

# Neue Rechtslage für die Pfennigklausel?

Verfasser: Dr.-Ing. Dietmar **Augustin**

<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>Seite</b>
<b>1. Einführung</b>	105
<b>2. Angemessenheit des Änderungssatzes</b>	105
<b>3. Rechtslage aufgrund der Gesetzesänderung durch das Euro-Einführungsgesetz</b>	106
3.1 Rechtslage bis 31.12.1998	106
3.2 Rechtslage ab 01.01.1999	107
3.2.1 Euro-Einführungsgesetz	107
3.2.2 Preisklauselverordnung (PrKV)	108
3.3 Ergebnis	109

## 1. Einführung

Mit Art. 9, § 1 des Gesetzes zur Einführung des Euro vom 09.06.1998 - Euro-Einführungsgesetz - (BGBl I 1998 S. 1242 ff.) wurde § 3 des Währungsgesetzes vom 20.06.1948 aufgehoben. Es stellt sich die Frage, wie sich die neue Rechtslage auf Gleitklauseln auswirkt.

Für Baumaßnahmen, bei denen wegen der Länge der Bauzeit eine wesentliche Änderung der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten ist, können zur Sicherung einer auskömmlichen Vergütung und eines sachgerechten Wettbewerbs Gleitklauseln zur Anpassung an steigende Personal- und Materialkosten vereinbart werden. Dabei werden die Lohn- und Gehaltsmehrkosten für übliche Maßnahmen gemäß den Vergabehandbüchern des Bundes und der Länder nach der sog. „Pfennigklausel“ erfaßt, die den Vorteil hat, daß sich, unabhängig von den unterschiedlichen Tarifgruppen, nach denen die Arbeiter bezahlt werden, allein aus der nach dem Stichtag erbrachten Leistung und der Erhöhung des Ecklohns in Pfennigen mit Hilfe des Änderungssatzes die Vergütung errechnen läßt. Andere Regelungen, z.B. reine Kostenelementeklauseln, sind nur zweckmäßig beim Bau von Anlagen, wie Müllverbrennungsanlagen und Kraftwerken, bei denen die Kosten der maschinen- und elektrotechnischen Ausrüstung von erheblicher Bedeutung für die Vergabesumme sind.

Den Kommunen ist dringend zu empfehlen, sich an diese Vorgaben zu halten. Dementsprechend sind in den Kommunalen Handbüchern für Ingenieurverträge (HIV-KOM) und für Architektenverträge (HAV-KOM) die Gleitklauseln und Formblätter für die Pfennigklausel enthalten.

## 2. Angemessenheit des Änderungssatzes

In unseren Geschäftsberichten haben wir wiederholt zur Beurteilung von Änderungssätzen Stellung genommen, so 1980, 1982, 1984 und 1995. Als Anhalt für die angemessene Höhe des Änderungssatzes wurde 1995 ein Wert von 0,23 v.T. genannt. Die Jahreszahl ist deswegen von Bedeutung, weil sich der Änderungssatz aus

$$\frac{0,1 \times (\text{Personalkostenanteil in v.H.})}{\text{maßgebender Lohn in DM/h}}$$

errechnet und dementsprechend bei jeder Lohnerhöhung kleiner werden muß, vorausgesetzt, der Personalkostenanteil bleibt - wie in den letzten 15 Jahren - etwa konstant.

Bei der Wertung ist die Auswirkung der Pfennigklausel mit einer fiktiven Lohnerhöhung zu verfolgen und in der Angebots-(Wertungs-)summe zu berücksichtigen. Vor der Untersuchung über die preisliche Auswirkung sind die Änderungssätze für sich allein zu prüfen, ob sie im zulässigen Rahmen liegen. Auf ein Angebot mit überhöhtem Änderungssatz, etwa um 0,05 v.T.-Punkte über dem angemessenen Wert, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Zulässig erscheint es aber, wie im Geschäftsbericht für das Jahr 1995 ausgeführt wurde, daß die Bieter einen realistischen Anstieg der lohngelunden Kosten durch Erhöhung des rechnerischen Änderungssatzes - nach Vorschlag des Prüfungsverbandes um 0,03 v.T.-Punkte - ausgleichen dürfen.

Ausnahmsweise kann, wenn nur ein wirtschaftlich interessantes Angebot vorliegt, das aber wegen des überhöhten Änderungssatzes auszuschließen wäre, der Änderungssatz im Einvernehmen mit dem Bieter auf das zulässige Maß herabgesetzt werden (vgl. GK 54/1997).

In vielen Fällen, in denen der Änderungssatz für die Feststellung der Bieterreihenfolge ohne Bedeutung ist, wird erst im nachhinein der überhöhte Wert erkannt. Die Vereinbarung ist nichtig. Wir verweisen dazu auf die Ausführungen in FSt 284/1993. Daß eine Klausel nicht genehmigungsfähig oder nichtig ist, führt aber nicht notwendig dazu, daß keine Preisanpassung bei Lohnerhöhungen gewährt wird. Ergibt sich aus dem Vertragsabschluß der gemeinsame Wille der Parteien, eine Preisanpassung zu gewähren, so ist der Vertrag anzupassen, ein zulässiger Änderungssatz ist zu vereinbaren (ständige Rechtsprechung des BGH, siehe z.B. NJW 1986, 933). Überzahlungen aufgrund unwirksamer Klauseln sind bei einer deutlichen Überschreitung des Änderungssatzes um etwa 0,10 v.T.-Punkte zurückzufordern.

### **3. Rechtslage aufgrund der Gesetzesänderung durch das Euro-Einführungsgesetz**

#### **3.1 Rechtslage bis 31.12.1998**

Grundlage für die Anwendung von Gleitklauseln war § 3 des Währungsgesetzes i.V. mit den Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank i.d.F. von 1978.

§ 3 WährG lautete:

*„Geldschulden dürfen nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. Das gleiche gilt für Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer solchen anderen Währung oder durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll.“*

In den von der Deutschen Bundesbank erarbeiteten „Grundsätzen bei der Entscheidung über Genehmigungsanträge nach § 3 des Währungsgesetzes“ heißt es u.a.:

*„3. Außerdem werden Klauseln nicht genehmigt, nach denen der geschuldete Betrag*

*...*

*b) von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Löhnen, Gehältern ... abhängig sein soll, es sei denn,*

*...*

*bb) daß der jeweils noch geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung von Löhnen und Gehältern abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen; ...“*

Nicht genehmigungsbedürftig sind danach Gleitklauseln, die auf eine Vergütung nachgewiesener Kostenerhöhungen abstellen, z.B. nach der früher üblichen „Lohnlistenregelung“ mit genauer Erfassung aller auf der Baustelle eingesetzten Arbeitskräfte, oder die in den Verdingungsunterlagen vorgesehene Materialpreisgleitklausel, bei der die jeweiligen Einkaufspreise verglichen werden. Ebenfalls keiner Genehmigung bedürfen nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 04.07.1979, VIII ZR 245/78, BB 1979, S. 1213) Spannungs-klauseln und die im Anlagenbau üblichen Kostenelementeklauseln in der Form

$$P_1 = P \times \left( 0,15 + 0,50 \frac{L_1}{L} + 0,35 \frac{M_1}{M} \right)$$

( $P_1$ ,  $P$  = Gesamtpreis nach Erhöhungen bzw. zum Angebotszeitpunkt,  $L_1$ ,  $L$  = Lohnkosten nach bzw. vor der Lohnerhöhung und  $M_1$ ,  $M$  = Materialkosten nach Erhöhungen bzw. zum Angebotszeitpunkt, ggf. unterteilt in mehrere Materialgruppen).

Voraussetzung für die Genehmigungsfreiheit ist nach der Rechtsprechung (vgl. hierzu Dürkes, Wertsicherungsklauseln, D Rn. 179), daß die bei den einzelnen Kostenelementen aufgetretenen Kostenveränderungen nur in effektiver Höhe abgewälzt werden, d.h., die nach der Gleitklausel enthaltenen Faktoren müssen der tatsächlichen Kostenverteilung und die daraus ermittelte Vergütung muß „in etwa“ den tatsächlichen Mehrkosten entsprechen, andernfalls liegt eine genehmigungsbedürftige und im allgemeinen nicht genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel vor.

Genehmigungspflichtig sind Lohngleitklauseln wie die Pfennig-, die Prozent- oder die Indexklausel. Für die Pfennigklausel liegt eine generelle Genehmigung der Bundesbank vor, allerdings nur insoweit, als im Änderungssatz ausschließlich lohn- und gehaltsbezogene Faktoren enthalten sind, nicht aber weitere Faktoren (erkennbar am überhöhten Änderungssatz). Es wäre eine gesonderte Genehmigung der Bundesbank einzuholen, die jedoch nach Auskunft der Bundesbank wegen Verstoßes einer derartigen Klausel gegen § 3 Währungsgesetz (mit der Folge ihrer Nichtigkeit) generell nicht in Aussicht gestellt werden kann. Eine genehmigungsbedürftige Gleitklausel, für die die Genehmigung durch die Bundesbank verweigert wird, ist nichtig.

## 3.2 Rechtslage ab 01.01.1999

### 3.2.1 Euro-Einführungsgesetz

Artikel 9 des Euro-Einführungsgesetzes enthält Änderungen von Vorschriften auf dem Gebiet des Währungsrechts und des Preisrechts. Mit § 1, Änderung des Währungsgesetzes, wurde § 3 des Währungsgesetzes aufgehoben. Mit § 4 wurde das Preisangabengesetz geändert. Zum einem wurde die Überschrift des Preisangabengesetzes abgeändert in „Preisangaben- und Preisklauselgesetz“; zum anderen erhielt § 2 des geänderten Gesetzes folgende Fassung:

*„§ 2 (1) Der Betrag von Geldschulden darf nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Das Bundesministerium für Wirtschaft kann auf Antrag Ausnahmen genehmigen, wenn Zahlungen langfristig zu erbringen sind oder besondere Gründe des Wettbewerbs eine Rechtfertigung erlauben und die Preisgleitklausel nicht eine der Parteien unangemessen benachteiligt. ...“*

*(2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates*

- 1. die Voraussetzungen näher zu bestimmen, unter denen Ausnahmen vom Preisklauselverbot nach Absatz 1 Satz 2 einzeln oder allgemein genehmigt werden können, oder solche Ausnahmen festzulegen,*
- 2. ...*
- 3. statt des Bundesministeriums für Wirtschaft eine andere Bundesbehörde zu bestimmen, die für die Erteilung dieser Genehmigungen zuständig ist.“*

*(Die weiteren Änderungen des Preisangabengesetzes sind in dem hier angesprochenen Zusammenhang ohne Bedeutung.)*

### *3.2.2 Preisklauselverordnung (PrKV)*

*Die Preisklauselverordnung vom 23.09.1998 (BGBl I 1998 S. 3043) enthält in § 1 genehmigungsfreie Klauseln, in § 2 die allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen, in § 7 die Genehmigungsbehörde (Bundesamt für Wirtschaft) und in § 8 Übergangsvorschriften. Die Bestimmungen haben im wesentlichen folgenden Inhalt:*

#### *„§ 1 Genehmigungsfreie Klauseln*

*Das Verbot von Preisklauseln nach § 2 Abs. 1 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes gilt nicht für*

- 1. ...*
- 2. Klauseln, bei denen die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (Spannungsklauseln),*
- 3. Klauseln, nach denen der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen (Kostenelementeklauseln),*
- 4. ...“*

#### *„§ 2 Allgemeine Genehmigungsvoraussetzungen*

*(1) ...*

*(2) Preisklauseln werden nicht genehmigt, wenn sie eine Vertragspartei unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn*

- 1. einseitig ein Preis- oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt oder*

2. der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße überproportional ändern kann.“

„§ 8 Übergangsvorschrift

Bereits nach § 3 des Währungsgesetzes erteilte Genehmigungen gelten fort. ...“

### 3.3 Ergebnis

Beispiele für typische Spannungsklauseln i.S.d. § 1 Nr. 2 der Preisklauselverordnung sind die Vereinbarung von Pensionszahlungen im Verhältnis zu einem genau definierten Tarifgehalt oder die Verknüpfung des Preises für Erdgas mit dem Preis für Heizöl. Die Koppelung der Pension an den Preis oder Wert einer **anderen** Leistung wäre dagegen keine Spannungsklausel.

Für Baumaßnahmen sind Spannungsklauseln nicht vorgesehen. Sie wären denkbar als Materialpreisgleitklauseln für Baustoffe, für die es keine allgemeinen Einkaufspreise gibt, z.B. der Preis für einen hochfesten, nicht genormten Beton in Abhängigkeit vom Preis eines Standardlieferbetons. Im Einzelfall könnte eine Lohngleitklausel als Spannungsklausel in Betracht kommen, beispielsweise bei einer Verknüpfung des Stundensatzes eines Programmierers für die Prozeßsteuerung einer Kläranlage mit dem Tarifecklohn in der Elektroindustrie.

Die Pfennigklausel unterliegt demgegenüber nicht den Regelungen für Spannungsklauseln. Der Text des § 1 Nr. 3 der Preisklauselverordnung (Kostenelementeklausel) entspricht fast wörtlich den bisherigen Genehmigungsrichtlinien der Bundesbank, die bisher Grundlage für die Ausgestaltung der Pfennigklausel waren. Im Sinne der bisherigen Rechtsprechung liegt eine Kostenelementeklausel, wie bereits unter Abschn. 3.1 ausgeführt wurde, nur vor, wenn „die Faktoren zutreffend gewichtet wurden“ und das Ergebnis „in etwa“ die tatsächliche Kostensteigerung wiedergibt. Als Genauigkeitsgrad wird man, wie auch sonst bei einer Einschränkung durch den Begriff „in etwa“, einen Schwankungsbereich von 10 v.H. ansehen können. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, handelt es sich trotz der formalen Ähnlichkeit nicht um eine zulässige Kostenelementeklausel mit der Folge, daß die Verwendung nicht genehmigungsfrei ist. Sofern eine nachträgliche Genehmigung - was in der Regel anzunehmen ist - nicht erlangt werden kann, ist die Klausel nichtig.

Zusammenfassend ergibt sich:

Die Pfennigklausel ist nicht als Spannungsklausel gestaltet. Sie ist auch keine Kostenelementeklausel, sondern lediglich an diese angelehnt, weil nur die Änderung des Ecklohns, nicht die Änderung der gesamten Personalkosten in die Berechnung eingeht. Die Änderung der lohngewundenen Kosten - etwa 80 v.H. des Tariflohns bei den Installationsgewerken, 88 v.H. beim Bauhauptgewerbe - wird nicht erfaßt.

Kommt es zu einer Minderung der lohngewundenen Kosten, wie dies im Bauhauptgewerbe zwischen 1996 und 1998 mit fast 9 v.H.-Punkten der Fall war, führt dies über die Pfennigklausel nicht zu einer entsprechenden Minderung der vereinbarten Vergütung. Daß die Pfennigklausel in den letzten beiden Jahren insoweit zu zusätzlichen Vergütungen führte, obwohl sich die Personalkosten insgesamt (Ecklohn + lohngewundener Zuschlag) um etwa 2 v.H. ermäßigt haben, berührt die Wirksamkeit der bei Vertragsabschluß sachgerechten Vereinbarung jedoch nicht, weil für die in der beschriebenen

Weise gestaltete Pfennigklausel eine Genehmigung der Bundesbank vorliegt. Die dargestellte Entwicklung macht jedoch deutlich, daß die in der Pfennigklausel enthaltene Möglichkeit, mit Hilfe des Änderungssatzes nur Erhöhungen von Lohnzusatzkosten zu fordern, Ermäßigungen für die andere Partei aber auszuschließen, gegen das Grundprinzip der reinen - genehmigungsfreien - Kostenelementeklausel verstößt.

Die Pfennigklausel bedarf insoweit auch nach der neuen Rechtslage der Genehmigung, um wirksam zu sein. Diese Genehmigung liegt mit der Fortgeltung der bisher erteilten Genehmigungen gem. § 8 der Preisklauselverordnung vor.

Für die Pfennigklausel hat sich durch die Aufhebung des § 3 des Währungsgesetzes somit nichts geändert. Angebote mit überhöhten Änderungssätzen sind bei der Wertung grundsätzlich auszuschließen, außer ein anderes wirtschaftlich annehmbares Angebot liegt nicht vor; in diesem Fall wäre an eine einvernehmliche Anpassung zu denken. Soweit die Überhöhung erst nach Zuschlagserteilung erkannt wird, ist die nichtige Vereinbarung durch eine genehmigungsfähige zu ersetzen. Überzahlungen sind zurückzufordern.