

Ad-hoc Sitzung der Verbandsjuristen: Allgemeiner Austausch über den Umgang mit Preiserhöhungen aufgrund des Ukraine-Kriegs am 31.03.2022 (digital)

Teilnehmer: Herr Falk (Aggerverband), Herr Kühr (Aggerverband), Frau Maas-Timpert (BRW), Herr Lange (EGLV), Herr Pleines (EGLV), Herr Seeliger (Erftverband), Frau Deutzmann (LINEG), Herr Müller (LINEG), Bettina Pfeiffer (Einkauf, LINEG), Frau Meger (Niersverband), Frau Koch (Niersverband), Herr Sobottka (Niersverband), Frau Pehla (Ruhrverband), Frau Schepp (WVER), Frau Althoff (Wupperverband), Frau Kuhr (agw), Frau Schäfer-Sack (agw)

Agenda:

1. Aktueller Sachstand in den Verbänden: Wo liegen derzeit die größten Probleme?
Fokus auf: Einkauf, Vergaberecht, laufende Verträge
2. Bewertung der Rechtslage bei Verträgen mit
 - a. Einmaligen Preisen
 - b. Wiederkehrenden Preisen (u.a.)
 - i. Chemikalien (etc.)
 - ii. Büromaterialien
 - iii. Energie / Stromeinkauf
 - c. Festen Preisen / Variablen Preisen
 - d. Rechtsfolge: Vertragsanpassung nach §§ 313 oder 275 II BGB? Kündigung?
3. Weiteres Vorgehen in den Verbänden

Ergebnis:

- Die Auswirkungen von Preissteigerungen sind bei allen Verbänden akut zu beobachten. Parallel gibt es seit mehreren Monaten Preiserhöhungen bei Lieferanten aufgrund allgemeiner Preissteigerungen
- Betroffene Bereiche in den Verbänden: Baubereich, Dienstleistungsbereich, Materialbereich
- Aktuelle Veröffentlichungen zu diesem Themenfeld werden in der agw gesammelt und im agw-Intranet zur Verfügung gestellt
- Bewertung des Erlasses des BMWSB vom 25.03.22 „Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs“
 - Stellt u.a. anwendbare Rechtsgrundlagen nach § 313 BGB und § 132 GWB heraus.
 - Bundeserlass gilt nicht unmittelbar
 - Kann als Richtschnur für Entscheidungen herangezogen werden
 - Lockere Handhabung, pragmatische Lösungen sinnvoll.
 - Ergänzung der Unterzeichnerin: Zwischenzeitlich liegt auch ein Erlass des BMDV vor (beigefügt)
- Hohe Dynamik der Situation, finale rechtliche Gewissheit mangels einschlägiger Rechtsprechung nicht möglich
- Allgemein kann für den Bereich „laufende Verträge“ folgendes empfohlen werden:
 - Strategische Entscheidungen zwischen Rechtslage bei gleichzeitiger Sorge um Lieferengpässe liegt ggf. bei den VorständInnen.
 - Die Aufnahme von (Stoff-)Preisgleitklauseln wird bei Vergaben im Bereich Transport und Bau von einzelnen Verbänden bereits in Anspruch genommen. Das gilt nicht für eine nachträgliche Aufnahme solcher Klauseln in laufende Verträge.
 - Generell Einzelfallbetrachtungen notwendig.

- Insbesondere Prüfung, ob § 313 BGB erfüllt ist, wenn ja, kann mit dem Erlass des BMWSB dahingehend argumentiert werden, dass eine Anpassung das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien wiederherstellt und daher keine wesentliche Auftragsänderung im Sinne des § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorliegt. Wenn nein, dann kann eine in der Praxis ggf. erforderliche Preisanpassung unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 GWB und der dort genannten Bagatellgrenzen von 10, bzw. -15 % (s. im Einzelnen unter „Rechtliche Rahmenbedingungen“) vorgenommen werden.
 - Pauschale Preissteigerungsverlangen sollten hinterfragt werden und nicht kommentarlos akzeptiert werden. Darlegungslast liegt beim Auftragnehmer (Lohnanteil, Warenanteil, Materialanteil, Transportanteil). Zur Darlegungslast des Auftragnehmers zählen insbesondere auch Angaben zur Kalkulation und die Darstellung der spezifischen Auswirkung auf die Vertragspreise. Die Frage, welchen Anteil die Preissteigerungen am Gesamtpreis des Auftragnehmers haben, sollen damit geklärt werden. Nur so kann auch eine wirtschaftliche Prüfung erfolgen.
 - Wenn Verband auf Preissteigerungsverlangen teilweise eingehen will, sollte dies zeitlich befristet werden, diese Frist kann verlängert werden.
 - Offenlegung Urkalkulation der Auftragnehmer sollte geprüft werden
 - Es liegt derzeit keine Pflicht für eine Neuausschreibung von laufenden Verträgen vor, laufende Verträge haben Bestand
 - EGLV und RV haben bereits Vorstandsbeschlüsse gefasst und in groben Zügen darüber berichtet.
- **Weitere Herausforderungen:**
 - Unkalkulierbarkeit bei Preisen und Lieferfristen führt im Bereich Baustoffe und Maschinen-/Elektrotechnik zu deutlich weniger Angeboten
 - „Neu-Vergaben“ führen per se zu steigenden Preisen
 - Aufnahme von (Stoff-)Preisgleitklauseln sind für aktuelle Ausschreibungen in der nächsten Zeit ggf. erforderlich und wichtig
 - „Auf-Sicht-fahren“ notwendig: Zeitliche Befristungen für festgelegte Vorgehensweisen im Umgang mit Preiserhöhungen notwendig (Erlass befristet bis 30.06.2022)
 - Insgesamt führt die derzeitige Situation auch zu zeitlichen Verzögerungen allgemein, folglich sind diese auch bei den Folgegewerken zu erwarten, Probleme ggf. auch bei Genehmigungsverfahren zu erwarten
 - Schadensersatzansprüche laufen ins Leere, wenn „keiner mehr da ist“ (Insolvenz des Auftragnehmers).
- **Rechtliche Rahmenbedingungen:** Anwendbarkeit der §§ 313 BGB und 132 GWB
 - Allgemein liegen Preissteigerungen im Risiko des Auftragnehmers, so dass eine Preisanpassung nur unter engen Voraussetzungen möglich ist.
 - Für bestehende Verträge ohne Preisgleitklausel, d. h. mit Festpreisen, gilt die Regelung des § 313 BGB („Störung der Geschäftsgrundlage“), die in der Praxis jedoch äußerst selten zu einer Anpassung der Preise zugunsten des Auftragnehmers führt (hohe Hürden). Im Erlass des BMWSB vom 25.03.2022 wird in Bezug auf § 313 BGB die Auffassung vertreten, dass die aktuellen Ereignisse grundsätzlich geeignet sind, die Geschäftsgrundlage zu stören, eine daraus resultierende Anpassung aber nur im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtabwägung festgestellt werden kann. Unter Hinweis auf § 2 Abs. 7 VOB/B und die dazu ergangenen baurechtlichen Entscheidungen zum Pauschalvertrag wird die Prüfung der Unzumutbarkeit des

Festhaltens am geschlossenen Vertrag bereits ab einer Kostensteigerung von 10 – 15 % eröffnet. Die Prüfung erfordert die Vorlage der Urkalkulation sowie den Nachweis der tatsächlichen Einkaufskosten und der Marktüblichkeit. § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB wird in diesem Zusammenhang dahingehend ausgelegt, dass eine Anpassung nach § 313 BGB das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien wiederherstellt und daher keine wesentliche Auftragsänderung vorliegt. Hilfsweise wird § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB für anwendbar erklärt. In diesem Fall darf der Wert des ursprünglichen Auftrags sich um nicht mehr als 50 % erhöhen; die Änderung ist bekannt zu machen (§ 132 Abs. 5).

- Wenn die Voraussetzungen für die Störung der Geschäftsgrundlage gegeben sein sollten, bedeutet dies aber nicht, dass der Auftraggeber sämtliche Kosten zu tragen hat, die die Kalkulation übersteigen. Die Höhe ist im Einzelfall festzusetzen (grundsätzlich ca. bis zur Hälfte der Mehrkosten).
- Werden die Voraussetzungen des § 313 BGB verneint, ist ein gleichwohl zu erwägendes Entgegenkommen der Verbände durch das Vergaberecht begrenzt. Nach der sog. de-Minimis-Regelung des § 132 Abs. 3 GWB liegt keine wesentliche Vertragsänderung vor, wenn der Wert der Änderung bei Liefer- und Dienstleistungen nicht mehr als 10 % und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.
- Für den Unterschwellenbereich ist für Lieferungen und Leistungen in § 47 UVgO noch weitgehender geregelt, dass eine Vertragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.
- Es dürfte für laufende Verträge ein Anpassungsverlangen nach § 313 BGB in Betracht kommen, da wohl von einer Störung der „Großen Geschäftsgrundlage“ auszugehen ist. Unter der „Großen Geschäftsgrundlage“ versteht man die dem Vertrag zu Grunde liegende Erwartung, dass sich die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen nicht wesentlich verändern. Ausdrücklich als Störungen der „Großen Geschäftsgrundlage“ sind Krieg und kriegsähnliche Entwicklungen anerkannt (Grüneberg/Palandt § 313 Rn. 5).
- Bei neuen Bauausschreibungen ist zu beachten, dass in der Leistungsbeschreibung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Dies bedeutet, dass die Bauausschreibungen so gestaltet werden müssen, dass eine faire Risikoverteilung besteht. Ansonsten besteht im laufenden Vergabeverfahren für die potentiellen Bieter eine entsprechende Rügeobliegenheit bzw. Hinweispflicht.

- **Weiteres Vorgehen:**

- Die ad-hoc Gruppe hält sich über aktuelle Entwicklungen auf dem Laufenden,
- ein Folgetreffen wird auf Zuruf einberufen,
- weitere allgemeine Informationen werden im agw-Intranet eingestellt.