

Umgang mit Forderungen von Vertragspartnern nach § 313 BGB anlässlich Corona-Pandemie und Ukraine-Krieg

Verfasser: Martina **Aschl**
Ulrich **Kaiser**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung	81
2 Voraussetzungen des § 313 BGB	81
2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind	82
2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner	82
2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag	83
3 Verträge mit Architekten und Ingenieuren	83
3.1 Typische Fälle aus der Beratungspraxis	83
3.2 Anspruch aus § 313 BGB	85
3.2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind	86
3.2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner	86
3.2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag	87
3.3 Vertragsanpassung bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 313 BGB	89
4 Verträge mit sonstigen Dienstleistern	91
4.1 Typische Fälle aus der Beratungspraxis	91
4.2 Anspruch aus § 313 BGB	92
4.2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind	92
4.2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner	92
4.2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag	93

	Seite
4.3 Außerordentliche Kündigung des Vertrags	94
4.4 Vergaberechtliche Aspekte	94
5 Schlussbemerkung – Empfehlung	95

1 Einleitung

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage wurde von der Rechtsprechung auf der Grundlage des für alle Verträge geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben – § 242 BGB entwickelt. Hervorzuhebende Beispiele sind die Urteile des Reichsgerichts aus dem Jahr 1922 wegen des hyperinflationbedingten Preisverfalls¹ und des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1978 vor dem Hintergrund explodierender Ölpreise im Jahr 1973.² Die Durchbrechung des Grundsatzes, dass Verträge einzuhalten sind – „pacta sunt servanda“ –, hat die Rechtsprechung aber nur ausnahmsweise unter ganz eng begrenzten Voraussetzungen zugelassen. Die Störung der Geschäftsgrundlage ist seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 in § 313 BGB gesetzlich geregelt. Die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien wurden in allgemeiner Form im Gesetz niedergelegt, ihre weitere Konkretisierung sollte aber der Rechtsprechung überlassen bleiben.³ Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie und dem Ukraine-Krieg erhielten wir verschiedene Anfragen unserer Mitglieder, ob ihre Vertragspartner Anspruch auf eine Anpassung bestehender Verträge wegen Preissteigerungen oder Bauzeitverlängerungen nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage haben.

Mit diesem Beitrag möchten wir zunächst die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB darlegen und dann auf Verträge mit Architekten- und Ingenieuren aus der Beratungspraxis unserer Abteilung 2 und Verträge mit Dienstleistern aus der Beratungspraxis unserer Abteilung 1 eingehen und unsere rechtlichen Einschätzungen darlegen.

Bereits in unserem Geschäftsbericht für das Jahr 2020 haben wir unter der Überschrift „Kommunale Wirtschaftsförderung in Corona-Zeiten“ u.a. Hinweise zum Umgang mit Schülerbeförderungsverträgen auf der Grundlage der Störung der Geschäftsgrundlage gegeben. Zu Fällen, bei denen die Baufirmen in Zusammenhang mit dem Ukraine-Krieg Forderungen stellen und zum Thema Stoffpreisgleitklausel siehe den Beitrag von Wernthaler im diesjährigen Geschäftsbericht.

2 Voraussetzungen des § 313 BGB

Nach § 313 Abs. 1 BGB gilt: *„Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags 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.“*

Ein Anpassungsanspruch hat demnach folgende Voraussetzungen, die von demjenigen, der eine Anpassung verlangt, darzulegen und im Streitfall zu beweisen sind:

- Nach Vertragsschluss erfolgt eine schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind.

¹ RG, Urteil vom 03.02.1922 – II 640/21

² BGH, Urteil vom 08.02.1978 – VIII ZR 221/76, BeckRS 1978, 31119358

³ vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 93

- Die Parteien hätten den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie bei Vertragsschluss die Veränderung der Umstände vorausgesehen und bedacht hätten.
- Das Festhalten am unveränderten Vertrag ist für einen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unzumutbar.

Nur wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Anpassung des Vertrags aus § 313 BGB. In welcher Form die Anpassung dann erfolgt, lässt § 313 BGB offen. Hierbei ist aber zu beachten, dass es nach Sinn und Zweck des § 313 BGB nur darum gehen kann, mit der Vertragsanpassung die Zumutbarkeit wiederherzustellen. Dagegen besteht kein Anspruch einer Partei, den Vertrag über § 313 BGB trotz gestiegener Kosten wieder „auskömmlich“ zu machen. Der Auftraggeber ist weder für die Corona-Pandemie noch für den Ukraine-Krieg und deren Auswirkungen verantwortlich und muss somit anders als bei einem Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung keinesfalls sämtliche Nachteile ausgleichen, die dem Vertragspartner dadurch entstehen. Fordert eine Partei die Anpassung des Vertrags nach § 313 BGB, sind nach BGH bei der gebotenen Abwägung der Umstände des Einzelfalls immer auch die Interessen der anderen Partei in den Blick zu nehmen.

2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrags wird nach ständiger Rechtsprechung durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftsgegner 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.⁴ Unterschieden werden die sog. große Geschäftsgrundlage, die zur Bewältigung der Folgen vollständiger Umwälzungen und Totalkatastrophen herangezogen wird und die sog. kleine Geschäftsgrundlage, in der es im Kern um die Fälle der Bewältigung der Unrichtigkeit gemeinsam dem Vertrag zugrunde gelegter Erwartungen geht.⁵

2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner

Für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. 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.⁶ Die vertragliche Regelung für das eingetretene Risiko kann entweder ausdrücklich, konkludent oder auf Grund ergänzender Auslegung bestehen.⁷

⁴ BGH, Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NJW 2022, 1370

⁵ Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Auflage (Stand: 01.02.2023), § 313 BGB Rn. 36

⁶ BGH, a.a.O., Rn. 49

⁷ Finkenauer in: Münchner Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, § 313 Rn. 61

2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag

Ein Anspruch auf Anpassung der Verträge wegen Störung der Geschäftsgrundlage kommt nur dann in Betracht, wenn dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Ob dem Auftragnehmer ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, bedarf einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.⁸

3 Verträge mit Architekten und Ingenieuren

Im Jahr 2022 wurden vermehrt Anfragen von Mitgliedern an uns herangetragen, wie mit Honorarmehrforderungen von Architekten und Ingenieuren wegen Bauzeitverlängerung umzugehen ist. Den Fällen lagen im Wesentlichen vergleichbare Sachverhalte zugrunde⁹, wobei Ursache der eingetretenen Bauzeitverlängerung u.a. die typischen Erschwernisse bei der Durchführung von Baumaßnahmen während der Corona-Pandemie und nach Ausbruch des Ukraine-Krieges waren¹⁰. Bei unserer Prüfung der Berechtigung der Honorarmehrforderungen standen mögliche Ansprüche auf Anpassung der Vergütung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB im Mittelpunkt.

Anders als für Bauverträge¹¹ (§ 650a BGB) existieren für Architekten- und Ingenieurverträge (§ 650p BGB) keine Bundes- und Landeserlasse oder sonstige staatliche Schreiben zu vertragsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie und dem Ukraine-Krieg, die den Kommunen zur Anwendung empfohlen wären und an denen sich die Kommunen orientieren könnten. Im Folgenden werden daher die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Beurteilung der Berechtigung von Honorarmehrforderungen wegen Bauzeitverlängerung dargestellt. Denn der sachgerechte Umgang mit derartigen Forderungen im Einzelfall setzt ein Verständnis für die grundsätzliche vertragliche Risikoverteilung bei Architekten- und Ingenieurverträgen und die für die Beurteilung der Berechtigung der Forderungen erforderlichen Angaben und Nachweise voraus.

3.1 Typische Fälle aus der Beratungspraxis

In den an uns herangetragenen Fällen bestand meist ein Architekten- bzw. Ingenieurvertrag, der auf der Grundlage eines kommunalen Vertragsmusters geschlossen wurde. Die Büros hatten nach den Verträgen jeweils auch Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung zu erbringen. Die zu erbringenden Leistungen wurden in der Regel durch Bezugnahme auf die Grundleistungen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jeweils gültigen Fassung und durch Zusätzliche Vertragsbestimmungen (ZVB) definiert. Soweit die Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung nicht zu den Grundleistungen des jeweiligen

⁸ BGH, Urteil vom 12.01.2022, a.a.O., Rn. 53

⁹ Siehe dazu Abschnitt 3.1

¹⁰ Vor allem gestörte Lieferketten, Ein- und Ausreisebeschränkungen, sanktionsbedingte Verknappung von Material etc.

¹¹ Siehe hierzu den Beitrag von Werthaler im Geschäftsbericht 2022

Leistungsbildes der HOAI gehörten¹², wurde die Erbringung der entsprechenden Leistungen als Besondere Leistung vereinbart.

Die Verträge sahen jeweils vor, dass sich das Honorar für die beauftragten Grundleistungen nach den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung ermittelt. Wenn die Erbringung von Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung als Besondere Leistung vereinbart wurde, wurde diese nach einer Pauschale vergütet, die ebenfalls aus den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung hergeleitet wurde. Ansprüche auf zusätzliches Honorar sahen die Verträge für Leistungsänderungen nach § 10 HOAI und für den Fall vor, dass der Auftraggeber über die vereinbarten Leistungen hinaus weitere Leistungen anordnete, die im Verhältnis zu den beauftragten Leistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand erfordern. Den Verträgen lag meist eine vorläufige Honorarermittlung als Anlage bei, in der das Honorar entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen auf der Grundlage anrechenbarer Kosten ermittelt wurde.

In den von uns beratenen Fällen enthielten die Architekten- und Ingenieurverträge im Hinblick auf Termine und Fristen (nur) die Regelung, dass der Planer seine Leistungen so zu erbringen hat, dass ein jeweils im Vertrag mit Datumsangabe benannter Baubeginn und Fertigstellungstermin eingehalten werden können. Im Verlauf der Baumaßnahmen kam es dann zu Verzögerungen, deren Ursachen in der Regel nicht der Sphäre einer der Vertragsparteien zugeordnet werden konnten. Der im Architekten- bzw. Ingenieurvertrag bestimmte Fertigstellungstermin wurde unstrittig überschritten. Über die Ursachen bestand häufig Streit oder Unklarheit. Die durch die Corona-Pandemie und/oder den Ausbruch des Ukraine-Krieges eingetretenen Erschwernisse bei der Durchführung von Bauvorhaben haben in den beratenen Fällen aber jedenfalls zu den Verzögerungen beigetragen.

Die Büros berechneten nun auf der Grundlage der eingetretenen Bauzeitverlängerung eine Honorarmehrforderung. Sie gingen dabei von einer Bauzeit aus, die sie angeblich ihrem Angebot zugrunde gelegt hatten und die sich entweder aus den vertraglichen Regelungen zu den Terminen und Fristen oder aus zu Beginn des Bauvorhabens erstellten Bauzeitenplänen ergab. Sie ermittelten dann die tatsächliche Bauzeitverlängerung und rechneten das für die „ursprüngliche“ Bauzeit angebotene Honorar für die Örtliche Bauüberwachung auf die Bauzeitverlängerung linear hoch. Teilweise machten die Büros für das so ermittelte Zusatzhonorar für die Bauzeitverlängerung noch Abschläge für bauzeitunabhängige Teilleistungen der Leistungsphase (LPH) 8¹³.

¹² z.B. beim Leistungsbild Ingenieurbauwerke und beim Leistungsbild Verkehrsanlagen

¹³ Zu den bauzeitabhängigen und bauzeitunabhängigen Teilleistungen siehe Abschnitt 3.2.3

Vereinfachtes Beispiel für die Berechnung der Honorarmehrforderung durch den Architekten bzw. Ingenieur aus der Beratungspraxis:

Die ursprüngliche Honorarforderung errechnete der Architekt/Ingenieur im Angebot wie folgt:

	Vom-Hundertsatz	anrechenbare Kosten	Honorar
Örtliche Bauüberwachung	4,80	1.250.000 €	60.000 €
Nebenkosten	5,00	60.000 €	3.000 €
Gesamt			63.000 €

Für die Berechnung seiner Honorarmehrforderung für die Bauzeitverlängerung errechnete der Architekt/Ingenieur zunächst basierend auf der tatsächlichen Bauzeitverlängerung eine „Leistungssteigerung“ von 87,4 %:

Geplante Bauzeit	Tatsächliche Bauzeit	Bauzeitverlängerung	„Leistungssteigerung“
87 Werktage	163 Werktage	76 Tage	$76/87 = 87,4 \%$

In einem zweiten Schritt errechnete der Architekt/Ingenieur daraus seine Honorarmehrforderung für die Bauzeitverlängerung linear wie folgt:

$$60.000 \text{ €} \times 87,4 \% = 52.440 \text{ € Mehrforderung}$$

Die Architekten bzw. Ingenieure beriefen sich zur Begründung dieser und ähnlicher linearer Berechnungen häufig auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Dresden aus dem Jahr 2018.¹⁴ Sie behaupteten dabei, der Bundesgerichtshof habe die dort vom Oberlandesgericht Dresden gewählte Berechnungsmethode zur Ermittlung von Honorarmehrforderungen von Architekten/Ingenieuren bei Bauzeitverlängerungen mit seinem Beschluss vom 29.07.2020 (VII ZR 201/18) „abgesegnet“.¹⁵ Dass dies nicht der Fall ist, zeigen wir unten.

3.2 Anspruch aus § 313 BGB

§ 313 Abs. 1 BGB lautet:

„Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags

¹⁴ OLG Dresden, Urteil vom 06.09.2018 – 10 U 101/18

¹⁵ Zum Beschluss des BGH siehe Abschnitt 3.3

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.“

3.2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind

Anders als bei Bauverträgen liegt es bei Architekten- und Ingenieurverträgen nicht nahe, dass die Auswirkungen der Corona-Pandemie oder des Ukraine-Krieges grundsätzlich geeignet sind, die Geschäftsgrundlage des Vertrags im Sinne von § 313 BGB zu stören. Bauverträge werden in der Annahme geschlossen, dass sich die zum Bau erforderlichen Materialien grundsätzlich beschaffen lassen und deren Preise nur den allgemeinen Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens unterliegen. Architekten- und Ingenieurverträge sind dagegen von Lieferschwierigkeiten und Preissteigerungen bei Materialien nur mittelbar betroffen, denn der Architekt/Ingenieur hat diese nicht selbst zu beschaffen.

In den an uns herangetragenen Fällen enthielten die Verträge keine Regelungen zur Honoraranpassung für den Fall einer Überschreitung der festgelegten Bauzeit. Vereinbart war vielmehr nur, dass der Architekt/Ingenieur seine Leistungen so zu erbringen hat, dass ein jeweils im Vertrag mit Datumsangabe benannter Baubeginn und Fertigstellungstermin eingehalten werden können. Es ist in dieser Konstellation bereits zweifelhaft, ob die Bauzeit eine Geschäftsgrundlage des Architekten- bzw. Ingenieurvertrags darstellt. Das Honorar bemisst sich bei den in der Praxis nach wie vor in aller Regel vorkommenden HOAI-Verträgen vor allem nach den Baukosten, nicht aber nach dem tatsächlichen Stundenaufwand des Architekten oder Ingenieurs. Verlängert sich die vereinbarte Bauzeit, beeinflusst das somit die Höhe des Honorars nicht. Kalkuliert der Architekt/Ingenieur einen bestimmten Personaleinsatz, ohne dass dieser im Vertrag berücksichtigt wird, mag es für ihn Geschäftsgrundlage sein, dass dieser Aufwand nicht überschritten wird. § 313 BGB greift aber nur, wenn sich Umstände schwerwiegend ändern, die von beiden Vertragsparteien als Geschäftsgrundlage angesehen wurden. Der Bauherr, der eine Vergütung nach der HOAI-Systematik angeboten haben möchte, will aber gerade keine aufwandsbezogene Vergütung vereinbaren. Ohne besondere Vereinbarung zu einer aufwandsbezogenen Vergütung, etwa durch Aufnahme einer Klausel, wonach die Vergütung bei Überschreitung der Bauzeit unter bestimmten Umständen und in bestimmter Weise anzupassen ist, dürfte die Vereinbarung einer Bauzeit für sich genommen keine Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB darstellen und somit ein Anspruch auf Mehrvergütung aus § 313 BGB bereits deshalb nicht bestehen.

In den von uns beratenen Fällen konnten wir die Frage, ob eine bestimmte Bauzeit zur Geschäftsgrundlage wurde, letztlich offenlassen, da Vertragsanpassungsansprüche an den weiteren Voraussetzungen des § 313 BGB, insbesondere dem Nachweis des Architekten/Ingenieurs, dass ihm das Festhalten an der vereinbarten Vergütung unzumutbar sei (näher siehe unten), scheiterten.

3.2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner

Nach § 650p Abs. 1 BGB wird der Unternehmer durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs-

und Überwachungsziele zu erreichen. In dieser Formulierung kommt der Charakter des Architekten- und Ingenieurvertrags als dem Werkvertrag ähnlicher Vertrag zum Ausdruck, denn der Unternehmer schuldet grundsätzlich alle Leistungen, die zur Erreichung der vereinbarten Überwachungsziele erforderlich sind. Da sich bei einer reinen Bauzeitverlängerung (ohne Änderung des Projekts und dessen Planung) weder das Planungs- noch das Überwachungsziel ändert, hat der Architekt/Ingenieur nach der gesetzlichen Grundkonzeption grundsätzlich alle zur Erreichung des Überwachungsziels erforderlichen (Überwachungs-)Leistungen unabhängig vom dafür erforderlichen Aufwand zur vereinbarten Vergütung zu erbringen.

Bei der immer noch meistens vereinbarten Honorarermittlungsmethode nach der HOAI wird das Honorar denn in aller Regel auch nicht aufwandsbezogen (z.B. Vergütung nach Stundenaufwand) ermittelt. Das Honorar für die beauftragten Grundleistungen wird vielmehr nach dem vereinbarten Vomhundertsatz, der Honorartafel und den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung ermittelt. Auch bei der Vereinbarung von Pauschalen orientierten sich die Vertragsparteien bei den von uns beratenen Fällen an dieser Methodik. Diese Berechnungsmethode entkoppelt die Honorarermittlung vom erforderlichen Aufwand des Architekten oder Ingenieurs, da Grundlage der Honorarermittlung nicht der tatsächliche Aufwand zur Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolges ist, sondern die anrechenbaren Kosten. Da die anrechenbaren Kosten grundsätzlich auf der Grundlage der Kostenberechnung zu ermitteln sind und die Kostenberechnung wiederum die Ermittlung der Kosten auf der Grundlage der Entwurfsplanung darstellt, ist das Honorar grundsätzlich auch vom weiteren Verlauf des Bauvorhabens entkoppelt. Honoraranpassungsansprüche sahen die Verträge auch nur für den Fall vor, dass der Auftraggeber über die vereinbarten Leistungen hinaus weitere Leistungen anordnete, die im Verhältnis zu den beauftragten Leistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand erfordern.

Soweit sich die Planungs- und Überwachungsziele nicht änderten, hatten die Büros in den von uns beratenen Fällen daher grundsätzlich das Kalkulationsrisiko im Hinblick auf den zur Zielerreichung erforderlichen Aufwand übernommen. Mangels Bestehens einer Honoraranpassungsregelung für den Fall verlängerter Bauzeit lag auch das Risiko einer Verlängerung der Bauzeit und eines dadurch entstehenden höheren Aufwandes beim Architekten/Ingenieur (vgl. auch KG, Urteil vom 31.03.2009 – 21 U 165/06: *„Auch eine wesentliche Änderung der Verhältnisse – die hier in Bezug auf die erwartete Bauzeit in Betracht kommt – begründet ... kein Recht auf Anpassung des Vertrages, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat.“*). Die Nichtaufnahme einer Regelung zur Honoraranpassung bei Bauzeitverlängerung in den Vertrag wertete das KG wie folgt: *„Dies kann nur dahin verstanden werden, dass es bei der nach der Systematik der HOAI grundsätzlich nicht zeitbezogenen Vergütung der Leistung der Klägerin verbleiben sollte, die Klägerin also das Risiko einer Verlängerung der Bauzeit in Bezug auf ihre Honorarkalkulation übernahm.“*

3.2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag

Die Frage, ob den Unternehmen ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, bedarf einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. In den von uns beratenen Fällen hatten die anspruchstellenden Büros jeweils keinen konkreten, bei ihnen infolge der Bauzeitverlängerung eingetretenen Mehraufwand dargelegt. Meist wurde die angebliche Unzumutbarkeit mit der Dauer der Bauzeitverlängerung begründet. Wie im oben dargestellten Beispielfall wurde von der Dauer der Bauzeitverlängerung pauschal und ohne nähere Darlegung auf eine entsprechende „Leistungssteigerung“ bzw. einen (gesondert zu vergütenden) Mehraufwand geschlossen.

Aus der Dauer einer Bauzeitverlängerung kann aber nicht ohne Weiteres auf das Maß des beim Architekten/Ingenieur entstandenen Mehraufwandes geschlossen werden. Das hat auch der Bundesgerichtshof klargestellt, der sich wiederholt damit befasst hat, wie sich der Mehraufwand eines Architekten/Ingenieurs bei einer Bauzeitverlängerung berechnet. Anknüpfungspunkt waren meist vertragliche Regelungen in den Architekten- bzw. Ingenieurverträgen, nach denen die Büros bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bei einer Überschreitung der vertraglich vorgesehenen Zeitdauer der Objektüberwachung für den konkret nachzuweisenden Mehraufwand eine Anpassung der Vergütung verlangen können.¹⁶

Der Bundesgerichtshof hat dazu im Urteil vom 30.09.2004 (VII ZR 456/01) klargestellt, dass allein ein unvorhergesehener Bauablauf nicht die Annahme rechtfertigt, die im Zusammenhang damit erbrachten Leistungen seien nicht geschuldet gewesen. Soweit das klagende Büro im entschiedenen Fall eine zusätzliche Vergütung für anfallende Arbeiten im Zusammenhang mit dem Konkurs des Generalübernehmers und im Zusammenhang mit dem vom Bauaufsichtsamt verfügten Baustopp, die beide die Bauzeitverzögerung mitverursacht hatten, geltend gemacht hatte, hat der Bundesgerichtshof eine zusätzliche Vergütung abgelehnt, weil es sich um Grundleistungen der LPH 8 handle, die bereits Gegenstand des ursprünglichen Auftrags waren. Solcher Aufwand des Architekten/Ingenieurs kann daher auch bei der Beurteilung, ob dem Architekten/Ingenieur ein Festhalten an der vereinbarten Vergütung unzumutbar geworden ist, keine Berücksichtigung finden, da sich das bei Vertragsschluss bestehende Äquivalenzverhältnis des Vertrags nicht nachträglich verändert hat.

Im Urteil vom 10.05.2007 (VII ZR 288/05) hat der Bundesgerichtshof dem klagenden Büro bei einer Bauzeitverlängerung im Ergebnis einen Mehrvergütungsanspruch auf der Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung zuerkannt und den Begriff des Mehraufwandes weiter präzisiert. Danach ist erforderlich, dass der Auftragnehmer darlegt, welche Aufwendungen er für die geschuldete Leistung hatte (im zugrundeliegenden Fall die Vergütung und Löhne für zwei Bauleiter während der Bauzeitverlängerung) und ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte. Eine bei der Ermittlung der Mehraufwendungen zu berücksichtigende Ersparnis bei der Bauleitung ist nach dem Urteil beispielsweise denkbar, wenn ein Baustillstand eingetreten ist und der Auftragnehmer die Bauleitung von der Baustelle abziehen und anderweitig einsetzen konnte. Soweit sich also ohnehin erforderlicher Aufwand des Büros nur in den Zeitraum der Bauzeitverlängerung verschiebt, liegt kein klassischer Mehraufwand, sondern eine verschobene Ausführung der Leistung vor. Der beim Büro durch die Bauzeitverlängerung entstandene Mehraufwand kann also nicht dergestalt berechnet werden, dass der während der Bauzeitverlängerung entstandene Aufwand ermittelt wird. Denn wenn es sich nur um verschobenen Aufwand handelt, kann er bei der Beurteilung, ob dem Büro ein Festhalten an der vereinbarten Vergütung unzumutbar geworden ist, keine Berücksichtigung finden.

Nach den dargestellten Kriterien des Bundesgerichtshofes kann sich ein bei der Prüfung der Unzumutbarkeit des Festhaltens an der vertraglichen Vergütung zu berücksichtigender Mehraufwand daher bei einer reinen Bauzeitverlängerung (ohne Änderung der Planung) grundsätzlich nur bei den sog. bauzeitabhängigen Grundleistungen der HOAI ergeben. Dies sind vor allem die beim Leistungsbild Gebäude und Innenräume beschriebenen Grundleistungen in den Buchstaben a) („Überwachen der Ausführung des Objektes ...“), b) („Überwachen der Ausführung von Tragwerken ...“), c) („Koordinieren der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten“),

¹⁶ Siehe z.B. § 10.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen des Bundes in den Richtlinien für die Durchführung der Bauaufgaben des Bundes (RBBau) und § 10.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen des Freistaates Bayern im Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Freiberuflichen Dienstleistungen durch die Staatsbau- und die Wasserwirtschaftsverwaltung des Freistaates Bayern (VHF Bayern)

d) („Aufstellen, Fortschreiben und Überwachen eines Terminplans“), e) („Dokumentation des Bauablaufs“) und i) („Kostenkontrolle durch Überprüfen der Leistungsabrechnung der bauausführenden Unternehmen ...“) der Anlage 10.1 zur HOAI und die entsprechenden Grundleistungen der anderen Leistungsbilder. In Zeiten von Baustillstand fällt in der Regel aber auch bei den bauzeitabhängigen Grundleistungen nur dann Mehraufwand des Büros an, wenn es das Personal nicht anderweitig einsetzen kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Personal in Planungsbüros regelmäßig mehrere Aufträge (ggf. in verschiedenen Leistungsphasen) parallel bearbeitet und daher regelmäßig auch kurzfristig auf andere ebenfalls produktive Arbeiten ausweichen kann.

Zur Beurteilung, ob dem Büro das Festhalten an der vertraglich vereinbarten Vergütung zumutbar ist, ist ein plausibel dargelegter Mehraufwand infolge der Bauzeitverlängerung ins Verhältnis zur Gesamtvergütung zu setzen. Bei der Bemessung der Gesamtvergütung sind dabei auch Nachträge zum Vertrag zu berücksichtigen. Bei welchem Verhältnis von bauzeitverlängerungsbedingtem Mehraufwand zur Gesamtvergütung dem Büro ein Festhalten an der ursprünglichen Vereinbarung nicht mehr zumutbar ist, kann nicht pauschal nach bestimmten Wertgrenzen, sondern nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Anhaltspunkte können sich dabei auch für Architekten- und Ingenieurverträge aus der Rechtsprechung zum ebenfalls auf eine gestörte Geschäftsgrundlage abstellenden und daher vergleichbaren § 2 Abs. 7 VOB/B (Änderungen im Pauschalvertrag) ergeben.¹⁷ In einzelnen Entscheidungen wurden dabei Werte zwischen 10 % und 29 % Mengen- bzw. Preissteigerung (gesamtvertragsbezogen) angenommen, bei denen von einer Unzumutbarkeit auszugehen war. Soweit das Bauvorhaben noch nicht abgeschlossen und daher der beim Büro entstehende Mehraufwand und auch die Gesamtvergütung noch nicht feststehen, kann das Vorliegen der Voraussetzungen von § 313 BGB somit ohnehin nicht vom Büro dargelegt werden.

3.3 Vertragsanpassung bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 313 BGB

Ist die Schwelle der Unzumutbarkeit offenkundig überschritten (was bei einem Vollauftrag über die LPH 1 bis 8 bzw. gar 9 eher selten der Fall sein dürfte), wird mit der Vertragsanpassung nach § 313 BGB lediglich die Zumutbarkeit wiederhergestellt. So besteht im Falle der Anpassung der Vergütung kein Anspruch der Architekten/Ingenieure darauf, dass mit der Vergütungsanpassung sämtliche Nachteile (auch selbst verschuldete, z.B. Kalkulationsfehler) ausgeglichen oder der Vertrag in die Gewinnzone gebracht wird. Die Vertragsanpassung nach § 313 BGB führt auch nicht dazu, dass die Kommune dem Architekten/Ingenieur alle durch die Bauzeitverlängerung verursachten Mehraufwendungen zu vergüten hat. Denn nach § 313 BGB ist auch die „vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung“ zu berücksichtigen. Da, wie oben dargestellt, die Architekten/Ingenieure in den von uns beratenen Fällen grundsätzlich das Kalkulationsrisiko im Hinblick auf den zur Zielerreichung erforderlichen Aufwand übernommen hatten und die Ursachen der Bauzeitverlängerung in der Regel nicht der Sphäre einer der Vertragsparteien zugeordnet werden konnten, kommt im Rahmen von § 313 BGB regelmäßig allenfalls eine hälftige Übernahme der nachgewiesenen Mehraufwendungen in Betracht.

Soweit die Büros die Honorarmehrforderung wie im oben dargestellten Beispielfall berechneten und sich dabei auf das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden und darauf beriefen, dass der

¹⁷ Siehe dazu das auch den Kommunen zur Anwendung empfohlene Schreiben des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) vom 25.03.2022 (BW17-70437/9#4) zu Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Krieges.

Bundesgerichtshof diese Berechnungsmethode mit Beschluss vom 29.07.2020 (VII ZR 201/18) „abgesegnet“ habe, weisen wir auf Folgendes hin:

Im Fall des Oberlandesgerichts Dresden war der Ingenieur im Wesentlichen mit der Besonderen Leistung der Örtlichen Bauüberwachung der Arbeiten zur Sicherung und Rekultivierung einer Deponie zu einem Pauschalpreis von 30.000 € netto beauftragt worden. Nach Vertragsschluss stellte sich heraus, dass die Deponie erheblich mit Kampfmitteln belastet war. Dadurch wurde eine geänderte Bauausführung erforderlich, die zu höheren Baukosten und dazu führte, dass der ursprüngliche Bauzeitenplan nicht eingehalten werden konnte. Das Oberlandesgericht Dresden hat in seinem Urteil einen Anspruch auf Anpassung des Ingenieurvertrags aus § 313 Abs. 1 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage bejaht, da die erforderlich gewordene Umstellung des Sanierungskonzepts, die zu einer Verlängerung der Baumaßnahme von rd. einem Jahr führte, eine Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen der Ingenieurleistung und der geschuldeten (vertraglichen) Pauschalvergütung verursacht habe. Es liege auf der Hand, dass sich die im Ingenieurvertrag aufgelisteten Leistungen des Ingenieurs infolge der Veränderungen der Bauausführung nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich erheblich geändert und erweitert hätten. Im Hinblick auf die Höhe der Mehrvergütung vertrat das Oberlandesgericht Dresden in dem Urteil die Auffassung, dass der Ingenieur einen konkreten Mehraufwand nicht darlegen müsse. Dem widerspreche bereits der Umstand, dass das Honorar des Ingenieurs grundsätzlich aufwandsneutral gewährt werde. Das Oberlandesgericht schätzte die dem Ingenieur zustehende Vergütung nach § 287 ZPO auf 34.118,76 € netto, wobei es die für die ursprüngliche Pauschalvergütung mit 9 Monaten geplante Leistungszeit auf die 12-monatige Verlängerungszeit linear hochrechnete und von dem so errechneten Betrag einen nicht näher begründeten „Synergie-Abschlag“ von rd. 10 % vornahm.

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 29.07.2020 (VII ZR 201/18) die vom Auftraggeber eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen. Aus der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Bundesgerichtshof die Aussagen des Oberlandesgerichts Dresden im Urteil vom 06.09.2018 und die in diesem Fall vom Oberlandesgericht Dresden angewandte Methode zur Ermittlung der Vergütung des Ingenieurs wegen Bauzeitverlängerung inhaltlich anerkannt hat. Zur Aussagekraft von Nichtzulassungsbeschlüssen des Bundesgerichtshofes hat der ehemalige Vorsitzende des Bausenates des Bundesgerichtshofes Kniffka (in BauR 2022, S. 395) treffend ausgeführt: *„Die Mitglieder des Bundesgerichtshofs werden nicht müde zu betonen, dass mit der Nichtzulassung der Revision keine Bestätigung des Urteils verbunden ist. Vielmehr ist ein Zulassungsgrund nicht dargetan. Gleichwohl erwecken die Veröffentlichungen in der Öffentlichkeit den Eindruck, das Urteil des Oberlandesgerichts sei vom Bundesgerichtshof abgesegnet. Das ist niemals der Fall.“*

Die Revision ist gemäß § 542 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO) zuzulassen, wenn die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Beides hat der Bundesgerichtshof im vorliegenden Fall verneint, was angesichts der besonders gelagerten Umstände des Falles (auf die das Oberlandesgericht Dresden auch besonders hingewiesen hat) nicht überrascht. Mit der Frage, ob der besonders gelagerte Einzelfall vom Oberlandesgericht Dresden inhaltlich richtig entschieden wurde, durfte sich der Bundesgerichtshof mangels Vorliegen eines Zulassungsgrundes gar nicht befassen. Seiner Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde des Auftraggebers kann somit keine Billigung der vom Oberlandesgericht Dresden verwendeten Methode entnommen werden.

Der vom Oberlandesgericht Dresden entschiedene Fall ist zudem besonders gelagert, da der Ingenieur praktisch nur mit der Bauüberwachung beauftragt war. Eine Verlängerung der Bauzeit kann sich hierbei somit auf nahezu alle Leistungen auswirken. Bei einer Beauftragung mit Planung und Objektüberwachung (Vollauftrag mit LPH 1 bis 8) gibt es erhebliche Leistungsanteile, die von einer Bauzeitverlängerung nicht betroffen sind; regelmäßig sollten z.B. alle Planungsleistungen erbracht sein, bevor die Bauzeit beginnt. Auf Vollaufträge ist die Entscheidung somit nicht übertragbar. Anders als in den von uns beratenen Fällen hatten sich zudem die im Ingenieurvertrag aufgelisteten Leistungen des Ingenieurs infolge der Veränderungen der Bauausführung nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich erheblich geändert und erweitert. Das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden überzeugt im Übrigen aber auch im Hinblick auf die gewählte Methode zur Ermittlung der Honoraranpassung im Rahmen von § 313 BGB nicht. Dies gilt vor allem für die vom Oberlandesgericht hierzu angeführte Begründung, wonach ein konkreter Mehraufwand des Ingenieurs nicht darzulegen sei, da das Honorar grundsätzlich aufwandsneutral gewährt werde. Wenn der Architekt/Ingenieur wegen Störung der Geschäftsgrundlage einen Mehrvergütungsanspruch geltend macht, kann Maßstab für die Frage, ob das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist und wie hoch die Mehrvergütung zur Wiederherstellung der Zumutbarkeit sein muss, nur der konkret angefallene Mehraufwand sein. Gibt es keinen (vom Architekten/Ingenieur darzulegenden) Mehraufwand (und damit keine Mehrkosten), kann ihm das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht unzumutbar sein. Ein Anspruch aus § 313 BGB scheidet dann aus. Wie oben bereits dargelegt, kann aus der Dauer einer (ggf. unstrittigen) Bauzeitverlängerung nicht automatisch auf einen beim Architekten/Ingenieur entstandenen Mehraufwand geschlossen werden, weshalb die lineare Fortschreibung des vereinbarten Honorars ohne Darlegung eines linear erhöhten Mehraufwandes nicht begründbar ist. Zwar hat das Oberlandesgericht noch einen „Synergie-Abschlag“ vorgenommen, aber unberücksichtigt bleibt auch dann noch, dass § 313 BGB selbst bei Vorliegen einer Unzumutbarkeit nicht zu einem vollen „Schadenersatz“, sondern nur zu einer Anpassung des Vertrags auf eine für beide Vertragsparteien zumutbare Schwelle führt. In der Regel dürfte über § 313 BGB deshalb nur die Hälfte der nachgewiesenen Mehrkosten zuzusprechen sein (siehe bereits oben).

4 Verträge mit sonstigen Dienstleistern

In unserer Abteilung 1 – Allgemeine Prüfung und Organisation – erhielten wir Anfragen zu Dienstleistungsverträgen, die unsere Mitglieder mit Unternehmen etwa zur Restmüllbeseitigung, zur Klärschlamm Entsorgung oder zur Übernahme der technischen Betriebsführung für eine kommunale Einrichtung geschlossen hatten. Die Verträge hatten alle eine fest vereinbarte Laufzeit, zum Teil mit (mehrmaligen) Optionsrechten der Kommune auf Vertragsverlängerung. Bei allen Verträgen waren die Entgelte für eine bestimmte Laufzeit zunächst fest vereinbart und für die weitere Laufzeit an Preisanpassungsklauseln mit detaillierten Vereinbarungen zu Kostenelementen und ihrer prozentualen Gewichtung, zur Höhe und zum Zeitpunkt der Anpassung der Entgelte bis zum Ende der Vertragslaufzeit gekoppelt.

4.1 Typische Fälle aus der Beratungspraxis

Die Auftragnehmer beriefen sich auf außergewöhnliche Preissteigerungen bei Personal-, Energie- (z.B. Dieselkraftstoff, Strom, Gas) und Materialkosten (z.B. chemische Stoffe, Anlagentechnik) in Folge der Corona-Pandemie und des Ukraine-Krieges. Sie begründeten die Preissteigerungen insbesondere mit vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten aktuellen Indizes. Zum

Teil wurden die Kostensteigerungen aber auch nur pauschal geltend gemacht, z.B. wurde ein Zuschlag auf bestimmte Kostenelemente aufgrund der aktuellen Marktsituation erhoben, der dann erst auf Nachfrage weiter konkretisiert wurde, oder von einem automatischen Preisanpassungsanspruch um 50 % ausgegangen. Alle Unternehmen forderten, die zu einem späteren Zeitpunkt vertraglich fällig werdende Preiserhöhung bereits zu einem früheren Zeitpunkt vorzunehmen und beriefen sich dabei im Wesentlichen auf einen Anpassungsanspruch wegen der Störung der Geschäftsgrundlage.

4.2 Anspruch aus § 313 BGB

4.2.1 Nachträgliche schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind

Die gewöhnliche Entwicklung der dem Entgelt zugrundeliegenden Kostenelemente waren unserer Auffassung nach Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind. Wir haben zugunsten der Unternehmen die Corona-Pandemie und den Ukraine-Krieg auch als mögliche Ursachen für die schwerwiegende Veränderung dieser Umstände grundsätzlich bejaht und sind davon ausgegangen, dass die Parteien den Vertrag mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die Veränderung der Umstände vorausgesehen und bedacht hätten. Die Ausführungen der Unternehmen haben wir anhand von Internetrecherchen, insbesondere der Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts zu Preisen und Preisindizes nachvollzogen. In diesem Zusammenhang war auch Gegenstand unserer Prüfung, ob die dargelegten außergewöhnlichen Preisentwicklungen im Einzelfall tatsächlich erst nach Vertragsschluss entstanden sind und ob die von den Unternehmen geltend gemachten Kostensteigerungen von Produkten bereits Gegenstand einer vereinbarten Preisanpassungsklausel geworden waren.

4.2.2 Bestimmung der Risikobereiche der Vertragspartner

In den vorgelegten Verträgen waren die vertraglich übernommenen Risikobereiche der Vertragspartner im Einzelfall zu bestimmen, abzugrenzen und auszulegen. Dabei ist die Vereinbarung eines Festpreises grundsätzlich als Risikoübernahme anzusehen.¹⁸ Außerdem ist für eine Störung der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum, wenn die Vertragsparteien ein Risiko erkannt und es vertraglich mit einer speziellen Anpassungsklausel geregelt haben.¹⁹

Daher waren wir der Auffassung, dass Pauschalvergütungen für einen festgelegten Zeitraum einer Kommune Planungssicherheit und Schutz vor unterjährigen Preissteigerungen bieten sollen und der Risikoausgleich für die Unternehmen über die jährlichen Preisanpassungen mit den vereinbarten Preisanpassungsklauseln erfolgt. Das unternehmerische Risiko von Entsorgungsunternehmen, dass Schwankungen von z.B. Dieselmotorkraftstoff vor der nächsten vertraglich vereinbarten Anpassungsmöglichkeit zeitweise auch stärker zu Lasten des Unternehmers ausfallen und sich die Gewinnerwartung des Unternehmens deswegen nicht erfüllt, hatte unserer Auffassung nach der Unternehmer zu tragen. Kraftstoffpreisschwankungen fallen unserer Auffassung nach in den typischen Risikobereich der Logistikbranche. Ebenso haben wir das unternehmerische Risiko für

¹⁸ BGH, Urteil vom 08.02.1978 – VIII ZR 221/76, a.a.O., Rn. 14

¹⁹ Finkenauer in: Münchner Kommentar zum BGB, a.a.O., Rn. 62

die technische Betriebsführung für eine kommunale Einrichtung für Preissteigerungen bei Energie-, Material- und Personalkosten vor der nächsten vertraglich vereinbarten Anpassungsmöglichkeit beurteilt.

Wir haben in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass in einer im Internet²⁰ abrufbaren Präsentation des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18.07.2022 zu Stoffpreisgleitung ausgeführt ist, dass das Risiko von Preisschwankungen grundsätzlich der Auftragnehmer trägt. Preisanpassungen in bestehenden Verträgen seien grundsätzlich restriktiv zu handhaben. Einschlägige Rechtsinstrumente (wie § 313 BGB) würden hohe Voraussetzungen aufstellen.

4.2.3 Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag

Für eine Preisanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage bestehen hohe Hürden. Wie oben dargelegt, bedarf die Frage, ob den Unternehmen ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

Gründe, die in die Abwägung der Unzumutbarkeit am Festhalten des Vertrags einfließen konnten, waren in den uns vorliegenden Anfragen unserer Auffassung nach nicht nachvollziehbar dargelegt und nachgewiesen. In diesem Zusammenhang haben wir die Bezugnahme eines Unternehmens auf Kostensteigerungen aus einer Zeit vor Vertragsschluss als nicht sachgerecht angesehen. Auch vorgebrachte Kostensteigerungen, die unabhängig von der Corona-Pandemie und des Ukraine-Krieges entstanden waren, konnten unserer Auffassung nach nicht beachtlich sein. Soweit Kostensteigerungen von Produkten angeführt wurden, die nicht Gegenstand der vereinbarten Preisanpassungsklausel waren, berief sich der Vertragspartner unserer Auffassung nach inzident darauf, dass die vereinbarte Preisanpassungsklausel unzureichend sei. Dies wäre zwar ebenfalls überprüfbar gewesen.²¹ Der Vertragspartner hätte aber zusätzlich darzulegen und nachzuweisen gehabt, dass die vereinbarte Preisanpassungsklausel auch inhaltlich unzureichend war.

Abschließend haben wir angemerkt, dass das Vorliegen einer gestörten Geschäftsgrundlage nicht bedeuten würde, dass der Auftraggeber sämtliche die Kalkulation übersteigenden Kosten zu tragen hätte. Die Höhe der Vertragsanpassung wäre im Einzelfall festzusetzen gewesen, wobei die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit erneut zu berücksichtigen wären. Eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten durch den Auftraggeber wäre jedenfalls regelmäßig unangemessen gewesen.²²

²⁰ unter www.vergabeinfo.bayern.de

²¹ Finkenauer in: Münchner Kommentar zum BGB, a.a.O., Rn. 62

²² vgl. IMS vom 08.07.2022 – B3-1512-30-139-46, Kommunale Auftragsvergaben; Lieferengpässe und Preissteigerungen in der öffentlichen Auftragsvergabe als Folge des Ukraine-Krieges, verlängert durch IMS vom 20.12.2022 – B3-1512-30-139-65, Kommunale Auftragsvergaben; Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Krieges, unter Hinweis auf das Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vom 24.06.2022 zu Stoffpreisklauseln, Nr. 4.1

4.3 Außerordentliche Kündigung des Vertrags

Bei den vorgelegten Verträgen hatten die Unternehmen für den Fall, dass die Preisanpassungen nicht gewährt würden, meist außerordentliche Kündigungen angekündigt.

In § 314 Abs. 1 BGB ist geregelt: „*Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.*“

Für die Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes im Rahmen des § 314 BGB und insbesondere für Abgrenzungsfragen kann auf die Dogmatik zu § 313 BGB zurückgegriffen werden.²³ Eine außerordentliche Kündigung war daher unserer Auffassung nach nicht begründbar, wenn – wie in allen uns vorgelegten Fällen – ein Anspruch auf Anpassung des Vertrags wegen der Störung der Geschäftsgrundlage zu verneinen war.

4.4 Vergaberechtliche Aspekte

Gegenstand der Anfragen war zum Teil auch, ob im Falle einer Vertragsanpassung ein neues Vergabeverfahren durchzuführen wäre.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit sind bei europaweiten Vergaben nur unter Beachtung des § 132 GWB²⁴ möglich. Wir haben darauf hingewiesen, dass ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens eine Änderung jedenfalls dann zulässig wäre, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht übersteigt und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt (vgl. § 132 Abs. 3 GWB).

Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern dagegen grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren (vgl. § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB). Eine Änderung ist u.a. dann wesentlich, wenn mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war (vgl. § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB).

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz,²⁵ hat hierzu ausgeführt, dass § 313 BGB gerade dazu diene, das ursprüngliche wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags wiederherzustellen. Es werde nicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben. Insoweit könne im Umkehrschluss oftmals bereits nicht von einer wesentlichen Auftragsänderung auszugehen sein. Eine wesentliche Änderung sei nach § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB jedoch zu bejahen, wenn sie beispielsweise die Zulassung anderer Bieter ermöglicht oder das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt hätte. Eine wesentliche Auftragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens

²³ LG Offenburg, Beschluss vom 26.09.2022 – 5 O 19/22 –, BeckRS 2022, 33307

²⁴ Für Aufträge mit einem Auftragswert unter dem EU-Schwellenwert ist in der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31.07.2018 (AllMBl S. 547), die zuletzt durch Bekanntmachung vom 06.09.2022 (BayMBl Nr. 523) geändert worden ist, auf § 132 GWB verwiesen.

²⁵ vgl. IMS vom 08.07.2022, a.a.O., Nr. 4.2

ist auch – unter weiteren Voraussetzungen – zulässig, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (vgl. § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz führt dazu aus,²⁶ dass die Kriegereignisse in der Ukraine und ihre Folgen für den Auftraggeber in gleicher Weise unvorhersehbar waren wie für den Auftragnehmer.

5 Schlussbemerkung – Empfehlung

Die Störung der Geschäftsgrundlage mit ihrer Auffangfunktion zur Bewältigung von Sachverhalten, die durch die scharf konturierten Tatbestände des Irrtums- und Leistungsstörungsrechts nicht erfasst werden,²⁷ hat in Zeiten der Corona-Pandemie und des Ukraine-Krieges neue Aktualität erlangt. Der Wunsch von Auftragnehmern auf (vorzeitige) Vertragsanpassungen wegen unerwarteter Kostensteigerungen ist zwar verständlich. Kommunen sollten aber besonders darauf achten, dass dies nur unter eng begrenzten Voraussetzungen möglich ist und die Vertragspartner insbesondere die Gründe für die Unzumutbarkeit am Festhalten eines Vertrags detailliert und nachvollziehbar darlegen und nachweisen müssen.

²⁶ vgl. IMS vom 08.07.2022, a.a.O., Nr. 4.2

²⁷ vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, a.a.O., Rn. 36