

Dies ist ein Werkstatt-Beitrag. Änderungen und Korrekturen bleiben vorbehalten. Der Beitrag ist deshalb zunächst nur eingeschränkt zitierfähig.

## Werkstatt-Beitrag (Einstelldatum: 30.03.2022)

### Bauverträge in Zeiten von Krisen und Krieg

*Der Krieg in der Ukraine, die Auswirkungen der Pandemie, die aktuelle Wirtschafts- und Liefersituation und deren Folgen haben erhebliche Auswirkungen auf die Bauwelt. Termenschwierigkeiten, Bauablaufstörungen, Preissteigerungen, Nachtragsforderungen, Lieferschwierigkeiten etc. sind inzwischen nahezu alltäglich auf unseren Baustellen. Nicht nur bestehende Vertragsverhältnisse, auch geplante Projekte und der Abschluss neuer Bauverträge sind für alle Beteiligten mit Unwägbarkeiten verbunden, die einen adäquaten Umgang mit den auftretenden Schwierigkeiten und häufig die Suche nach alternativen Lösungsmöglichkeiten, die möglichst für alle Vertragsparteien tragfähig sein sollen, erfordern.*

*Dieser Beitrag soll eine zusammenfassende Darstellung einiger praxisrelevanter Auswirkungen und Handlungsempfehlung mit Blick auf den Baustellenbetrieb und mögliche Bauablaufstörungen wie auch den Umgang mit Schwierigkeiten bei anstehenden Vertragsschlüssen geben.*

Kurzaufsatz von RAin und FAin für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Verw. (FH) **Julia Zerwell**, Frankfurt a.M., und RA und FA für Bau- und Architektenrecht **Steffen Holatka**, Frankfurt a.M.

#### 1. Bestehende vertragliche Konstellationen/Grundsätze

Bestehende Vertragsverhältnisse unterliegen dem Grundsatz, dass das Beschaffungs- und Preisrisiko und mithin die Leistungsgefahr auf Seiten des Auftragnehmers übernommen worden ist (OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 - **14 U 124/05**, **IBRRS 2006, 0062**; BGH, Urteil vom 07.07.1998 - **X ZR 17/97**, **IBRRS 2000, 0652**; **Lederer**, in: **Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar**, Teil B, § 7, Rz. 14 m.w.N.; **Kniffka**, in: **Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Rz. 127, 421 ff.** m.w.N.; ebenso für Materialengpässe bei Baustoffen **Weise**, NJW-Spezial 2021, 492 m.w.N.). Damit verbleibt es auch in Krisenzeiten bei der vertraglichen Risikoverteilung, so dass der Auftragnehmer sowohl in zeitlicher als auch in preislicher Hinsicht an die vertraglichen Regelungen gebunden bleibt. Insoweit gelten auch für die aktuelle Krisensituation die schon im Zusammenhang mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Bauverträge in Literatur umfangreich publizierten Grundlagen (vgl. z. B. **Brübach**, in: **Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., § 6 Bauvertrag** m.w.N.).

Eine Veränderung der vertraglichen Rahmenbedingungen kommt daher zunächst nur dann in Betracht, wenn entsprechende vertragliche Sonderregelungen getroffen worden sind. So enthalten zahlreiche Bauverträge - insbesondere seit Beginn der COVID-19-Pandemie - bereits sog. Force-Majeure-Klauseln, die gegebenenfalls auch für die aktuellen Erschwernisse und Krisensituation greifen können und Anpassungsmodalitäten für das Vertragsverhältnis von Beginn an regeln. Des Weiteren sind vertragliche Regelungen zu expliziten Preisanpassungsklauseln/Preisgleitklauseln oder anderweitigen Preisvorbehalten vorrangig im Vertragsverhältnis zu berücksichtigen; häufig wird bereits hierdurch ein hinreichender Ausgleich von nach Vertragsschluss eintretenden Lohn- und Materialpreissteigerungen geschaffen. Gleiches gilt im Übrigen für die Vereinbarung von Festpreisen; hierin liegt in der Regel eine stillschweigende Risikoübernahme im Sinne einer Preisgarantie mit der Folge, dass ein Anpassungsverlangen des Auftragnehmers, insbesondere nach § 313 Abs. 1 BGB, ausgeschlossen ist (vgl. hierzu **OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2008 - 23 U 48/08, IBRRS 2009**,

**0800**); dies gilt allerdings nicht für eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Festpreisklausel von Einheitspreisen oder bei Abweichungen von der VOB/B (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20.07.2017 - **VII ZR 259/16, IBRRS 2017, 2716**). Denkbar sind ferner vertragliche Regelungen zu Bauzeitverlängerungsansprüchen bei Eintritt definierter Ereignisse, beispielsweise Verhinderung von Subunternehmern/Arbeitnehmern aufgrund behördlicher Anordnungen etc.

Sehen die bauvertraglichen Regelungen hingegen keine einzelfallbezogenen Regelungen vor, greifen die Regelungen des Werkvertragsrechts, gegebenenfalls inklusive der VOB/B.

## **2. Bauzeitverlängerungsansprüche oder Verzug?**

Bauzeitverlängerungsansprüche zu Gunsten des Auftragnehmers (AN) können sich bei Fehlen vertraglichen Sonderregelungen aus § 6 Abs. 2 VOB/B ergeben, wenn und soweit die hindernden Umstände aus dem Risikobereich des Auftraggebers (AG) resultieren (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a) oder durch höhere Gewalt oder andere für den AN unabwendbare Umstände eingetreten sind (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 c), mithin den AN kein Verschulden an den verzögernden Umständen trifft.

### a. Beeinträchtigungen aus dem Risikobereich des AG

Die aktuelle Krisensituation kann auch Beeinträchtigungen des AN zur Folge haben, die dem Risikobereich des AG zuzuordnen sind, beispielsweise:

- Verspätete Planlieferungen/verspätete Lieferungen beizustellender Materialien, verzögerte Genehmigungserteilung durch Behörden etc.
- Fehlende Bereitstellung des Baugrundstücks (Baustelle Kriegs-/Krisengebiet, Ausgangssperren).
- Nicht hingegen: Zahlungsschwierigkeiten.

Vorgenannte Umstände stellen eine Verletzung der Mitwirkungspflichten des AG gegenüber dem AN dar mit der Folge, dass der AN - unabhängig davon, ob der AG diese Umstände zu vertreten hat oder diese aus seiner Sicht durch Umstände höherer Gewalt ausgelöst wurden - einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung erheben kann und mithin die Rechtsfolgen des § 6 Abs. 2 VOB/B ausgelöst werden. Auch in diesen Fällen hat der AN nach § 6 Abs. 3 VOB/B alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, die Weiterführung der Arbeit zu ermöglichen.

### b. Ukraine-Krieg und Weltmarktpreis-Entwicklung als Umstand höherer Gewalt?

Unter bestimmten Voraussetzungen sind Bauablaufstörungen auf sog. "Umstände höherer Gewalt" zurückzuführen, die ein Verschulden der Vertragspartei ausschließen können. Der Begriff der höheren Gewalt i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 c VOB/B wird regelmäßig definiert als Ereignis, welches nicht der Sphäre der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern durch ein unvorhersehbares, von außen durch elementare Naturkräfte oder Handlungen Dritter herbeigeführtes Ereignis herbeigeführt wurde (st. höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. u. a. **RGZ 171, 104; BGHZ 7, 338; BGHZ 109, 8**; BGH, Urteil vom 17.02.2004 - **VI ZR 69/03, IBRRS 2004, 0630**; Urteil vom 22.04.2004 - **III ZR 108/03, IBRRS 2004, 1107**). Bei überschlägiger Bewertung könnte die aktuelle Krisensituation durchaus diesen Anforderungen entsprechen (so wohl i. E. auch Kues/Simlesa, "Beschaffungsrisiko vs. höhere Gewalt im Ukraine-Krieg: Wo sind die Grenzen?", ibr-online-Werkstatt).

Allerdings verlangt die Rechtsprechung weiter, dass dieses Ereignis "nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit von Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist (vgl. u. a. **RGZ 171, 104; BGHZ 7, 338; BGHZ 109, 8**; BGH, Urteil vom 17.02.2004 - **VI ZR 69/03, IBRRS 2004, 0630**; Urteil vom 22.04.2004 - **III ZR 108/03, IBRRS 2004, 1107**). In Bauvertragsverhältnissen dürften diese Anforderungen allenfalls in den seltensten Fällen in Betracht gezogen werden müssen: Preissteigerungen, insbesondere für einzelne Materialien, sind der Bauwelt keinesfalls unbekannt

und nahezu jederzeit zu erwarten.

Die Ukraine-Krise wurde zwar spätestens im Jahr 2014 eingeläutet; der Konflikt jeweils nur vorübergehend stabilisiert, ohne jedoch die Krisensituation zu beenden, wobei die aktuellen Entwicklungen - wie dies nun ersichtlich ist - auch von der Politik nicht ansatzweise antizipiert wurden. Die vertragliche Risikoverteilung in Bauverträgen sieht das Preis- und Beschaffungsrisiko grundsätzlich auf Seiten des AN, weshalb die zu erwartende Sorgfalt regelmäßig auch die rechtzeitige Beschaffung und Vertragsbindung von Materialien und anderen für die Ausführung erforderlichen Ressourcen erfordert, weshalb wirtschaftliche Folgen für das jeweils bestehende Vertragsverhältnis durch eine adäquate Betriebsführung des AN begrenzt werden kann. Damit dürfte allenfalls ein äußerst geringer Anwendungsbereich für Fälle "höherer Gewalt" in Betracht kommen, wobei der AN die Darlegungs- und Beweislast für die jeweiligen Umstände und deren auf das spezifische Vertragsverhältnis einwirkenden Folgen sowie deren Unvermeidbarkeit trägt.

Lieferschwierigkeiten für Materiallieferungen, Kapazitätsengpässe etc. dürften daher dem Anwendungsbereich dieses Tatbestands in der Regel nicht unterfallen, wenn und soweit diese nicht kausal durch infolge der Kriegsereignisse entstandene Grenzsicherungen, behördliche Auslieferungsverbote oder Betriebsschließungen aufgrund behördlicher Anordnungen verursacht worden sind; gleiches gilt für den Ausfall von Nachunternehmern. Hingegen könnten im Einzelfall angeordnete behördliche Maßnahmen, wie etwa Einreiseverbote oder Lieferbeschränkungen, solche Umstände höherer Gewalt begründen, wenn und soweit von Seiten des AN konkret die beschränkten Leistungen vorgesehen waren und Ersatzbeschaffungen unmöglich sind. Ob ein Fall höherer Gewalt bei konkreten Bauablaufstörungen tatsächlich anzunehmen ist und/oder ein Verschulden ausgeschlossen werden kann, hängt somit von den konkreten Umständen des Einzelfalls sowie der Möglichkeit der Vertragsparteien ab, die Störung nicht durch alternative Maßnahmen beseitigen zu können. Eine pauschale Beurteilung ist auch insoweit in der aktuellen Situation ausgeschlossen.

Kann der AN im Einzelfall den Nachweis erbringen, dass in Bezug auf die von ihm zu erbringenden Leistungen eine Bauablaufstörung aufgrund höherer Gewalt eintrat, so würde dies die Verlängerung von Ausführungsfristen nach § 6 Abs. 2 VOB/B begründen können. Die Darlegungs- und Beweislast für Ausschluss des Verschuldens obliegt dem AN, der somit für den Nachweis höherer Gewalt belegen müsste, dass

- die Lieferschwierigkeit tatsächlich durch den Ukraine-Krieg/die geschilderten Umstände kausal bedingt ist und nicht auf eine mangelnde Planung oder zu geringe Bestellung/nicht rechtzeitige Vertragsbindung von Lieferanten, Nachunternehmern etc. zurückzuführen ist und
- nicht dem AN eine anderweitige - gegebenenfalls auch Mehrkosten auslösende - Ersatzbeschaffung und/oder Beschleunigung zur Kompensation der aufgetretenen Bauablaufstörungen (Mehrarbeit/Wochenendarbeit, Einbeziehung anderer Nachunternehmer, Lieferantenwechsel etc.) möglich war.

### **3. Finanzielle Ansprüche der Vertragsparteien**

Fehlen vertragliche Preisanpassungsklauseln - allein die Einbeziehung der VOB/B führt nicht zu einem Nachtragsvergütungsanspruch für auf dem Weltmarkt eingetretene Preissteigerungen (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 - **14 U 124/05, IBRRS 2006, 0062**; BGH, Beschluss vom 23.11.2006 - **VII ZR 55/06** - Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), so stellt sich die Frage nach finanziellen Ansprüchen, insbesondere des AN, zur Kompensation der ihm entstehenden finanziellen Nachteile, die mit der derzeitigen Weltmarktkrise und damit einhergehenden Preisexplosion zweifelsohne eintreten.

#### a. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Parteien

Bei Bauablaufstörungen u. Ä. können sowohl AG wie auch AN Entschädigungs- und/oder Schadensersatzansprüche gegen die jeweils andere Vertragspartei nur bei Vorliegen von Verschulden wirksam erheben. Trotz Bauzeitverlängerungsanspruch bei nachgewiesenen auftraggeberseitig zu vertretenden Umständen entstehen allerdings keine Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche der Parteien gegeneinander mangels Verschuldens wegen höherer Gewalt (vgl. § 6 Abs. 6 VOB/B). Gleiches gilt für Ansprüche nach § 642 BGB, da auch diese einen Annahmeverzug des Bestellers und mithin dessen Verschulden erfordern (vgl. hierzu insbesondere auch im Hinblick auf Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB: BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17, **IBRRS 2017, 3751** m.w.N.; Urteil vom 30.01.2020 - VII ZR 33/19, **IBRRS 2020, 0829**).

#### b. Preisanpassungsverlangen nach § 313 BGB?

Daher wird diskutiert, ob ein Preisanpassungsverlangen des AN wegen Störung der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt sein kann (so i. E. wohl Kues/Scheuermann, "Ukraine-Krieg: Wegfall der "großen Geschäftsgrundlage"?", ibr-online-Werkstatt).

Nun mag bereits zweifelhaft sein, ob eine "wirtschaftlich stabile Lage" ohne Kriegsereignisse im Europäischen Raum bzw. weltweit als Geschäftsgrundlage eines Bauvertrags angesehen werden kann; weniger noch können stabile Energie-/Materialpreise als Geschäftsgrundlage angenommen werden (vgl. zur Auslegung des Begriffs in Bezug auf Bauverträge insbesondere BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10, **IBRRS 2011, 2797**; Urteil vom 10.09.2009 - VII ZR 82/08, **IBRRS 2009, 3221** m.w.N.). Insbesondere sind nach ständiger höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung die Grundlagen der Preisermittlung grundsätzlich keine Geschäftsgrundlage des Vertrags, da das Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation von Vertragspreisen dem AN obliegt (vgl. u. a. BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10, **IBRRS 2011, 2797** m.w.N.).

Ein Rückgriff auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn der Vertrag in Bezug auf Erschwernisse bei der Bauausführung bereits Preisanpassungsklauseln/Force Majeure-Klauseln ausdrücklich vorsieht oder explizit ausschließt, da die Parteien dann eine konkrete Risikozuweisung für das Preis- und Leistungsrisiko bereits getroffen haben (vgl. auch BGH, **BauR 1974, 347**; i. E. ebenso in BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17, **IBRRS 2017, 3751** m.w.N.).

Ein Preisanpassungsverlangen wegen Störung der Geschäftsgrundlage jedenfalls erfordert eine erhebliche Abweichung der zu erwartenden von den eingetretenen Umständen; die Rechtsprechung fordert hierbei eine so erhebliche Störung des Vertragsgefüges, dass ein Festhalten am Vertragspreis schlicht unzumutbar ist. Dabei verbiete sich zwar eine starre Grenzziehung, jedoch dürfte das Überschreiten einer Grenze von mindestens 10% (bei Vorliegen auch auftraggeberseitiger Verantwortung für den Irrtum über die Geschäftsgrundlage, was hier nicht zutreffend sein dürfte) bzw. 20% regelmäßig zu fordern sein (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10, **IBRRS 2011, 2797**). Da bei der Bewertung, ob ein Preisanpassungsverlangen gerechtfertigt sein könnte, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und mithin auch entscheidend ist, ob der AG zur Fehlkalkulation beigetragen hat (vgl. instruktiv BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10, **IBRRS 2011, 2797**), dürfte in der aktuellen Krisensituation die zu überschreitende Kostengrenze einen Kostensteigerungsanteil für das Gesamt-Vertragspreisniveau von 20% jedenfalls übersteigen müssen.

Wie bereits ausgeführt, sind letztlich die Umstände des Einzelfalls maßgeblich, wobei in praktischer Hinsicht bei AN, die ein Bündel an Bauleistungen aus einer Hand anbieten - wie dies bei Generalunternehmern und Generalübernehmern der Fall ist - die Hürden für Kostensteigerungen des Gesamtvertragspreisniveaus deutlich höher liegen dürften, als dies beispielsweise bei AN der Fall ist, die z. B. energieintensive Bauleistungen anbieten (z. B. Erdbauer, Abbruchunternehmer etc.).

#### 4. Ausblick und Neuverträge

Die derzeitige Krisensituation und deren Folgen, insbesondere die rasante Preisexplosion und Materialverknappung, sind nunmehr allgemein bekannt mit der Folge, dass diese Umstände keine "höhere Gewalt" im rechtlichen Sinne (mehr) begründen können. Ob es für Bauherren oder AN ratsam ist, entsprechende Klauseln zur Regelung von durch das Virus verursachten Bauablaufstörungen aufzunehmen, ist einzelfall- und projektbezogen zu beurteilen.

Für die öffentliche Hand wird die Aufnahme von Preisanpassungs- und Preisgleitklauseln bei (öffentlichen) Auftragsvergaben empfohlen, um eine sachgerechte und insbesondere vergaberechtskonforme Ausschreibung zu ermöglichen, ohne den Bietern unzumutbare Wagnisse bei der Vertragsanbahnung aufzuerlegen. So gelten seit dem 25.03.2022 (zunächst befristet bis zum 30.06.2022) die für die Bundesbauverwaltung und den Verkehrswegebau von den Ministerien herausgegebenen Praxishinweise zur Aufnahme von Preisgleitklauseln in Neuverträge und gegebenenfalls Anpassung vertraglich vereinbarter Preise in bestehenden Vertragsverhältnissen (vgl. Schreiben des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen an das Bundesamt für Bauwesen Raumordnung, Fachaufsicht führende Ebenen in den Ländern zu Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs; BWI7-70437/9#4 vom 25.03.2022).

Im Bereich der privaten Auftragsvergabe wird ein faktischer Zwang für Vertragsschlüsse zur Aufnahme entsprechender Regelungen im Hinblick auf Bauzeit und Preisanpassungen deutlich erkennbar; zudem zeichnet sich bereits jetzt ab, dass sich im aktuellen Marktumfeld Generalunternehmer- bzw. Generalübernehmer schwer tun, Pauschalpreise anzubieten; stattdessen zeichnet sich hier bereits teilweise ein Trend zum vermehrten Einsatz von GMP-Vertragsmodellen ab, um die Risiken der Nachunternehmervergaben sowie etwaiger Materialpreissteigerungen zwischen AG und AN adäquat zu verteilen.

***RAin und FAin für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Verw. (FH) Julia Zerwell, Frankfurt a.M.*** 

*und*

*RA und FA für Bau- und Architektenrecht Steffen Holatka, Frankfurt a.M.*

© id Verlag