebunden halten können.*

## **Zusatzvereinbarung**

### **Nachverhandlung zwecks Preisanpassung angesichts aktueller Materialpreisschwankungen**

*Zwischen*

*Auftraggeber \_\_\_\_\_*

*und*

*Auftragnehmer \_\_\_\_\_*

*wird in Ergänzung und als integraler Bestandteil zum Vertrag vom .... folgende Vereinbarung geschlossen:*

*Angesichts der aktuellen Preisdynamik und der Lieferprobleme bei der Beschaffung von ... (Produktgruppe/Material bitte konkret benennen) können mit Blick auf die Bauzeit bzw. die durch die Lieferprobleme bedingten Verzögerungen des Baubeginns Materialpreisschwankungen nicht ausgeschlossen werden. Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag sind die Materialbeschaffungskosten und Einkaufspreise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass es hier zu einem partnerschaftlichen, fairen Ausgleich des daraus resultierenden Risikos kommen muss. Sie vereinbaren daher nach intensiver Erörterung Folgendes:*

*Sämtliche im Angebot des Auftragnehmers enthaltenen Preise für folgende, im geschuldeten Werk zu verbauenden Produkte bzw. Produktkategorien (vertragsgegenständliche Materialien) sind auf der Basis der Einkaufspreise zum Zeitpunkt der Erstellung des Angebotes vom ... 2021 kalkuliert.*

*Es handelt sich hierbei um folgende Produkte / Produktkategorien: \_\_\_\_\_*

*Nur für den Fall eines Pauschalpreisvertrages:*

*\_\_\_\_\_ % des Pauschalpreises entfallen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf reine Materialkosten für vorgenannte Produkte / Produktkategorien.*

*Erhöhen oder vermindern sich nach Vertragsschluss die vom Auftragnehmer zu zahlenden Netto-Einkaufspreise für vertragsgegenständliche Materialien zum Zeitpunkt der Lieferung gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses um mehr als \_\_\_\_\_ Prozent, hat jede der beiden Vertragsparteien das Recht, von der jeweils anderen Partei den **Eintritt in ergänzende Verhandlungen** zu verlangen, mit dem Ziel, durch verbindliche Vereinbarung eine angemessene, dem geänderten Einkaufspreisniveau entsprechende, Anpassung der vertraglich vereinbarten Preise für die betroffenen vertragsgegenständlichen Materialien (im Falle des Pauschalpreisvertrages: des materialantiligen Pauschalpreises) herbeizuführen.*

*Das Nachverhandlungsverlangen kann nicht gestellt werden, wenn zwischen Vertragsabschluss und vereinbartem Fertigstellungstermin weniger als vier Monate liegen.*

*Die Preisveränderungen sind durch die die Preisverhandlungen verlangende Partei durch geeignete Nachweise zu belegen, z.B. Großhandelspreislisten. Das Preisanpassungsverlangen kann bei Vorliegen obenstehender Voraussetzungen mehrfach geäußert werden.*

*Diese Vereinbarung betrifft ausschließlich Materialpreisschwankungen, andere Kosten, die z. B. aus anderen Verzögerungen in der Bauabwicklung entstehen können, die der Auftragnehmer nicht zu verantworten hat, sind nicht erfasst.*

*Diese Vereinbarung ist Inhalt und Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages mit der Nr. ... (bitte klare Bezugnahme auf den Ausgangsvertrag).*

*Ort, Datum, Unterschrift Auftraggeber, Ort, Datum, Unterschrift Auftragnehmer*

Statt der Zusatzvereinbarung mit dem Ziel der Nachverhandlung wäre eine **Zusatzvereinbarung zur Preisanpassung angesichts aktueller Materialpreisschwankungen** denkbar, die eine „automatische“ prozentuale Anpassung an den jeweils aktuellen Lieferpreis beinhalten könnte. Ein Muster für eine solche Vereinbarung kann zur Vermeidung eventueller kartellrechtlicher Probleme durch den Bundesverband nicht zur Verfügung gestellt werden.

Hinweis:

Vorformulierte Klauseln stellen i.d.R. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar, selbst wenn sie „individuell handschriftlich“ aufgesetzt oder handschriftlich ergänzt werden und unterliegen als solche einer strengen gesetzlichen Inhaltskontrolle mit dem Risiko, vom Gericht für unwirksam erklärt zu werden.

Das vom BTGA zur Verfügung gestellte Muster einer „Zusatzvereinbarung - Nachverhandlung zwecks Preisanpassung angesichts aktueller Materialpreisschwankungen“ ist als Formulierungshilfe zu verstehen, die vom Verwender entsprechend dem jeweiligen Einzelfall und dem Zeitpunkt der Verwendung anzupassen ist und stellt ausdrücklich nicht den Anspruch absoluter Gerichtsfestigkeit, sondern dient in erster Linie der Streitvermeidung.

### C. Öffentliche Bauvorhaben

Bei einer **öffentlichen Vergabe** führt jede Veränderung der Vergabeunterlagen zum Ausschluss des bietenden Unternehmens. Der Auftragnehmer kann somit weder eine zeitliche Preisbindung noch eine Preisgleitklausel vorgeben. In den Vergabehandbüchern von Bund und Ländern finden sich die Preisformblätter Nr. 224, 225 und 228, welche regeln, wann Gleitklauseln bei Ausschreibungen zu verwenden sind und wie die Anpassung an den schwankenden Materialpreis auszugestaltet ist. Diese können jedoch nur vom öffentlichen Auftraggeber in die Vergabeunterlagen einbezogen werden. Wurde ohne Gleitklausel ausgeschrieben, trägt grundsätzlich der Auftragnehmer das Kostenrisiko.

Der Auftragnehmer könnte aktuell, aufgrund der stark ansteigenden Materialpreise, ggf. mittels einer **Bieterfrage** an den öffentlichen Auftraggeber, die Möglichkeit der Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel bzw. die vorgesehenen Mechanismen zur Vergütungsanpassung an die gestiegenen Materialpreise klären.

In der Bieterfrage sollte als Argumentationshilfe auf die einschlägigen Vorschriften der **VOB/A** verwiesen werden, an die der öffentliche Auftraggeber gebunden ist.

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A: Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

§ 9 d VOB/A: Sind wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss ist, so kann eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen werden.

Das Vergaberecht ist kein Vertragsrecht, sodass anstelle einer mit § 7 VOB/A unvereinbaren Ausschreibung nicht zwingend eine solche Leistungsbeschreibung Vertragsinhalt wird, die VOB/A-konform ist. Wenn aber im Rahmen der Ausführung völlig ungewöhnliche und von keiner Seite zu erwartende, Änderungs- oder Zusatzleistungen erforderlich werden, dann muss sich der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vertragsauslegung daran festhalten lassen, dass er dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen will (BGH Urteil vom 11.11.93 – VII ZR 47/93).

Lehnt der öffentliche Auftraggeber die Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel ab bzw. schafft keine Preisanpassungsmechanismen, hat der Auftragnehmer ggf., bei Vorliegen der Voraussetzungen, die Möglichkeit der **Rüge eines Vergabeverstößes**, um dem Auftraggeber die Gelegenheit zur Selbstkorrektur zu geben.

#### **D. Lieferverzögerungen**

Im Regelfall haftet der Auftragnehmer nicht für das Fehlverhalten und somit für einen Verzug seines Lieferanten, weil sich der Auftragnehmer das Verschulden eines Baustofflieferanten anders als das Verschulden eines Nachunternehmers nicht über § 278 BGB zurechnen lassen muss (OLG Celle, Urteil vom 11.10.2007, 6 U 40/07).

Aus diesem Grund kann der Auftraggeber auch keine Vertragsstrafe im Falle eines Lieferverzuges des Baustofflieferanten von dem Auftragnehmer beanspruchen.

Den Auftragnehmer darf jedoch kein eigenes Verschulden bei seinem Bestellvorgang treffen, er muss also rechtzeitig und verbindlich das Material bestellt haben.

Im Hinblick auf die mit einer Bevorratung verbundenen Kosten, ist es dem Auftragnehmer nicht verwehrt, Bestellungen so vorzunehmen, dass das Material bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang rechtzeitig zur Verfügung steht, wenn es tatsächlich zum Einbau benötigt wird (OLG Celle, Urteil vom 11.10.2007, 6 U 40/07).

Mit freundlichen Grüßen

BTGA

Referat Recht

gez. RAin Britta Brass