

## Newsletter 05/2022

### Thema: Ukraine-Krieg und Bau - Bauzeitverzögerung und Leistungshindernisse im VOB/B-Vertrag - / Baurecht

#### 1. Einleitung

Der Ukraine-Krieg und weltweite Sanktionen führen zu einem extremen Preisanstieg vieler Baustoffe und verschärfen die schon aufgrund der Covid-19-Pandemie bestehende Situation, die noch andauert. Schlimmer noch: In China ist zu befürchten, dass deren „NULL\_COVID-Strategie“ scheitert und dort erst beginnt. COVID-19 und PUTIN-22 überlagern sich. Neben Öl, Gas, Strompreissteigerungen und dem Damoklesschwert eines Öl- und Gasembargos zeigen die Herkunftsländer die Abhängigkeit des Baus auf:

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

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.

Das Bundesministerium für Bauwesen und Raumordnung hat mit Erlass vom 25.03.2022, Az.: BWI7-703437/9#4 für Bundesbaumaßnahmen reagiert.

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. Irrtümer am Bau

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

##### Höhere Gewalt

Im Zuge der COVID-19-Pandemie und des Ukraine-Kriegs geistert oft der Begriff der „höheren Gewalt“ über die Baustelle. 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 durchgestellt werden können. Entgegen der inflati-

onären 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 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 in Zusammenhang mit der Verlängerung von Ausführungsfristen.

### **Festpreisbindung**

Ebenso häufig – auch unabhängig von den aktuellen Ereignissen des Ukraine-Kriegs – 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 Geschäftsführung ohne Auftrag. Diese Vorschriften führen aber auch nicht zu einem „rechtsfreien Raum“, bei dem man sich nach Ende der Bauzeit nach Belieben bedienen 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 Baubeginnsverzögerungen, Bauzeitverlängerungen, Materialpreisstigerungen auch im laufenden Vertragsverhältnis zumindest ansatzweise berücksichtigungsfähig sind.

#### **Hinweis:**

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

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

#### **3.1 Anspruch auf Ausführungsverlängerung**

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

- durch einen Umstand aus dem **Risikobereich** des AG
- durch **Streik** oder [...] Arbeitgeber angeordnete **Aussperrung**
- durch **höhere Gewalt** oder andere, für den AN unabwendbare Umstände

Es stellt sich die Frage, was unter höherer Gewalt i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B verstanden wird:

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<sup>1</sup>.

Ein gutes Argument für Auftragnehmer ist die Einschätzung des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, die höhere Gewalt im Einzelfall annimmt.

*Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, Erlass 25.03.2022:  
Sind Materialien aus den eingangs genannten Produktgruppen nachweislich nicht oder vorübergehend nicht, auch nicht gegen höhere Einkaufspreise als kalkuliert, durch das Unternehmen beschaffbar, ist von einem Fall der höheren Gewalt bzw. einem anderen nicht abwendbaren Ereignis im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe c) VOB/B auszugehen. Als Rechtsfolge wird die Ausführungsfrist verlängert um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Stoffe zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten, § 6 Abs. 4 VOB/B.*

### **Ergebnis:**

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 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 aber nicht zwingend.

Daher im Zweifel immer sofort Behinderung anzeigen! Versäumnisse können nicht mehr nachgeholt werden!

Pauschale Floskeln „wegen Ukraine Krieg“ sind zu vermeiden, sondern das Problem konkret zu bezeichnen!

### **3.2 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

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 22.04.2004 – III ZR 108/03

### 3.2.1 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:

- (1) 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.*
- (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.*
- (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht der Kündigung.*

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

#### **OLG Hamburg:**

- 1. Der Auftragnehmer kann sich aufgrund der Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt weder auf eine Änderung des Leistungsolls 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.<sup>2</sup>*

#### **OLG Düsseldorf:**

*In der Vereinbarung eines Festpreises liegt eine stillschweigende Übernahme des Risikos von Leistungerschwererungen durch Erhöhung der Selbstkosten im Sinne einer Preisgarantie, die einen Anspruch des Auftragnehmers aus § 313 Abs. 1 BGB auf Anpassung des Vertrags regelmäßig ausschließt. \*)<sup>3</sup>*

#### **Bundesbaumaßnahmen:**

Anspruch auf Anpassung der Preise, § 313 BGB:

Bei höherer Gewalt im Einzelfall nach Gesamtbetrachtung des Vertrages Übernahme max. 50 % der Mehrkosten reiner Materialpreise (ohne Zuschläge).

Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen.

Erlass 25.03.22 – BWI7-70437/9#4

<sup>2</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 - 14 U 124/05; BGH, Beschluss vom 23.11.2006 –VII ZR 55/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2008 – 12 U 48/08

### **Bauvorhaben, sonstige:**

Anspruch auf Anpassung der Preise, § 313 BGB?

Argumente für Wegfall der Geschäftsgrundlage:

- Bundesbaumaßnahmen bestätigen Anwendbarkeit des § 313 BGB
- Höhere Gewalt, Ukraine-Krieg + Sanktionen auch bei gehöriger Betrachtung der Marktlage nicht vorhersehbar. Unterschied zu bisherigen Situationen in der Vergangenheit.
- Billigkeitsgesichtspunkte. Sanktionen im Interesse Gemeinwohl. Nicht alleine vom AN zu tragen.

**Rechtslage sehr strittig**, gleichwohl sollte Auftragnehmer es versuchen!

Die Entwicklung bleibt abzuwarten, insbesondere ob auch einige Bundesländer für ihre Baumaßnahmen dem Beispiel des Bundes folgen werden bzw. Kommunen.

### **Ergebnis:**

Im Ergebnis 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.

### **Hinweis:**

Grundsätze Wegfall der Geschäftsgrundlage wohl nur anwendbar bei Verträgen **vor dem 24.02.2022** (Angriff Russlands auf die Ukraine).

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

### **3.2.2 Gleiches Leistungsziel des Vertrages bei Massenmehrungen**

Es gibt Anspruchsgrundlagen wie folgt:

Bauvertrag BGB	:	§ 313	BGB
Bauvertrag VOB/B	:		
Einheitspreisvertrag	:	§ 2 Abs. 3	VOB/B
Pauschalpreisvertrag	:	§ 2 Abs. 7 Nr. 1	VOB/B

In diesem Zusammenhang ist eine neue 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 tatsächliche 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, 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<sup>4</sup>.*

Die Parteien des Vertrages sollten aber prüfen, 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).

### **Ergebnis:**

Im Ergebnis erlaubt eine erhebliche Massenmehrung (d. h. ohne Anordnung des Auftragsgebers) beim VOB/B-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.

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

### **3.2.3 Abweichendes Leistungsziel des Vertrages, geänderte zusätzliche Leistungen**

Es gibt Anspruchsgrundlagen wie folgt:

Bauvertrag § 650a BGB	:	§§ 650b, c	BGB
Bauvertrag VOB/B	:		
Einheitspreisvertrag	:	§ 2 Abs. 5	VOB/B
		§ 2 Abs. 6	VOB/B
Pauschalpreisvertrag	:	§ 2 Abs. 7 Nr. 2	VOB/B

Fraglich ist, ob es nach der Änderung des BGB, das ein anderes Nachtragssystem in §§ 650b, c BGB verfolgt, auch zu Auswirkungen auf die Vergütungsanpassung bei Nachträgen in der VOB/B nach § 2 VOB/B kommt.

Grundsätzlich sind 2 Modelle der Vergütungsanpassung zu unterscheiden:

#### **Modell 1:**

Vergütungsanpassung nach **Vorkalkulatorischer Preisfortschreibung**  
(Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis)

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18

## **Modell 2:**

Vergütungsanpassung nach **tatsächlich erforderlichen Kosten**  
mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG

Traditionelles Verständnis der VOB/B ist nach Rechtsprechung und Literatur das Modell 1. Es gab bereits in der Vergangenheit Kritik an dieser Auslegung der VOB/B, die nun aufgrund der Änderung des BGB und einer Entscheidung des BGH vom 08.08.2019 zum Fall der Massenmehrung Auftrieb erhalten hat und auf einen Richtungswechsel hindeuten könnte<sup>5</sup>.

Es spricht daher aufgrund des vergleichbaren „neutralen“ Wortlauts einiges dafür, dass die Rechtsprechung des BGH auf §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B übertragen wird.

Es gibt nun erste Entscheidungen der Instanzgerichte, die diese Tendenz bestätigen.

### **Hinweis:**

Die Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Themenkreis wird zu beobachten sein, da diese einen erheblichen Einfluss auf Nachträge haben wird.

Es gibt weitere Entscheidungen, die nun auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge abstellen, z. B. KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/18; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19; OLG Frankfurt, Urt. v. 21.09.2020 – 29 U 171/19; OLG Köln, Urt. v. 03.02.2021 – 11 U 136/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.02.2021 – 22 U 245/20.

Denkbar ist es, in einem VOB/B-Vertrag künftig die Berechnung nach der bisherigen vorkalkulatorischen Preisanpassung ausdrücklich zu vereinbaren, so dass die Regelungslücke der VOB/B geschlossen wird, sofern man die Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten ablehnt.

Fraglich ist, ob derartige Vereinbarungen als AGB nach § 307 BGB unwirksam sind, weil sie von § 650c BGB abweichen.

Fraglich ist, wie sich eine derartige Vereinbarung auf die Privilegierung der VOB/B auswirken wird, d. h. ob diese gefährdet wird. Dagegen spricht, dass der BGH selbst im Wortlaut keine eindeutige Vorgabe erkennen lässt, so dass eine Vereinbarung keine Abweichung, sondern nur eine Ergänzung wäre.

### **Ergebnis:**

Im Ergebnis bietet nun die geänderte Rechtsprechung unter Berücksichtigung der zitierten Instanzrechtsprechung eine erhebliche Argumentationshilfe, um auch bei VOB/B-Verträgen gestiegene Materialkosten in einem Nachtrag unterzubringen. Leider fehlt es bisher an einer BGH-Entscheidung, die Argumentation ist aber nachvollziehbar und wird sowohl in der Literatur als auch nun teilweise in der Instanzrechtsprechung geteilt. Insofern kann auch bei bestehenden Bauverträgen die Problematik gestiegener Stoffkosten über den Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten in den Nachtrag eingepreist werden. Dabei ist mit Widerstand seitens des Auftraggebers zu rechnen, solange keine BGH-Entscheidung Rechtsklarheit bringt.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18

### 3.2.4 Zeitliche Verzögerung der Leistung, Bauzeitnachträge

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 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

#### **Hinweis:**

Vergütung setzt eine Anordnung des Auftraggebers voraus. Sofern diese vorliegt, kann auf vorstehende Ausführung verwiesen werden. Es sind „verkleidete“ Bauzeitnachträge.  
Schadensersatz scheidet meist am Verschulden des Auftraggebers bzw. seiner Erfüllungsgehilfen (Planer).  
Verzögerungen durch Vorgewerke werden dem Auftraggeber nicht als Verschulden zugeordnet.  
Meist nur „Entschädigung“ einschlägig.

In diesem Zusammenhang soll hier 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

AN darf seinerseits leisten, ist zur Leistung bereit und imstande

AN bietet seine Leistung wie geschuldet an

Behinderungsanzeige des AN (bei VOB/B, sofern keine Offenkündigung = Tatsache + Wirkung)

**Hinweis:**

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 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<sup>6</sup>.*

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 hat.

**Ergebnis:**

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 keine Ansprüche stellen kann. Lediglich im Zeitraum des Annahmeverzuges selbst, wäre eine Berücksichtigung von Materialpreissteigerungen dieser Kosten im Rahmen des

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17

Entschädigungsanspruches denkbar. Wenn aber im verschobenen Zeitraum der Bauausführung, die durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers verursacht wurden, es zu Materialpreissteigerungen kommt, können diese nicht weitergereicht werden.  
Eventuell frühzeitig Exitstrategie planen; z.B. § 6 Abs. 7 VOB/B (Kündigung).

### **3.3 Exitstrategie „Flucht in die Kündigung“**

Grundsätzlich ist beiden Parteien eine kooperative Haltung nahelegen. In der Praxis sind viele Beteiligte allerdings – aus verschiedenen Gründen – unflexibel. Sofern der Auftraggeber in keins-ter 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 des AG ist über eine „Exitstrategie“ nachzudenken.

Der Aufbau von Kündigungsmöglichkeiten durch den AN kann den AG an den „Verhandlungstisch“ zwingen bzw. zum wirtschaftlichen Eigenschutz zur Vertragsbeendigung führen (Flucht in die Kündigung):

§ 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

#### **Hinweis:**

Kündigungen müssen sorgfältig vorbereitet werden, damit sie rechtmäßig sind!  
Sachverhalt ist zu dokumentieren und Schriftverkehr orientiert am beabsichtigten Kündigungstatbestand aufzubauen.  
Bei rechtswidriger Kündigung, kann der Auftraggeber mit Kündigung reagieren und den Auftragnehmer mit Mehrkosten belasten.

### **4. Zukünftige Werk-/Bauverträge**

Infolgedessen sollte bei der Vertragsgestaltung / Angebotserstellung der Schwerpunkt 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.

### **Hinweis:**

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

### **Ergebnis:**

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 zu empfehlen unter Beachtung der genannten Rechtsprechung, die Vorgaben und Klauseln des Vergabehandbuches zu nutzen. Die Gefahr, dass Gerichte diese Klauseln kippen ist nicht so hoch, als bei Eigenkreationen.

## **5. Zusammenfassung**

Auftragnehmer muss aktiv handeln bei

- Vertragsgestaltung
- Bauausführung

Schriftverkehr muss geführt und dokumentiert werden.

Passives Verhalten des Auftragnehmers führt zu wirtschaftlichen Nachteilen, weil nachträglich nicht korrigierbar.

Ihr  
Dr. Stangl

