

Umgang mit Preissteigerungen und Lieferengpässen bei Baumaterialien als Folge insbesondere des Ukraine-Krieges

Verfasser: Andreas **Wernthaler**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung/Hinführung	97
2 Hinweise aus unserer Beratungspraxis zu Bauvergaben und bestehenden Bauverträgen	99
2.1 Erlasse und Ministerialschreiben seit März 2020	100
2.2 Chancen und Risiken beim VOB-Vertrag	103
2.3 Hinweise zu den Empfehlungen des StMI	104
2.3.1 Neue und laufende Vergabeverfahren	105
2.3.2 Bestehende Verträge	107
3 Stoffpreisgleitklausel: Grundleistung der Planer	115
4 Hinweise zur Abrechnung von Mehr- und Minderforderungen aus der Stoffpreisgleitklausel	117
5 Empfehlungen für die künftige Ausschreibung von Bauleistungen mit kritischen Materialien	118
6 Zusammenfassung	119

1 Einleitung/Hinführung

Der Blick in die Statistik zeigt, dass im Jahresdurchschnitt 2021 die Erzeugerpreise für Baustoffe so stark wie noch nie seit Beginn der Erhebung im Jahr 1949 anstiegen.¹ Demnach verteuerte sich z.B. Konstruktionsvollholz im Jahresdurchschnitt 2021 um 77,3 % gegenüber dem Vorjahresdurchschnitt und Bauholz um 61,4 %. Betonstahl in Stäben kostete im Jahresdurchschnitt 2021 um 53,2 % mehr als 2020, die Teuerung bei Betonstahlmatten betrug im selben Vergleichszeitraum 52,8 %. Bitumen auf Erdölbasis steigerte sich preislich im Jahresdurchschnitt 2021 um 36,1 % gegenüber 2020 (vgl. Abb. 1). Als Preistreiber gelten insbesondere die gestiegenen Erdölpreise.

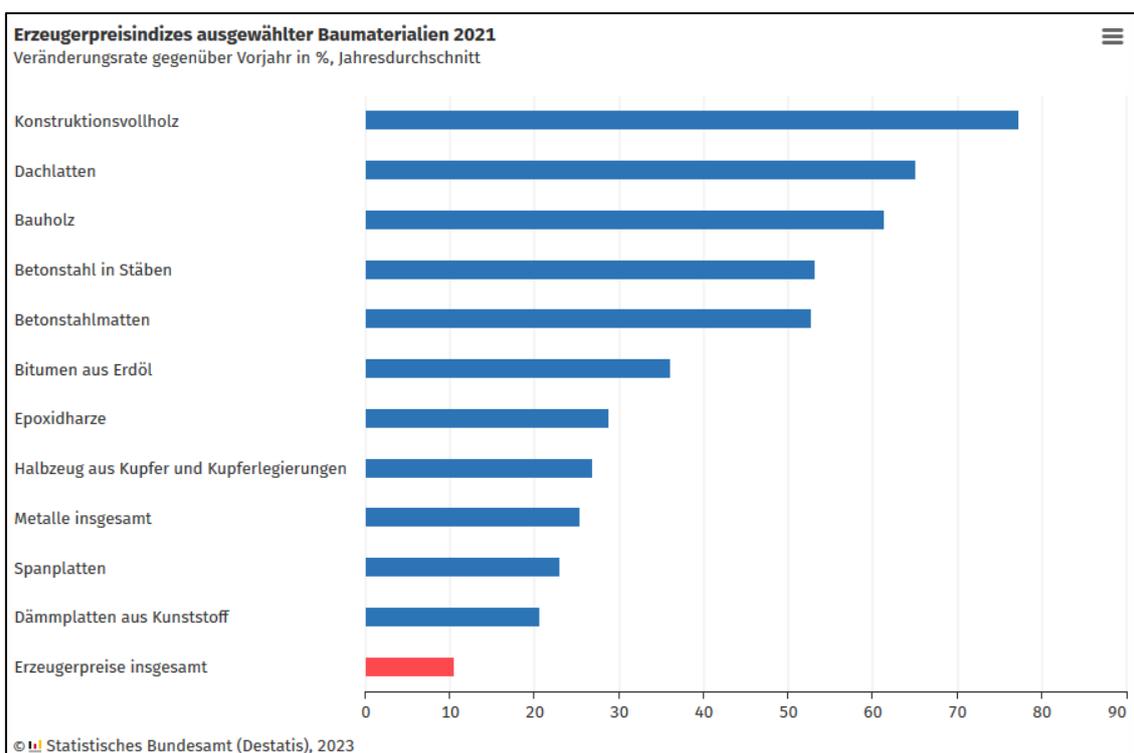


Abb. 1: Veränderungsrate 2021/2020 [%] der Erzeugerpreisindizes ausgewählter Baumaterialien im Jahresdurchschnitt (Quelle: Statistisches Bundesamt [Destatis], a.a.O.)

Seit Juli 2022 ist bei einigen Baustoffen eine Preisberuhigung zu bemerken, wenngleich dadurch die Steigerung der Vormonate nicht vollständig ausgeglichen werden konnte. Preislich liegen die meisten Baustoffe noch über dem Vorjahresniveau und insbesondere über dem Preisniveau zum Jahreswechsel 2020/2021, dem Beginn der starken Preissteigerungen. Beispielsweise lag der Preis für Betonstahl in Stäben im November 2022 nur noch 5,7 % über dem Niveau im November 2021, allerdings immer noch 48,5 % über dem Niveau im Januar 2021. Asphaltmischgut lag preislich im November 2022 noch 31,9 % über dem Niveau im November 2021. Der Erzeugerpreis für

¹ Statistisches Bundesamt (Destatis), Pressemitteilung Nr. N 006, 10.02.2022

Diesellokraftstoff übertraf im November 2022 den Vorjahreswert um 26,6 % (vgl. zum Ganzen Abb. 2).²

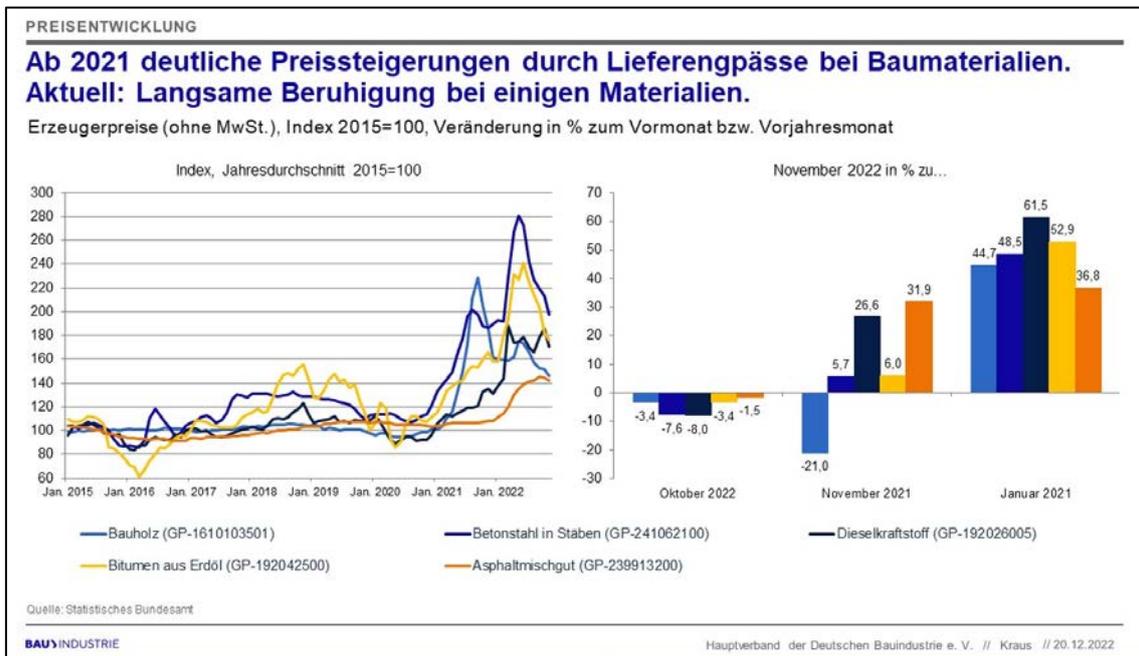


Abb. 2: Entwicklung der Erzeugerpreisindizes ausgewählter Bau- und Betriebsstoffe seit Januar 2015 (Quelle: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., a.a.O. unter Verweis auf das Statistische Bundesamt)

Dass also seit dem Jahreswechsel 2020/2021 in Deutschland bei verschiedenen wichtigen Bau- und Betriebsstoffen eklatante Preissteigerungen mit volatilen Preisentwicklungen zu beobachten sind, ist rein statistisch nicht von der Hand zu weisen.

Es ist allerdings dringend geboten, einzelfallabhängig zu hinterfragen, ob und bei welchen Bauverträgen diese Preisentwicklungen überhaupt zur Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze nach § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) führen können bzw. ob wegen der gezeigten Entwicklung der Bau- und Betriebsstoffpreise generell der Anspruch der Auftragnehmer auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB z.B. in Form von Preiserhöhungen besteht. Die an uns herangetragenen Anfragen unserer Mitglieder zu Forderungen von bauausführenden Auftragnehmern nach Preisanpassungen und Bauzeitverlängerungen wegen Stoffpreissteigerungen und Lieferengpässen lassen jedenfalls erkennen, dass sich bei den Unternehmen vermehrt die unbegründete Meinung verbreitet, derartige Ansprüche bestünden dem Grunde nach generell – also ohne einzelfallabhängige Untersuchungen und Nachweise – einfach allein aus der Tatsache heraus, dass es seit ca. Februar/März 2020 die COVID-19-Pandemie gab und seit dem 24.02.2022 in der Ukraine Krieg herrscht.

² Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., ... auf den Punkt gebracht, <https://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/auf-den-punkt-gebracht/deutliche-preissteigerungen-bei-baumaterialien-seit-jahresbeginn-2021> (Stand: 20.12.2022)

Mit diesem Beitrag geben wir Hinweise aus unserer Beratungspraxis zu den Erlassen und Rundschreiben der zuständigen Ministerien auf Bundes- und Landesebene bzw. den darauf abstellenden Empfehlungen für bayerische kommunale Auftraggeber zum Umgang mit Preissteigerungen und Lieferengpässen bei Bau- und Betriebsstoffen als Folge insbesondere des Ukraine-Krieges.

Fragen zur Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bei Forderungen von Vertragspartnern anlässlich Corona-Pandemie und Ukraine-Krieg vertieft der Beitrag von Aschl/Kaiser im diesjährigen Geschäftsbericht.

2 Hinweise aus unserer Beratungspraxis zu Bauvergaben und bestehenden Bauverträgen

Bei Bauverträgen gilt der eherne Grundsatz „pacta sunt servanda“, Verträge sind einzuhalten. Dieser Grundsatz gilt für beide Vertragspartner. Während der Auftragnehmer die vertraglich vereinbarte Bauleistung qualitativ und quantitativ in der vereinbarten Bauzeit zu erbringen hat, hat der Auftraggeber hierfür die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Bei der vereinbarten Vergütung, dem Baupreis, handelt es sich grundsätzlich um einen für beide Partner verlässlichen Festpreis, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Einheitspreisvertrag (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) oder Pauschalvertrag (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) handelt.³ Wird die VOB/B Vertragsbestandteil,⁴ gelten die vereinbarten Einheitspreise innerhalb des Mengenkorridders von 90 % bis 110 % der ausgeschriebenen Menge.

Seit der Jahreswende 2020/2021 erreichen uns jedoch vermehrt Anfragen unserer Mitglieder, wonach die beauftragten Bauunternehmen von diesem elementaren Grundsatz der Festpreisvereinbarung abweichen wollen. Als Grund werden Preissteigerungen bei Baustoffen zum Teil in Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie genannt, die z.B. in Form von sog. Teuerungszuschlägen oder Preiserhöhungen teilweise unter Bezugnahme auf § 313 BGB an die Auftraggeber weitergereicht werden sollen. Zudem wird von den Auftragnehmern wegen Lieferverzögerungen bei diversen Baumaterialien die Verlängerung der Ausführungsfrist verlangt bzw. unterstellt, es seien die vertraglichen Voraussetzungen zur Fristverlängerung nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B (Verlängerung der Ausführungsfristen durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände) in Verbindung mit § 6 Abs. 1 VOB/B (sowohl die Tatsache, dass es hindernde Umstände gibt, als auch deren hindernde Wirkung sollen dem Auftraggeber offenkundig bekannt sein) erfüllt. Oftmals gehen die Forderungen nach Mehrvergütung mit der Androhung einher, die Arbeiten einzustellen, sollte der Auftraggeber auf die Forderungen nicht eingehen. Verstärkt wurde die Anzahl derartiger Forderungen seit Ausbruch des Krieges in der Ukraine am 24.02.2022.

In den folgenden Abschnitten geben wir zunächst einen chronologischen Überblick zu den Empfehlungen für bayerische kommunale Auftraggeber durch das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration (StMI) zum Umgang mit den Stoffpreissteigerungen und Materiallieferengpässen und den daran geknüpften Forderungen der Bauunternehmen (Abschnitt 2.1).

³ vgl. hierzu Markus, in Kapellmann/Messerschmidt: VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, VOB/B § 2 Vergütung, Rn. 7; Leinemann/Eichner/Reister/Silbe/Hilgers, in Leinemann: VOB/B Kommentar, 7. Auflage 2019, § 2 VOB/B – Vergütung, Rn. 133

⁴ wozu bayerische kommunale Auftraggeber im Unterschwellenbereich nach § 8a Abs. 1 Satz 1 VOB/A bzw. im Oberschwellenbereich nach § 8a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A verpflichtet sind

In Abschnitt 2.2 gehen wir insbesondere auf die grundsätzlichen auftragnehmerseitigen Chancen und Risiken beim VOB-Vertrag ein. In Abschnitt 2.3.1 geben wir Hinweise zum Umgang mit den Empfehlungen des StMI bei neuen und laufenden Vergabeverfahren sowie in Abschnitt 2.3.2 zum Umgang mit Forderungen von Bauunternehmen bei bestehenden Verträgen (Submission bis einschließlich 10.03.2022, 24.00 Uhr) wegen Lieferengpässen und Preissteigerungen bei Baustoffen unter Berücksichtigung der Empfehlungen des StMI. In Abschnitt 3 nehmen wir Stellung zu der Frage, ob Leistungen, die Architekten oder Ingenieure in Zusammenhang mit der Stoffpreisgleitklausel erbringen, zu den HOAI-Grundleistungen gehören. In den Abschnitten 4 und 5 finden sich Hinweise zur Abrechnungspraxis von Mehr- bzw. Minderkosten aus Stoffpreisgleitklauseln sowie Empfehlungen zu künftigen Ausschreibungen von Baustoffen mit unbeständiger und stark schwankender Preisentwicklung.

2.1 Erlasse und Ministerialschreiben seit März 2020

Die Politik reagierte, kurz nachdem die COVID-19-Pandemie im Februar/März 2020 die Bundesrepublik erreicht hatte, durch diverse Erlasse und Ministerialschreiben auf die Lieferengpässe und Materialpreissteigerungen bei Baustoffen. Dabei ist im Laufe der vergangenen Krisenjahre eine zunehmende Öffnung festzustellen, was das Akzeptieren auftragnehmerseitiger Ansprüche dem Grunde nach gemäß § 313 BGB betrifft.

Noch im Schreiben des StMI (IMS) vom 08.04.2020⁵ wurden die bayerischen Kommunen unter Verweis auf den Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) vom 23.03.2020⁶ „lediglich“ darauf hingewiesen, dass die Corona-Pandemie allenfalls geeignet ist, „den Tatbestand der höheren Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B auszulösen“, also unter bestimmten einzelfallabhängigen, nicht pauschal angenommenen und immer nachzuweisenden Voraussetzungen den Anspruch des Auftragnehmers auf Verlängerung der Ausführungsfrist auszulösen vermag. Von Vertragsanpassungen nach § 313 BGB durch z.B. Mehrkostenbeteiligungen seitens des öffentlichen Auftraggebers oder nachträglich vereinbarten Stoffpreisgleitklauseln war damals hingegen (noch) nicht die Rede.

Im Mai 2021 wurde den bayerischen kommunalen Auftraggebern durch das IMS vom 21.05.2021⁷ empfohlen, entsprechend dem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr (StMB) vom 11.05.2021⁸ vorzugehen. Im Tenor bedeutete dies für bayerische Kommunen, der bis 31.12.2021 befristeten Empfehlung zu folgen, in längerfristigen Bauverträgen bei bestimmten, speziell aufgelisteten Baustoffen „wegen der Ungewissheit künftiger Preisentwicklungen und des damit verbundenen hohen Kalkulationsrisikos für die Bauunternehmen“ eine Stoffpreisgleitung nach Richtlinie 225 des Vergabehandbuchs Bayern (VHB) vorzusehen. In Anlage 4 zum Schreiben des StMB vom 11.05.2021 waren u.a. „Hinweise zur ... Behandlung von Forderungen von Auftragnehmern bei Bauverträgen, in denen keine Stoffpreisgleitung vereinbart

⁵ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 08.04.2020, B3-1512-30-106

⁶ Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 23.03.2020, 70406/21#1, Ziffer II., Handhabung von Bauablaufstörungen

⁷ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 21.05.2021, B3-1512-30-139

⁸ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 11.05.2021, StMB-Z5-40012.1-3-2-1

ist, ... beigefügt“. Demnach war dem eingangs erwähnten elementaren Grundsatz, wonach bestehende Verträge einzuhalten sind, zu folgen! Eine Anpassung, z.B. durch nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel, kam demnach nur in besonders begründeten Ausnahmefällen in Betracht. Zwingendes Erfordernis war, dass die vom Auftragnehmer nachzuweisenden Voraussetzungen – evtl. sogar durch Bestätigung eines vereidigten Wirtschaftsprüfers – für den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) erfüllt waren. Mit IMS vom 28.12.2021⁹ unter Verweis auf das Schreiben des StMB vom 16.12.2021¹⁰ wurde den bayerischen Kommunen dann unbefristet empfohlen, die Anwendungsvoraussetzungen einer Stoffpreisgleitklausel nach VHB zu prüfen und diese ggf. vorzusehen, „*Da die Baupreise regional und produktspezifisch weiterhin volatil sind*“ (spezielle Baustoffe wurden hier nicht mehr hervorgehoben). Zugleich wurde nach wie vor „*Bei bestehenden Verträgen ... eine restriktive Handhabung entsprechend der im* (Schreiben des StMB vom 16.12.2021) *genannten Maßgaben*“ empfohlen.

Unter Bezugnahme auf den Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) vom 25.03.2022¹¹ aufgrund der Kriegereignisse in der Ukraine und das inhaltsgleiche Schreiben des StMB vom 31.03.2022¹² empfahl das StMI mit IMS vom 06.04.2022¹³ den bayerischen Kommunen „*eine entsprechende Anwendung bei ihren Baumaßnahmen*“, damals noch befristet bis 30.06.2022. Folgte man dieser Empfehlung, waren für bestimmte Produktgruppen¹⁴ Sonderregelungen bei der empfohlenen Anwendung der Stoffpreisgleitklausel zugelassen (sowohl **bei neuen als auch bei laufenden Vergabeverfahren**).¹⁵ Begründet wurde dies mit der Absicht, „*Trotz der mit den Preissteigerungen einhergehenden Unwägbarkeiten ... ausschreibungsreife Gewerke zu vergeben, Planungen fortzusetzen und zur Ausschreibung zu führen*“. Unwirtschaftliche Risikozuschläge der Bieter sollten dadurch möglichst vermieden oder die Gefahr, keine oder nur wenige Angebote zu erhalten (wodurch die Vergabe im Wettbewerb gefährdet würde), weitgehend reduziert werden. Die empfohlenen Sonderregelungen betrafen nunmehr aber auch erstmals konkret **Anpassungen in bestehenden**

⁹ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 28.12.2021, B3-1512-30-139

¹⁰ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 16.12.2021, StMB-C4-40012.1-3-2-11

¹¹ Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen vom 25.03.2022, BWI7-70437/9#4

¹² Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 31.03.2022, StMB-C4-40012.1-3-2-13

¹³ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 06.04.2022, B3-1512-30-139-16

¹⁴ Die Sonderregelungen gelten nur für folgende Produktgruppen (vgl. Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022, a.a.O.):

- Stahl und Stahllegierungen
- Aluminium
- Kupfer
- Erdölprodukte (Bitumen, Kunststoffrohre, Folien und Dichtbahnen, Asphaltmischgut)
- Epoxidharze
- Zementprodukte
- Holz
- Gusseiserne Rohre

¹⁵ Für die übrigen Baustoffe, welche nicht zu den im Erlass genannten Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) gehören, waren den bayerischen kommunalen Auftraggebern, was die Anwendbarkeit der Stoffpreisgleitklausel betrifft, von vornherein die im VHB enthaltenen Regelungen nach den Richtlinien zu FB 225 empfohlen. Einer besonderen Regelung bedurfte es hierfür nicht.

Verträgen. Bei bestehenden Verträgen wurden nämlich für die festgelegten besonderen Produktgruppen die Hürden sowohl für die Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B als auch für das Vertragsanpassungsverlangen (z.B. auch durch die Ermöglichung, nachträglich Stoffpreisgleitklauseln unter bestimmten Voraussetzungen zu vereinbaren) der Auftragnehmer nach § 313 BGB niedriger gestellt, wohl deshalb, um laufende öffentliche Baumaßnahmen zu befrieden und für beide Seiten tragbare Lösungen wegen der zunehmend aufkochenden Materialpreiskonflikte in Aussicht zu stellen.

Was in diesem Zusammenhang wichtig ist: Im IMS vom 08.07.2022¹⁶ wurde unter Verweis u.a. auf den Erlass des BMWSB vom 22.06.2022¹⁷ und das Schreiben des StMB vom 24.06.2022¹⁸ festgelegt, dass es sich bei dem im März bzw. April 2022 eingeführten Begriff „**Bestehende Verträge**“ ausschließlich um solche Bauverträge handelt, „*die bis zu 14 Kalendertage nach Kriegsausbruch, d.h. vor dem 11. März 2022 ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel submittiert wurden*“. Jedenfalls nach den genannten Ministerialschreiben bzw. Erlassen sind Verträge mit **Submissionen ab dem 11.03.2022** damit von den am 25.03.2022 erlassenen Sonderregelungen zu Vertragsanpassungen (z.B. mittels nachträglich vereinbarter Stoffpreisgleitklauseln oder Mehrkostenbeteiligungen bis zu 50 % durch den Auftraggeber) ausgenommen! Dies impliziert, dass 14 Tage nach Kriegsausbruch die volatile Baustoffpreisentwicklung hinlänglich bekannt gewesen sein sollte, sodass darauf bei laufenden Vergabeverfahren sowohl vergabeseitig durch (evtl. auch nachgeschobene) Stoffpreisgleitklauseln¹⁹ als auch bieterseitig, z.B. durch das Verlangen von Stoffpreisgleitklauseln, falls diese von der Vergabestelle nicht von vornherein vorgesehen waren, reagiert werden konnte. Wurde von der Stoffpreisgleitklausel hingegen kein Gebrauch gemacht, kam der Vertrag trotz Kenntnis der instabilen Preislage für Baustoffe mit allen Chancen und Risiken als Festpreisvertrag zustande.

Die im März bzw. April 2022 eingeführten Sonderregelungen für bestimmte Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) wurden im IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.) befristet bis 31.12.2022 modifiziert. Für alle weiteren im Erlass vom 25.03.2022 nicht genannten Stoffe sieht das Schreiben bei neuen (und wohl auch bei laufenden) Vergabeverfahren ebenfalls eine Stoffpreisgleitklausel vor, sofern die Vorgaben nach den Richtlinien zu Formblatt (FB) 225 VHB erfüllt sind. Als Zusatzbedingung wird genannt, dass der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffs den Betrag von 5.000 € netto überschreitet. Dadurch solle „*der Verwaltungsaufwand auf beiden Seiten des Vertragsverhältnisses verhältnismäßig zu den erstrebten Vorteilen*“ gehalten werden. Zudem wurden im selben Schreiben unter anderem das FB 225a eingeführt, das demnach angewendet werden sollte, sofern kein belastbarer Basiswert 1 ermittelt werden kann, sowie vereinfachende Hinweise zur Anwendung der Stoffpreisgleitung bei Verbundstoffen (z.B. Holz-Alu-Glasfenster) gegeben. Zur „*Verlängerung von Vertragslaufzeiten, § 6 VOB/B*“ sollten dem Schreiben nach „*keine überspannten Anforderungen*“ gestellt werden.

¹⁶ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 08.07.2022, B3-1512-30-139-46

¹⁷ Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen vom 22.06.2022, BWI7-70437/9#4

¹⁸ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 24.06.2022, StMB-23-40012.1-3-2-25

¹⁹ Wenngleich bis 06.04.2022 ohne Anwendung der Sonderregelungen, sondern „nur“ nach den Vorgaben im Vergabehandbuch Bayern, Richtlinien zu FB 225, da die Sonderregelungen erst mit Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) erlassen und den bayerischen Kommunen mit IMS vom 06.04.2022 (a.a.O.) zur Anwendung empfohlen wurden.

Mit IMS vom 20.12.2022²⁰ wurden den bayerischen kommunalen Auftraggebern die Sonderregelungen befristet bis 30.06.2023 zur weiteren Anwendung empfohlen, da es zwar zu einer Stabilisierung der Preise bei bestimmten Baustoffen gekommen, eine Verstetigung dieser Entwicklung jedoch nicht absehbar sei.

2.2 Chancen und Risiken beim VOB-Vertrag

Die in einem VOB-Vertrag vereinbarten Preise beruhen in der Regel auf der Angebots- bzw. Auftragskalkulation des beauftragten Bauunternehmens. Bei der Angebotskalkulation versucht das Unternehmen, die Kosten, die bei der Ausführung der ausgeschriebenen Bauleistung tatsächlich anfallen werden, im Voraus möglichst genau zu ermitteln bzw. abzuschätzen, um nicht zu teuer anzubieten (und dadurch Gefahr zu laufen, den Auftrag nicht zu erhalten), aber auch, um nicht preislich zu günstig zu liegen und im schlechtesten Fall Verluste zu verbuchen. Neben Erfahrungswerten für technische Leistungsansätze (z.B. m³ Aushub je Arbeitstag bei einem bestimmten Baugrund) und betriebswirtschaftlichen Vorgaben (z.B. Höhe der Lohnkosten für gewerbliches Personal, Gerätemieten für eigene Baugeräte, Zuschlagssätze für z.B. Baustellengemeinkosten oder Allgemeine Geschäftskosten) spielt der Einkauf erforderlicher Baustoffe und Nachunternehmerleistungen bei der sachgerechten Preisbildung eine wesentliche Rolle. Dem angebotenen Preis wohnt immer eine gewisse Unschärfe inne, da die Baupreiskalkulation zu einem nicht unerheblichen Teil auch auf Annahmen beruht. Stellt sich bei der Bauausführung heraus, dass eine bestimmte Annahme zu vorsichtig war, entpuppt sich die damit verbundene Preisunschärfe als Chance; das Unternehmen verzeichnet diesen Punkt betreffend einen Gewinn. War eine bestimmte Annahme hingegen zu optimistisch, zahlt das Unternehmen drauf; die Unschärfe verwirklicht sich als Risiko. Was nicht übersehen werden darf: Auch der Auftraggeber ist sowohl Chancen als auch Risiken ausgesetzt. Er hat das Finanzierungs- und Verwendungsrisiko zu tragen.²¹

Beim VOB-Vertrag umfassen die Leistungen des Auftragnehmers auch die (rechtzeitige) Lieferung der notwendigen Stoffe und Bauteile (vgl. Abschnitt 2.1.1, DIN 18 299), falls nichts Anderes vereinbart ist (vgl. Abschnitt 0.3.2, DIN 18 299). Wie er die rechtzeitige Lieferung der Baustoffe (zu für ihn auskömmlichen Preisen) sicherstellt, ist seine Sache. Das Beschaffungsrisiko für diese Stoffe, insbesondere also auch das Risiko, dass sich deren Einkaufspreis für den Auftragnehmer während der vertraglichen Bauzeit ungünstig entwickelt, trägt der Auftragnehmer. Umgekehrt ist der Auftragnehmer auch nicht dazu verpflichtet, sollte er Baustoffe oder auch Nachunternehmerleistungen günstiger einkaufen als kalkuliert (und damit dem gegenüber dem Auftraggeber abzurechnenden Baupreis innewohnend), diese Vergabegewinne (auch nicht teilweise) an den Auftraggeber z.B. in Form von Gutschriften oder Sondernachlässen weiterzureichen.

Ein Bauunternehmen kann und sollte deshalb bereits in der Angebotsphase durch das Einholen von Liefer- bzw. Nachunternehmerangeboten mit zeitlich ausreichender Bindung dafür sorgen, dass es im Auftragsfall die notwendigen Baustoffe und Nachunternehmerleistungen rechtzeitig erhält, und zwar – im eigenen Interesse – zu festgelegten preislichen Konditionen, die dann in das Angebot gegenüber dem potenziellen Auftraggeber einfließen. Gelingt dies nicht, weil sich z.B. das Bauunternehmen im Zuge der Angebotslegung nicht darum bemüht oder weil sich der

²⁰ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 20.12.2022, B3-1512-30-139-65

²¹ vgl. hierzu Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 253

Baustofflieferant z.B. wegen stark schwankender Rohstoffpreise preislich bzw. zeitlich nicht binden möchte, obliegt es dem Unternehmen, dies im Rahmen des Chancen-Risiko-Managements zu bewerten und zu entscheiden, ob es dennoch feste Einheitspreise anbieten möchte. Kommt es zur Angebotsabgabe und zum Zuschlag, bestimmt sich die Vergütung dann aber nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen, wenn keine andere Berechnungsart (z.B. Pauschalvertrag) vereinbart wurde (§ 2 Abs. 2 VOB/B). Bei VOB-Verträgen legen die Vertragspartner mit § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B sogar fest, dass die vereinbarten Einheitspreise innerhalb des Mengenkorridders von 90 % bis 110 % der ausgeschriebenen Menge und der vertraglichen Bauzeit gelten, und zwar unabhängig von deren Auskömmlichkeit für den Auftragnehmer und der Entwicklung von Marktpreisen. Die vereinbarten Festpreise behalten also auch dann ihre Gültigkeit, wenn der vom Auftragnehmer für eine Teilleistung angebotene Preis von vornherein (z.B. durch Fehleinschätzung der machbaren Tagesleistung) oder wegen später im Laufe der Vertragszeit eintretender Preissteigerungen am Markt zu einem Verlust des Auftragnehmers führen sollte. Eine Änderung der vereinbarten Vergütung kommt nach § 2 Abs. 3 (Mengenänderungen über 10 % ohne Eingriff des Auftraggebers), § 2 Abs. 5 (vom Auftraggeber angeordnete geänderte Leistungen), § 2 Abs. 6 (vom Auftraggeber geforderte zusätzliche Leistungen) oder § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B (erhebliche Leistungsabweichung bei vereinbarten Pauschalsummen) in Betracht. Ansprüche des Auftragnehmers aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder § 642 BGB kommen bei Behinderung oder Unterbrechung der Bauausführung bzw. Annahmeverzug in Betracht.

Wie ein Bauunternehmen den Preis für einen Bauvertrag kalkuliert, ist seine Sache. Es trägt allgemein das Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation (BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 82/08).

2.3 Hinweise zu den Empfehlungen des StMI

Zunächst einmal ist nochmals hervorzuheben, dass es sich bei den in Abschnitt 2.1 genannten Schreiben des StMI durchgängig um **Empfehlungen** für bayerische kommunale Auftraggeber handelt. Sie haben im Wesentlichen im Fokus, **bei neuen oder bereits laufenden Vergabeverfahren** durch die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln Risikozuschläge der Bieter wegen ungewisser Stoffpreisentwicklungen möglichst zu vermeiden oder die Gefahr, keine oder nur wenige Angebote zu erhalten, weitgehend zu bannen. Die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel wird als hilfreiche Unterstützung für beide Vertragspartner bei schwankenden Baustoffpreisen und als fairer Ausgleich gesehen, um unkalkulierbare Preisentwicklungen aufzufangen.²² Nur noch untergeordnet, da nur für Verträge anwendbar, die bis einschließlich 10.03.2022, 24.00 Uhr, submitted wurden, und nur anwendbar bei den besonders erwähnten Produktgruppen, hält das Schreiben des StMI von zuletzt 20.12.2022²³ (a.a.O.) die Empfehlungen zu Vertragsanpassungen bei **bestehenden Verträgen** (z.B. durch nachträgliche Preiserhöhungen oder Vereinbarungen von Stoffpreisgleitklauseln nach Zuschlagserteilung) aufrecht (vgl. hierzu Abschnitt 2.3.2).

Den Empfehlungen muss nicht zwingend gefolgt werden. Dann gelten, was z.B. das Vorsehen bzw. Nachschieben einer Stoffpreisgleitklausel bei **neuen bzw. laufenden Vergabeverfahren**

²² Heißmeyer, StMB, Vortrag beim Seminar „Stoffpreisgleitklausel“ als Videokonferenz, 20.12.2022, veranstaltet vom Bayerischen Gemeindetag und vom Bayerischen Städtetag

²³ und zwar durch bloßen Verweis auf die Vorgängerschreiben vom 06.04.2022 (a.a.O.) und vom 08.07.2022 (a.a.O.)

betrifft, weiterhin die im VHB enthaltenen Empfehlungen²⁴ zur Anwendung der Stoffpreisgleitklausel. Mehrforderungen bei **bestehenden Verträgen** wegen Preissteigerungen bei Bau- oder Betriebsstoffen oder die Behauptung, es bestünde wegen Lieferengpässen ein vertraglicher Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfrist, wären dann vom Auftragnehmer – wie sonst auch – nachzuweisen und vom Auftraggeber nach den vertraglichen Vereinbarungen und den von der Rechtsprechung gesetzten Leitplanken z.B. zur Auslegung des § 313 BGB dem Grunde und der Höhe nach zu prüfen. Bei negativem Prüfergebnis sind die betroffenen Forderungen zurückzuweisen.

Will die Kommune den Empfehlungen des StMI folgen, ist dies prüfungsseitig (ebenso wie das Nichtbefolgen) nicht zu beanstanden. Die Empfehlungen sollten aber dann in Gänze (kein „Rosinenpicken“ zu Gunsten des kommunalen Auftraggebers) angewendet werden. Zur sachgerechten Anwendung der Empfehlungen des StMI geben wir nachfolgend Hinweise.

2.3.1 Neue und laufende Vergabeverfahren

2.3.1.1 Aufgreifschwelle des Stoffkostenanteils

Das StMI empfiehlt den bayerischen Kommunen bei neuen und bei laufenden Vergabeverfahren – befristet bis 30.06.2023 – für besondere Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) die Anwendung der Sonderregelungen zu den Stoffpreisgleitklauseln (Näheres vgl. hierzu IMS vom 06.04.2022 [a.a.O.] und 08.07.2022 [a.a.O.]). Der Empfehlung folgend bedeutet dies nichts Anderes, als dass grundsätzlich die Regelungen zur Anwendung der Stoffpreisgleitklausel nach den Richtlinien zu FB 225 im VHB weiterhin gelten, jedoch in bestimmten Details ersetzt werden durch die empfohlenen Sonderregeln. Eine dieser Sonderregelungen betrifft die Aufgreifschwelle des Stoffkostenanteils: Sie liegt demnach bereits bei 0,5 % der geschätzten Auftragssumme (statt nach VHB bei 1,0 %), die betroffenen Stoffkosten müssen jedoch 5.000 € netto (!) überschreiten. Das bedeutet konkret: Bei einer geschätzten Auftragssumme bis zu einschließlich 1 Mio. € netto muss der Anteil des betroffenen Stoffes 5.000 € netto überschreiten. Liegt die geschätzte Auftragssumme über 1 Mio. € netto, muss der Stoffkostenanteil mindestens 0,5 % der geschätzten Auftragssumme betragen. Für alle übrigen Baustoffe, welche nicht zu den besonderen Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) gehören, werden die Vorgaben nach den Richtlinien zum FB 225 VHB zur Anwendung empfohlen mit der Zusatzbedingung, dass der betroffene Stoff kostenmäßig 5.000 € netto überschreitet.

Auch bei Betriebsstoffen, beschränkt auf Dieselmotorkraftstoffe (GP-Nummer 19 20 26 005), kann von der Möglichkeit einer Stoffpreisgleitung Gebrauch gemacht werden, wenn es sich um maschinenintensive Gewerke oder Straßen- und Brückenbau handelt. Da Diesel nicht zu den besonders erwähnten Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) gehört, ist davon auszugehen, dass die gängigen Anwendungsvoraussetzungen nach VHB (Richtlinien zu 225 Ziffer 2) erfüllt sein müssen (die Sonderregelungen greifen hier also nicht) – ergänzt um die Zusatzbedingung, dass der Dieselmotorkraftstoffkostenanteil 5.000 € netto überschreiten muss.²⁵

²⁴ Das VHB ist den Kommunen zur Anwendung auch nur empfohlen (vgl. Ziffer 4.4 der Bekanntmachung des StMI vom 31.07.2018 [AllIMBI S. 547], zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 06.09.2022 [BayMBI Nr. 523]).

²⁵ vgl. zum Ganzen Ziffer I. des Erlasses des BMWStB vom 25.03.2022 (a.a.O.), Ziffer II. 7. des Schreibens des StMB vom 31.03.2022 (a.a.O.), Schreiben des StMB vom 24.06.2022 (a.a.O.), Ziffer I. 2.1 IMS vom 08.07.2022

2.3.1.2 Arbeitshilfe und Berechnungshilfe zur Stoffpreisgleitklausel

Der Freistaat Bayern und die Kommunalen Spitzenverbände verweisen auf die vom Staatlichen Bauamt Bamberg entwickelte Excel-basierte Arbeits- und Berechnungshilfe, welche inzwischen bundesweit zum Einsatz kommt. Mit ihrer Hilfe können **bei neuen und laufenden Vergabeverfahren** Anwendungsvoraussetzungen für die Stoffpreisgleitklausel überprüft, die Formblätter 225 bzw. 225a ausgefüllt und später bei der Abrechnung die aus der Gleitklausel herrührenden Mehr- oder Minderkosten berechnet bzw. die Forderungen der Firmen überprüft werden. Das StMI wies erstmals im Juli 2022²⁶ auf die Arbeits- und Berechnungshilfe hin; sie steht allgemein online und kostenlos zum Download²⁷ zur Verfügung. Vom StMB wird allen Baubeteiligten empfohlen, die Arbeitshilfe zur Vereinheitlichung im Umgang mit der Stoffpreisgleitklausel zu verwenden (vgl. Fußnote 22). Sie könne auch von beauftragten Architektur- und Ingenieurbüros (vgl. hierzu Abschnitt 3) sowie Bauunternehmen verwendet werden.

2.3.1.3 Formblatt 225a (Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1)

Mit IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.) wurde unter anderem das FB 225a (Stoffpreisgleitklausel ohne Basiswert 1) eingeführt, das alternativ angewendet werden soll, wenn bei Anwendung der Stoffpreisgleitklausel von der Vergabestelle bzw. dem beauftragten Architektur- bzw. Ingenieurbüro kein belastbarer Basiswert 1 ermittelt werden kann. Grundlage für die Preisfortschreibung ist demnach der im bezuschlagten Angebot vom Auftragnehmer angegebene Stoffpreis ohne Zuschläge. Dieser Stoffwert werde mit dem Basiswert 2 gleichgesetzt und später zum Basiswert 3 fortgeschrieben.

Von der Vergabestelle ist zu beachten, dass bei Verwendung der Formblätter nach dem VHB die Vereinbarung der Stoffpreisgleitklausel nach FB 225 einer anderen Vorgehensweise bedarf als die Vereinbarung nach FB 225a. Das liegt daran, dass bei FB 225 keinerlei Bieterangaben erforderlich sind, wohingegen bei FB 225a (ergänzende)²⁸ Bieterangaben unerlässlich sind.

Beispielsweise ist bei einer Hochbaumaßnahme im einschlägigen FB 211 (Aufforderung zur Angebotsabgabe) unter Rubrik „**Anlagen B) die beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden:**“ das FB 225 neben dem vorangekreuzten FB 214.H (Besondere Vertragsbedingungen) anzukreuzen und den Vergabeunterlagen beizufügen. Mit Ziffer 5 in FB 213.H (Angebotsschreiben des Bieters) werden die in FB 211 unter B) angekreuzten Anlagen – also FB 225 und FB 214.H – Angebots- und damit im Falle der Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil. In FB 214.H ist zusätzlich unter Nummer 10 (Weitere Besondere Vertragsbedingungen) die Vereinbarung der Stoffpreisgleitklausel nach FB 225 aufzunehmen.²⁹ Bei Straßen- und Brückenbaumaßnahmen wäre hingegen bei im Übrigen ähnlicher Vorgehensweise in FB 214.StB unter Nummer 10 (Preisgleitklauseln) „*Stoffpreisgleitklausel gemäß Formblatt Stoffpreisgleitklausel – 225*“

²⁶ vgl. Ziffer I.2.1 im IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.)

²⁷ <https://www.stmb.bayern.de/buw/bau Themen/vergabeundvertragswesen/bauauftraege/index.php>

²⁸ Auch bei Verwendung des FB 225a sind von der Vergabestelle in den Spalten 1 bis 3 sowie 5 Vorgaben zu machen, z.B. welche Baustoffe (Angabe der GP-Nummer) bei welcher Ordnungszahl der Preisgleitung unterliegen oder welcher Abrechnungszeitpunkt festgelegt wird. Die Bieter haben in Spalte 4 den betroffenen Stoffpreis ohne Zuschläge für Umlagen zwingend zu ergänzen.

²⁹ Zum Formulierungsvorschlag hierzu vgl. VHB, Richtlinien zu 225 (Stand November 2022), Allgemeines; Anmerkung hierzu: Dort wird noch – nach veraltetem Stand – auf Nr. 6 des FB 214.H verwiesen.

anzukreuzen.³⁰ Im hierfür einschlägigen FB 211 ist zudem unter Rubrik B) 214.StB nicht vorangekreuzt; es ist demnach von der Vergabestelle aktiv anzukreuzen.

Soll hingegen FB 225a vereinbart werden, ist von der Vergabestelle z.B. bei einer Hochbaumaßnahme folgendermaßen vorzugehen: In FB 211 ist zunächst unter „**Anlagen C) die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind**“ FB 225a mit aufzunehmen und anzukreuzen. In FB 214.H ist unter Ziffer 10 (Weitere Besondere Vertragsbedingungen) die Vereinbarung der Stoffpreisgleitklausel nach FB 225a vorzugeben. In FB 213.H ist unter „**Anlagen?, die Vertragsbestandteil werden**“ im Anschluss an die bereits bestehende Auflistung von der Vergabestelle FB 225a zu ergänzen und bei der Angebotserstellung „*vom Bieter anzukreuzen und beizufügen*“ (siehe hierzu Fußnote 2 in FB 213.H). Im Gegensatz zum Vorgehen bei FB 225 muss hier also der Bieter das FB 225a fertig ausfüllen, dem Angebot beifügen und sich mit der Vereinbarung über Ankreuzen einverstanden erklären. Mit Ziffer 5 in FB 213.H werden auch hier die in FB 211 unter B) vorangekreuzten Anlagen – also FB 214.H mit dem unter Ziffer 10 angegebenen FB 225a – Angebots- und damit im Falle der Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil. Zugleich wird FB 225a durch das Ausfüllen, Beifügen und Ankreuzen durch den Bieter unter „**Anlagen?, die Vertragsbestandteil werden**“ in FB 213.H Angebots- und bei Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil. Von der Vergabestelle darf nicht übersehen werden, dass zusätzlich unter Ziffer 1.1 des FB 216 (Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen) FB 225a aufzunehmen und anzukreuzen ist.

Nach Ziffer II.4 des Schreibens des BMWSB vom 22.06.2022 (a.a.O.) dürfen bei Anwendung des FB 225a Stoffpreise nicht nachgefordert werden. Angebote, bei denen die Bieterangaben des Stoffpreisantils (FB 225a, Spalte 4) fehlen, seien von der Wertung auszuschließen. Die Vergabeunterlagen sind dementsprechend zu gestalten (nähere Hinweise hierzu vgl. o.g. Schreiben des BMWSB, Ziffer II.4). Den Vergabeunterlagen ist demnach das dem BMWSB-Schreiben angehängte Hinweisblatt („*Bieterhinweise zum Formblatt 225a*“) beizufügen, um die Bieter auf die Thematik aufmerksam zu machen.

2.3.2 Bestehende Verträge

Die Anfragen unserer Mitglieder an uns zeigen, dass die Baufirmen die einschlägigen Erlasse und Schreiben der Bundesministerien sowie des StMB und die darauf abstellenden Empfehlungen des StMI (vgl. Abschnitt 2.1) zum Teil als „Bestätigung“ dafür sehen wollen, dass ihnen bei bereits geschlossenen Verträgen eine vollständige Kompensation etwaiger Preisdefizite z.B. durch „Teuerungszuschläge“ oder nachträgliche Preiserhöhungen zusteht. Aber auch abgesehen von den Ministerialschreiben geht die Tendenz derzeit dahin, den Ausnahmecharakter des § 313 BGB zu übergehen und diesen zu einer generellen Anspruchsnorm – also ohne einzelfallabhängige Untersuchungen und Nachweise – auszudehnen. Dabei wird lediglich pauschal auf die Existenz der COVID-19-Pandemie abgestellt bzw. auf den Ausbruch des Krieges am 24.02.2022 in der Ukraine. Zudem stellen wir fest, dass auf die Auftraggeber zunehmend Druck ausgeübt werden soll durch die Androhung, die Arbeiten einzustellen, sofern der Auftraggeber nicht gewillt ist, den Vertrag preislich anzupassen.

Bei **Verträgen ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel, die bis einschließlich 10.03.2022, 24.00 Uhr, submittiert wurden**, hält das Schreiben des StMI von zuletzt

³⁰ vgl. VHB, a.a.O.; Anmerkung hierzu: Dort wird noch – nach veraltetem Stand – auf Nr. 9 des FB 214.StB verwiesen

20.12.2022³¹ die Empfehlungen für bayerische kommunale Auftraggeber zu Vertragsanpassungen bei bestehenden Verträgen³² z.B. durch nachträgliche Preiserhöhungen oder nachträgliche Vereinbarungen von Stoffpreisgleitklauseln aufrecht. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass **Verträge, die ab dem 11.03.2022, 00.00 Uhr, ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel submittiert wurden, von diesen Sonderregelungen ausgenommen** sind. Mehrforderungen bei solchen Verträgen wegen Preissteigerungen bei Bau- oder Betriebsstoffen oder die Behauptung, es bestünde wegen Lieferengpässen ein vertraglicher Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfrist, sind vom Auftragnehmer – wie sonst auch – nachzuweisen und vom Auftraggeber nach den vertraglichen Vereinbarungen und den von der Rechtsprechung gesetzten Leitplanken z.B. zur Auslegung des § 313 BGB dem Grunde und der Höhe nach zu prüfen.

Nicht übersehen werden darf, dass auch für bestehende Verträge ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel, die auf Angebote zurückgehen, deren Angebotseröffnung vor dem 11.03.2022 stattfand, zuvorderst folgende Prämisse gilt: „**Bestehende Verträge sind grundsätzlich einzuhalten und die Leistungen von den Unternehmen wie beauftragt auszuführen**“³³ (Hervorhebung durch den Verfasser). Nur wenn die Grenze der Zumutbarkeit (dazu gleich Näheres unter Abschnitt 2.3.2.1) überschritten ist und es sich um die besonders erwähnten Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) handelt, sind die Sonderregelungen zur Anwendung empfohlen. Nachfolgend geben wir hierzu Hinweise zum sachgerechten Umgang.

2.3.2.1 Grenze der Zumutbarkeit

Voraussetzung für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB ist zwingend, dass einem der beiden Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.³⁴ Ist die Schwelle der Unzumutbarkeit nachweislich überschritten, geht es nicht darum, durch Vertragsanpassung (z.B. Preiserhöhung) sämtliche Nachteile (auch selbst verschuldete, z.B. Kalkulationsfehler) vollkommen auszugleichen oder sogar den Vertrag für den benachteiligten Vertragspartner wieder in die Gewinnzone zu bringen, sondern lediglich, die Zumutbarkeit herzustellen. Das bedeutet, der nach § 313 BGB angepasste Vertrag kann für den betroffenen Vertragspartner dann zwar zumutbar, aber immer noch unauskömmlich sein.³⁵ Das Rücktrittsrecht bzw. Sonderkündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB steht dem Auftragnehmer insofern nur zu, wenn eine Vertragsanpassung trotz nachgewiesener Unzumutbarkeit nicht möglich oder das Festhalten am Vertrag trotz Anpassung weiterhin unzumutbar ist. Vom Rücktritts- bzw. Sonderkündigungsrecht nicht umfasst ist, wenn den Forderungen der Unternehmen nicht in vollem Umfang Rechnung getragen wird.³⁶

³¹ und zwar durch bloßen Verweis auf die Vorgängerschreiben vom 06.04.2022 (a.a.O.) und vom 08.07.2022 (a.a.O.)

³² vgl. Ziffer IV des Schreibens des BMWSB vom 22.06.2022 (a.a.O.): „*Als bestehende Verträge gelten alle Verträge, die bis zu 14 Kalendertage nach Kriegsausbruch, d.h. vor dem 11. März 2022 ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel submittiert wurden.*“

³³ vgl. z.B. Ziffer IV. des Schreibens des BMWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.)

³⁴ vgl. Lührmann/Egle/Thomas, a.a.O., 252

³⁵ vgl. dies., a.a.O., 255

³⁶ Ist ein Rücktritt vom Vertrag oder eine Sonderkündigung nach § 313 Abs. 3 BGB nicht gerechtfertigt, vermag dies dem Grunde nach Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer auszulösen. „*Das Risiko einer insoweit unberechtigten Kündigung trägt das Unternehmen*“ (vgl. Ziffer I. 4.1 IMS vom 08.07.2022, a.a.O.).

Gerät der Auftragnehmer wegen Stoffpreissteigerungen, die erst nach Vertragsschluss eintreten, unverschuldet (was nachzuweisen ist) in Nachteil, ist bei Ansprüchen nach § 313 BGB immer im Einzelfall zu prüfen, ob dieser Nachteil unzumutbar ist. Dabei gibt es weder feste absolute noch feste prozentuale Grenzen, ab deren Überschreiten die Unzumutbarkeit nachgewiesen wäre (z.B. existiert die vermeintliche 20 %-Zumutbarkeitsgrenze bei Pauschalverträgen nicht).³⁷ Ebenso geht es nicht um einzelne Preissteigerungen oder bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis, sondern die Unzumutbarkeit der Abweichung ist immer in Relation zum Gesamtauftrag zu sehen (vgl. Beispiel 1). Nach Ziffer IV.2 des Schreibens des BMWWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) ist zur Beurteilung der Unzumutbarkeit der gesamte Vertrag zu betrachten. Bezugsgröße ist demnach dabei das „Gesamtauftragsvolumen“, zu welchem auch „bereits geschlossene Nachtragsvereinbarungen und bereits vorliegende oder angekündigte Nachtragsangebote einzubeziehen“ seien (vgl. Beispiel 1).

Dies impliziert zum einen, dass erst im Zuge der Schlussabrechnung endgültig beurteilt (und damit vereinbart) werden kann und soll, ob wegen Stoffpreissteigerungen die Grenze der Zumutbarkeit überschritten und deshalb ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vertragsanpassung – z.B. durch nachträgliche Preiserhöhungen – nach § 313 BGB besteht oder nicht (mehr zur Abrechnung der Stoffpreisgleitklausel vgl. Abschnitt 4). Zum anderen geht daraus unmittelbar hervor, dass berechnete Forderungen eines Nachunternehmers auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB gegenüber dem Auftragnehmer von letzterem nicht eins zu eins an dessen Auftraggeber weiterverrechnet werden können (von zusätzlichen unzulässigen Nachunternehmerzuschlägen ganz abgesehen, vgl. Abschnitt 2.3.2.3), da es sich um verschiedene Gesamtauftragsvolumina handelt.

Beispiel 1 aus unserer Beratungspraxis

Submission Baumeisterarbeiten: 14.01.2022

Zuschlagserteilung: 26.01.2022

Auftragssumme inkl. bisher (Stand: Juli 2022) vereinbarter Nachträge: 1.050.000 € brutto

Stoffpreisgleitklausel: Nicht vereinbart

Baubeginn: Mai 2022

Tatsächlich erforderliche (Einkaufs-)Kosten (ohne Zuschläge) in der Position Betonstahl zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses: 70 t à 750 €/t = 52.500 € netto

Mehrforderung des Unternehmens für Betonstahl wegen nachgewiesener Preissteigerung im Einkauf: 500 €/t netto

Positionsbezogene Steigerungsrate der Forderung: $500 / 750 = \text{rd. } 67 \%$

Gesamtvertragsbezogene Steigerungsrate d. Forderung: $(500 \text{ €/t} \times 70 \text{ t}) / (1.050.000 \text{ €} / 1,19) = \text{rd. } 4 \%$

Ergebnis:

Die nachgewiesene Kostensteigerung beim Betonstahl ist in Bezug auf den Gesamtvertrag zumutbar. Kein Anspruch des Unternehmens auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB.

³⁷ vgl. Lührmann/Egle/Thomas, a.a.O., 252 ff. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 02.11.1995 – VII ZR 29/95, BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 53/03 und BGH, Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10. Demnach ist insbesondere das Urteil des BGH vom 30.06.2011 nicht verallgemeinerungsfähig und schon gar nicht auf Stoffpreissteigerungen übertragbar, da es im vom BGH zu beurteilenden Fall um irreführende Angaben des Auftraggebers zur Dicke des abzubrechenden Estrichs bei einem Pauschalvertrag ging (vgl. dazu auch Ziffer IV.2 des Schreibens des BMWWSB vom 25.03.2022, a.a.O.).

Das „Zugeständnis“ an die Auftragnehmer ist nach Ziffer IV.2 des Schreibens des BMWWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) für die besonderen Produktgruppen darin zu sehen, dass die Kriegsergebnisse in der Ukraine „*grundsätzlich geeignet (sind), die Geschäftsgrundlage des Vertrages im Sinne von § 313 BGB zu stören*“. Ob allerdings die Geschäftsgrundlage tatsächlich gestört ist und ob daraus ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB wegen Unzumutbarkeit erwächst, ist dennoch einzelfallabhängig zu prüfen.³⁸ „*Ab welcher Preissteigerung dem Unternehmen ein Anspruch auf Preisanpassung nach § 313 BGB zusteht ..., bleibt eine im Einzelfall zu treffende Entscheidung*“ (Ziff. IV.2 des Schreibens des BMWWSB vom 22.06.2022, a.a.O.). Nach Ziffer IV.2 des Schreibens des BMWWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) ist zwar nicht (mehr) „*eine ohne Vertragsanpassung drohende Insolvenz des Unternehmens ... Voraussetzung*“ für einen Anspruch nach § 313 BGB, „*andererseits genügt es nicht, wenn die höheren Materialpreise (lediglich) den kalkulierten Gewinn aufzehren*“.

Fordert der Auftragnehmer eine Preisanpassung nach § 313 BGB, sind die unter Ziffer IV.4 des Schreibens des BMWWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) beispielsweise aufgelisteten Nachweise zu verlangen (z.B. „*Urkalkulation/Preisblätter*“). Kann damit vom Auftragnehmer im Einzelfall die Unzumutbarkeit nach § 313 BGB nachgewiesen werden, kann diese auf zweierlei Art beseitigt werden: **Entweder durch Vereinbarung einer nachträglichen Stoffpreisgleitklausel**³⁹ unter den in Ziffer IV.5 (Schreiben BMWWSB vom 25.03.2022, a.a.O.) bzw. unter der in Ziffer IV.4.2 (Schreiben des BMWWSB vom 22.06.2022, a.a.O., zur Modifizierung des Selbstbehalts, demnach 10 %) genannten Voraussetzungen⁴⁰ **oder durch eine Mehrkostenbeteiligung** (dazu Näheres unter Abschnitt 2.3.2.3). Zu beachten ist also: „*Die nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel ist eine Möglichkeit, um die Unzumutbarkeit im Sinne von § 313 BGB zu beseitigen*“ (Ziffer I. 4.1 des IMS vom 08.07.2022, a.a.O., Hervorhebung durch den Verfasser). Weitere Preisanpassungen nach § 313 BGB scheiden demnach dann aus. Die nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel steht damit nicht zusätzlich neben Ansprüchen nach § 313 BGB (vgl. Ziffer IV.4.1 des Schreibens des BMWWSB vom 22.06.2022, a.a.O.).

2.3.2.2 Vertragsanpassung unterhalb der Schwelle der Störung der Geschäftsgrundlage?

Zwingende Voraussetzung für eine Vertragsanpassung ist es nach dem IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.) nicht, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach § 313 BGB erfüllt sind. Gelingt dem Auftragnehmer der Nachweis der Unzumutbarkeit nicht, wird im genannten Schreiben die Vertragsanpassung „*Unterhalb der Schwelle der Störung der Geschäftsgrundlage*“ nach dem Prinzip der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO), z.B. durch Mehrkostenbeteiligung oder nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel,⁴¹ offengehalten und zugleich beschränkt (vgl. Ziffer I.4.1 des IMS vom 08.07.2022, a.a.O.). Dabei ist vom kommunalen Auftraggeber zu beurteilen (und zu dokumentieren), dass die Vertragsanpassung

³⁸ Ein „Anspruchsautomatismus“ ist jedenfalls nicht zu erkennen.

³⁹ Dies gilt auch für Dieselmotoren. Zu den Modalitäten vgl. Ziffer IV.4.4 des Schreibens des BMWWSB vom 22.06.2022 (a.a.O.).

⁴⁰ Die Voraussetzungen nach den Sonderregelungen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel bei neuen oder laufenden Vergabeverfahren, dass nämlich der betroffene Stoffkostenanteil mindestens 0,5 % der geschätzten Auftragssumme bzw. über 5.000 € netto und der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und dem vereinbarten Abrechnungszeitpunkt (Einbau, Lieferung oder Verwendung) mindestens einen Monat zu betragen haben, gelten hier nicht.

⁴¹ Dies lesen wir so im IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.) aus dem Kontext heraus. Die Vertragsanpassung durch Mehrkostenbeteiligung oder nachträgliche Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel gehorcht wohl denselben Sonderregelungen.

im Einzelfall mit dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vereinbar ist. Das bedeutet, die Vor- und Nachteile einer Vertragsanpassung „unter Berücksichtigung der konkreten Aspekte des Auftrags“ sind insgesamt abzuwägen. Die unter Ziffer I.4.1 des IMS vom 08.07.2022 (a.a.O.) genannten Beispiele hierzu (Preiserhöhung führt zu einer termingerechten Fortführung der Leistung, Auseinandersetzungen an anderer Stelle werden vermieden, Verwaltungsaufwand und Folgekosten werden erspart) dürfen nicht dazu verleiten, diese als Begründung eines wirtschaftlichen Vorteils zu sehen. Denn es wäre dann beispielsweise von der Kommune zugleich zu begründen, warum der Auftragnehmer nicht ohnehin zur fristgerechten Ausführung der Leistung verpflichtet ist oder, falls ihm nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B die Verlängerung der Ausführungsfrist wegen unverschuldeter Lieferverzögerungen eines bestimmten Baustoffs zusteht, er die Leistung durch Zuzahlung des Auftraggebers dann doch wieder fristgerecht fortführen können soll, obwohl der betreffende Baustoff nach wie vor fehlt. Auch etwa das Ersparen von Verwaltungsaufwand, der dabei entsteht, dass eine Auseinandersetzung mit der Forderung eines Auftragnehmers nach Vertragsanpassung erfolgt, ist an sich kein Grund, zusätzlich Steuergelder in die Hand zu nehmen. Jedenfalls sind die Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 KommHV-Kamerallistik bzw. § 37 Abs. 1 KommHV-Doppik mit einer derartigen Begründung nicht erfüllbar.

Das Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aus Art. 61 GO darf nicht dazu „missbraucht“ werden, einen Anspruch zu konstruieren, obwohl es keine Anspruchsgrundlage gibt. Insofern ist von der im Erlass des Bundes bzw. im IMS vom 08.07.2022 erwähnten Möglichkeit einer Vertragsanpassung „unterhalb der Schwelle der Störung der Geschäftsgrundlage“ äußerst zurückhaltend und nicht vorschnell Gebrauch zu machen.

2.3.2.3 Mehrkostenbeteiligung

Besteht nach den in diesem Beitrag genannten Ministerialschreiben ein Anspruch des Auftragnehmers auf Beteiligung an einer Stoffpreissteigerung zur Herstellung der Zumutbarkeit nach § 313 BGB oder soll in äußersten Ausnahmefällen (vgl. Abschnitt 2.3.2.2) nach dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit eine Kostenbeteiligung durch den Auftraggeber erfolgen, ist Folgendes zu beachten:

Unter Kosten in diesem Sinne sind die direkten Kosten, auch Einzelkosten der Teilleistung (EKT) oder auch unmittelbare Herstellungskosten genannt, zu verstehen. Die Zuschläge für Gemeinkosten, etwa für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn bleiben unberücksichtigt.

Es besteht kein Anspruch auf Erstattung sämtlicher direkter Mehrkosten im Vergleich zu den kalkulierten Kosten. Die Ministerialschreiben bedeuten keinesfalls, dass unauskömmliche Vertragspreise oder Kalkulationsfehler ausgeglichen werden. Unter Berücksichtigung der Herstellung der Zumutbarkeit ist nach Ziffer IV.2 des Schreibens des BMWStB vom 25.03.2022 (a.a.O.) eine „Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten ... regelmäßig unangemessen“. Die Beteiligung an den nachgewiesenen direkten Mehrkosten beträgt also grundsätzlich maximal 50 %.

Vorsicht ist geboten bei Kalkulationsansätzen unterhalb des tatsächlich Erforderlichen: Liegen z.B. einer bestimmten Betonstahlsorte statt tatsächlich erforderlich 1.000,- €/t zum Zeitpunkt des

Vertragsschlusses⁴² nur 600 €/t als EKT zugrunde und soll genau diese Stahlsorte in der ausgeschriebenen Menge (+/- 10 %) zur Ausführung kommen, kann und darf dieses Unterangebot durch die einschlägigen Ministerialschreiben nicht „geheilt“ werden, indem bei der Bestimmung der Stoffmehrkosten auf den vom Auftragnehmer zu verantwortenden unauskömmlichen Kostenansatz abgestellt wird; denn dies liefe dem Sinn und Zweck der ministeriellen Regelungen zuwider. Insofern ist zu empfehlen, die Mehrkosten in diesem Sinne auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen (direkten) Kosten⁴³ für die Vertragsleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. – ausnahmsweise (siehe Fußnote 42) – des Angebotszeitpunkts zu bestimmen. Hier im Beispiel bedeutet das: Kostet der vereinbarte Stahl infolge Preissteigerungen nun tatsächlich erforderlich 1.300 €/t und betragen die tatsächlich erforderlichen Kosten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 1.000 €/t und wurden vom Auftragnehmer die direkten Kosten in Höhe von 600 €/t kalkuliert, betragen die direkten Mehrkosten $1.300 - 1.000 = 300$ €/t, nicht $1.300 - 600 = 700$ €/t. Sind in diesem Beispiel alle erforderlichen Nachweise durch den Auftragnehmer erbracht, stünde nach dem Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022 (a.a.O.) bzw. der darauf abstellenden Empfehlung des StMI eine maximale Kostenbeteiligung in Höhe von 150 €/t (≤ 50 % der Mehrkosten) zzgl. USt im Raum.

Anmerkung:

Tatsächlich erforderlich sind diejenigen Kosten, welche sich unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der mit ihm verbundenen Randbedingungen unter objektiver Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots – im Sinne von kostengünstigst – ergeben. „Tatsächlich erforderliche Kosten“ dürfen keinesfalls mit „tatsächlichen Kosten“ im Sinne einer Selbstkostenerstattung verwechselt werden.

2.3.2.4 Vertragsanpassung durch Anordnung einer geänderten Leistung

Der kommunale Auftraggeber hat bei einem VOB/B-Vertrag jederzeit die Möglichkeit, Änderungen des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B einseitig anzuordnen. Kommt es zu drastischen Materialpreiserhöhungen, welche Ansprüche des Auftragnehmers nach § 313 BGB auszulösen vermögen (vgl. Abschnitt 2.3.2.1), kann der Auftraggeber erwägen, ob eine Änderung des Vertrags über § 1 Abs. 3 VOB/B zu einer wirtschaftlicheren Lösung für ihn führt (vgl. Beispiel 2).

⁴² bzw. – unter ganz engen Grenzen – ausnahmsweise zum Angebotszeitpunkt, falls sich die direkten Einkaufskosten für den betroffenen Betonstahl in der Zwischenzeit deutlich erhöht haben sollten, obwohl der Auftragnehmer nachweislich alles in seiner Macht stehende unternommen hat (z.B. Versuch des Einholens von Lieferantenangeboten mit ausreichender Bindefrist), um eine Kostenänderung zwischen Angebotszeitpunkt und Zeitpunkt des Vertragsschlusses innerhalb der Bindefrist zu verhindern.

⁴³ Näheres hierzu vgl. Sonderbeitrag Wernthaler unter https://www.bkpv.de/fileadmin/redaktion/PDFs/Loesungsvorschlag_zur_Nachtragspreisermittlung_nach_2_Abs._3_Nr._2_Abs._5_und_Abs._6_VOB_B_mit_Fallbeispielen_mit_Lesezeichen_copy.pdf

Beispiel 2 aus unserer Beratungspraxis

Bauvorhaben/Gewerk: Sanierung Schulturnhalle/Sportboden

Submission: 21.02.2022

Zuschlagserteilung: 16.03.2022

Auftragssumme inkl. bisher vereinbarter Nachträge: 45.500 € netto

Anteil Materialkosten Sportboden: rd. 28.000 € netto (69,- €/m² x 405 m²)

Gemeinkostenzuschlag auf Stoffkosten: 15 %

Stoffpreisgleitklausel: Nicht vereinbart

Angebotspreis des Unternehmens für Sportboden wegen Preissteigerung: 93 €/m² netto

Angebotspreis für sofort lieferbaren und gleichwertigen Alternativboden: 80 €/m² netto

Positionsbezogene Steigerungsrate der Forderung: $93 / 69 = \text{rd. } 35 \%$

Gesamtvertragsbezogene Steigerungsrate d. Forderung: $[(93 - 69) \text{ €/m}^2 \times 405 \text{ m}^2] / 45.500 \text{ €} = \text{rd. } 21 \%$

Unterstellung: Der AN kann die Unzumutbarkeit nach § 313 BGB nachweisen.

A) Maximale Mehrkostenbeteiligung durch Kommune bei Festhalten an vorgesehenem Boden:

$\leq 50 \% \times (93 - 69) \text{ €/m}^2 / 1,15 = \underline{10,43 \text{ €/m}^2}$ zzgl. USt

B) Alternativboden (Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B):

Anspruch des AN nach § 2 Abs. 5 VOB/B auf Vereinbarung eines neuen EP unter Berücksichtigung der Mehrkosten M zzgl. angemessenem Zuschlag:

$M = (80 - 69) / 1,15 = 9,57 \text{ €/m}^2$

Angemessener Zuschlag: 15 %

Mehrvergütung (zusätzlich zu den vereinbarten 69 €/m²): $9,57 \times 1,15 = \underline{11 \text{ €/m}^2}$ zzgl. USt

Fazit:

Variante A) ist für den Auftraggeber zwar preisgünstiger als Variante B). Allerdings kann es wirtschaftlicher sein, die Differenz in Höhe von 0,57 €/m² zzgl. USt zusätzlich in die Hand zu nehmen, wenn damit ein gleichwertiger und sofort lieferbarer Sportbodenbelag in Auftrag gegeben werden kann und damit höhere Zusatzkosten (z.B. anfallende Kosten für den Transport der Schüler zu einer Ausweichhalle, bis der ursprünglich bestellte Sporthallenboden lieferbar und eingebaut ist) vermieden werden.

2.3.2.5 Verlängerung der Ausführungsfrist

Nach den einschlägigen Ministerialschreiben sind bei bestehenden Verträgen, welche vor dem 11.03.2022 submittiert wurden, an den Nachweis der momentanen Nichtverfügbarkeit von Materialien aus den besonders erwähnten Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) „keine überspannten Anforderungen zu stellen“ (Ziffer IV.1 des Schreibens des BMWSB vom 22.06.2022, a.a.O.). Und weiter: „Sofern der Mangel nicht verwaltungsseitig bekannt ist, kann der Nachweis beispielsweise durch Vorlage von Absageschreiben von drei Baustofflieferanten geführt werden.“

Daraus ist abzulesen, dass bei Lieferengpässen von Baustoffen aus den genannten Produktgruppen bei Altverträgen (**also nicht bei Bauverträgen, die ab dem 11.03.2022 submittiert wurden**) die Hürde zum Überspringen der Anspruchsvoraussetzung zur Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B abgesenkt werden soll (weitere Regelungen zur Fristverlängerung: siehe Ziffer IV.1 des Schreibens des BMWSB vom 25.03.2022, a.a.O.). Dies ist ein weiteres Entgegenkommen an die Auftragnehmer, da damit, rein rechtlich gesehen, mit Ablauf des vereinbarten Fertigstellungstermins kein Verzug eintritt.

Allerdings gehen die Ministerialschreiben an dieser Stelle aus unserer Sicht zu weit, da einseitig festgelegt werden soll, dass der Auftraggeber im Falle einer Ausführungsfristverlängerung gegenüber Folgegewerken nicht in Annahmeverzug geraten werde, wenn sich deren Leistung in der Folge verschieben müsse. Ob die Folgegewerke dies auch so sehen, ist stark anzuzweifeln.

2.3.2.6 Umgang mit Androhungen der Auftragnehmer, die Arbeiten einzustellen

In unserer Beratungspraxis stoßen wir vermehrt auf Mehrforderungen der Auftragnehmer mit der Begründung, die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist sei (ohne Eigenverschulden) abgelaufen und demnach bestehe für die noch nicht erbrachte monetäre Restleistung z.B. ein Anspruch auf Teuerungszuschlag wegen allgemein gestiegener Baupreise bzw. insbesondere wegen gestiegener Materialkosten. Dieser Zuschlag soll sich dann z.B. prozentual an der Erhöhung des Baupreisindex für Wohngebäude orientieren.⁴⁴ Eine andere Forderungsvariante ist, dass bei den betroffenen Positionen der Stoffpreisanteil durch die Differenzbildung aus den Lieferantenangeboten zur Zeit der Angebotserstellung und zur Zeit der verspäteten Bauausführung zzgl. der Bezuschlagung für Gemeinkosten und Wagnis/Gewinn erhöht wird. Verbunden mit derlei Forderungen ist nicht selten die Androhung, die Arbeiten einzustellen, sollte auf diese Forderungen nicht (vollumfänglich) eingegangen werden.⁴⁵

Dem ist unbedingt entgegenzuhalten: Vereinbart ist, dass Streitfälle den Auftragnehmer nicht berechtigen, die Arbeiten einzustellen (§ 18 Abs. 5 VOB/B). Wenn der Auftraggeber Nachtragsforderungen nicht ohne Prüfung von vornherein ganz und gar ablehnt, sondern z.B. berechtigt auf die erforderliche Zeit zur Prüfung der Forderung hinweist und den Auftragnehmer zur Weiterführung der Arbeiten auffordert, besteht kein Recht des Auftragnehmers zur Einstellung der Arbeiten. Der Auftraggeber kann vielmehr im Falle einer unberechtigten Einstellung der Arbeiten durch den Auftragnehmer, wie jüngst im Urteil des OLG Stuttgart⁴⁶ entschieden, den Vertrag ggf. fristlos kündigen (die Umstände des Einzelfalls sind dabei immer zu berücksichtigen). Nach dem genannten Urteil sind die Parteien eines VOB/B-Vertrags zur Kooperation verpflichtet. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Vertragsanpassung, seien sie grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu versuchen. Ungeklärte Nachtragsforderungen berechtigten den Auftragnehmer nicht dazu, die Arbeiten einzustellen. Es sei dem Auftragnehmer zumutbar, die Nachtragsleistungen zu erbringen und deren Berechtigung später – ggf. nach gerichtlicher Überprüfung – abzuklären. Die Einstellung der vom Nachtrag nicht betroffenen vertraglichen Leistungen unter Hinweis auf einen nicht genehmigten Nachtrag dürfte generell unzulässig sein. Der Auftragnehmer darf die Arbeiten dagegen bei Zahlungsverzug bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist (§ 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B). Das Vorliegen eines Zahlungsverzugs muss der Auftragnehmer beweisen. Von der manchmal vorgefundenen Praxis, ungeprüfte Forderungen zur „Beruhigung“ des Auftragnehmers und zur Förderung des weiteren Baufortschritts dem Grunde nach anzuerkennen, obwohl diesbezüglich mindestens Zweifel bestehen, muss dringend abgeraten werden, da sich der Auftraggeber mit einem solchen Anerkenntnis rechtlich in eine denkbar schlechte Verhandlungsposition bringt. Die Hürden für die Darlegung eines Anspruchs dem

⁴⁴ Dass übrigens nach demselben Gedankengang Auftragnehmer im Falle sinkender Indizes Sondernachlass gewähren, ist uns nicht bekannt.

⁴⁵ Auch andere Nachtragsforderungen, z.B. bei geänderten Leistungen oder bei Mehrmengen über 10 %, werden in jüngerer Zeit vermehrt mit derartigen Androhungen verknüpft.

⁴⁶ OLG Stuttgart, Urteil vom 17.08.2021 – 10 U 423/20

Grunde nach sind hoch. Die Höhe des Anspruchs kann dagegen in einem Rechtsstreit vom Gericht geschätzt werden, wenn es über das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach keinen Streit mehr gibt (z.B. wegen Vorliegens eines vorschnell erklärten Anerkenntnisses).

3 Stoffpreisgleitklausel: Grundleistung der Planer

An uns wurden wiederholt Fälle herangetragen, bei denen der beauftragte Architekt bzw. Ingenieur zusätzliches Honorar für die von ihm im Zusammenhang mit einer Stoffpreisgleitklausel erbrachten Leistungen fordert. Konkret geht es z.B. um die Aufnahme einer sachgerechten Klausel in die Vergabeunterlagen und den hierfür erforderlichen Aufwand oder um den zusätzlichen Aufwand, der durch eine Stoffpreisgleitklausel im Rahmen der Prüfung von Rechnungen entsteht.

Begründet wird die Forderung im Kern damit, dass sich die im Zusammenhang mit der Aufnahme von Stoffpreisgleitklauseln erbrachten Leistungen nicht eindeutig einer der in der HOAI beschriebenen (und im Regelfall vereinbarten) Grundleistungen zuordnen lassen würden und daher als Besondere Leistungen zu vergüten seien. Die Architektenkammern sehen ihre Mitglieder mit besonderen Anforderungen konfrontiert, die einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würden. Rechtsprechung liegt bislang soweit ersichtlich nicht vor.

Wir nehmen hierzu Stellung wie folgt:

Die Aufnahme von Stoffpreisgleitklauseln in die Vergabeunterlagen und deren Berücksichtigung durch den Planer im Laufe der Baumaßnahme ist in den üblichen Architekten- und Ingenieurverträgen nicht ausdrücklich als Leistung geregelt. Dennoch halten wir es für richtig, dass die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel in die Vergabeunterlagen zu den (regelmäßig übertragenen und mit dem hierfür vereinbarten Honorar abgegoltenen) Grundleistungen der LPH 6 und 7 (Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe) und auch deren weitere Berücksichtigung, insbesondere bei der Prüfung von Rechnungen, zu den Grundleistungen der LPH 8 (Objektüberwachung) gehört.

Ein fachkundiges Architektur- bzw. Ingenieurbüro ist auch ohne ausdrücklichen Hinweis im Vertrag verpflichtet, wirtschaftlich zu planen und auszuschreiben. Bei einer Ungewissheit über die Preisentwicklung bezüglich diverser Baustoffe kann es für den Auftraggeber durchaus wirtschaftlich sein, eine Stoffpreisgleitklausel in den Vertrag aufzunehmen. Nimmt er bei Vorliegen der in den Erlassen des Bundes sowie im VHB erwähnten Voraussetzungen keine Stoffpreisgleitklausel in den Vertrag auf, drohen Risikozuschläge der Bieter und es kann passieren, dass keine oder nur sehr wenige Angebote eingehen, da die Firmen das Preissteigerungsrisiko nicht einseitig tragen wollen. Büros, die öffentliche Bauaufträge betreuen, müssen diese Situation und zudem auch die Regelungen der (zwingend bei öffentlichen Vergaben anzuwendenden) VOB/A und VOB/B kennen und bei ihren Leistungen berücksichtigen, z.B. also auch § 9d VOB/A, der die Möglichkeit von (u.a.) Stoffpreisgleitklauseln ausdrücklich vorsieht. Damit gehört es zu den – auch ohne Erwähnung – geschuldeten Leistungen, in geeigneten Fällen eine Stoffpreisgleitklausel in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Der Architekt bzw. Ingenieur hat als Ersteller des Leistungsverzeichnisses die Übersicht, ob die Voraussetzungen für eine Stoffpreisgleitklausel (siehe oben) vorliegen oder nicht. Dementsprechend ist es auch ohne besondere Erwähnung im Vertrag seine Pflicht, seinem Auftraggeber die Aufnahme einer solchen Klausel ggf. zu empfehlen und, wenn dieser einverstanden ist, sie zwar nicht zu erfinden, aber mittels Vorlagen zu formulieren. Hierfür

sind bei Verwendung der Klauseln aus den Vergabehandbüchern keine vertieften Rechtskenntnisse erforderlich⁴⁷, vielmehr sind maßnahmen- und marktbezogene fachliche Informationen gefragt. Wer sonst als der Architekt oder Ingenieur der Maßnahme sollte diese haben? Dass Architektenkammern ihren Mitgliedern, die anerkanntermaßen als Sachwalter des Bauherrn eine besondere Vertrauensstellung innehaben sollten, empfehlen, hierfür eine gesonderte Vergütung zu verlangen,⁴⁸ wird dieser vertraglichen Pflichtenverteilung nicht ohne Weiteres gerecht. Enthalten Bauverträge eine Stoffpreisgleitklausel, so muss der Architekt oder Ingenieur diese Regelung bei der Prüfung der Firmenrechnungen selbstverständlich – wie andere Abrechnungsvereinbarungen auch, z.B. einen vereinbarten Nachlass – berücksichtigen und den hierzu erforderlichen Prüfaufwand im Rahmen der Grundleistung „Rechnungsprüfung“ aufwenden. Eine gesonderte Vergütung steht ihm hierfür u.E. nicht zu.

Bisweilen wird für die Einordnung der im Zusammenhang mit Stoffpreisgleitklauseln stehenden Tätigkeiten des Architekten als Besondere Leistungen angeführt, die Grenzen einer erlaubten rechtsbesorgenden Nebenleistung des Architekten würden spätestens dann überschritten, wenn es um komplexe Rechtsfragen gehe, die erhebliches Risikopotenzial bergen.⁴⁹ Das sei bei Preisgleitklauseln vor allem wegen der schwierigen Wahl des Maßstabs so, nach welchem diese zu empfehlen sein sollen.⁵⁰ Abgesehen davon, dass die Grenzen erlaubter Rechtsberatung unabhängig von der Einordnung als Grund- oder Besondere Leistungen zu beachten sind, kann man nicht pauschal sagen, die Wahl des Maßstabs für die Empfehlung von Preisgleitklauseln sei generell schwierig und berge komplexe Rechtsfragen, welche die Anforderungen an das Berufsbild des Architekten überschritten. Das hieße, das Licht unter den Scheffel zu stellen. Die Schwierigkeit liegt hier oftmals in der praktischen, fachlichen Beurteilung, z.B. in der Bestimmung eines belastbaren Basiswertes 1 in Zeiten instabiler Marktpreise. Auch der Vergleich der Komplexität von Preisgleitklauseln mit derjenigen anderer Fragen, deren Lösung zu den Grundleistungen des Architekten gehört (wie Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe), spricht nicht für eine besondere Heraushebung der Preisgleitklauseln. Überdies ist es natürlich – wie überall im Berufsleben – auch am Architekten, seine Fähigkeiten und Kenntnisse weiterzuentwickeln. Literatur, Rechtsprechung und öffentliche Hand geben dazu Hilfestellung (siehe Fußnote 27).

Soweit ein Mehraufwand des Architektur- bzw. Ingenieurbüros durch eine Stoffpreisgleitklausel gesehen wird, mag dieser konkret im Vergleich zu einem Standardprozedere ohne Stoffpreisgleitklausel entstehen. Das Honorar wird üblicherweise (bei der Orientierung an der Systematik der HOAI) aber nicht aufwandsbezogen ermittelt, so dass dies kein Argument für einen zusätzlichen Honoraranspruch ist. Ob für den Architekten bzw. Ingenieur ein geringer, normaler oder erhöhter Aufwand entsteht, hängt von vielen Rahmenbedingungen ab, auf die zum Teil weder Bauherr noch Planer Einfluss haben (z.B. schlechtes Wetter oder die Insolvenz einer Baufirma). Die fehlende Berücksichtigung des konkret angefallenen Aufwands ist für die Planer keineswegs immer

⁴⁷ Erleichtert wird die Behandlung der Thematik mittlerweile auch durch die Arbeits- und Berechnungshilfe zur Stoffpreisgleitklausel (vgl. Abschnitt 2.3.1.2 sowie insbesondere Fußnote 27).

⁴⁸ Bayerische Architektenkammer, <https://www.byak.de/aktuelles/newsdetail/preisstaeigerungen-bei-baumaterialien.html>, mit Verlinkung auf Hartmann/Kerkhoff/Prause/Zimmermann/Ziser, Preisanstieg bei Baumaterial: Folgen für Architekten, Deutsches Architektenblatt, aktualisiert September 2022, <https://www.dabonline.de/2021/05/19/preisstaeigerung-preisanstieg-baumaterial-baustoffe-teurerer-architekten-baukosten-holz-stahl/>

⁴⁹ Raue, Stoffpreisgleitklauseln und Leistungspflichten des Architekten, Stand 11.08.2022, unter Verweis auf OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 07.05.2020 – 3 U 2182/19); <https://raue.com/aktuell/branchen/immobilien-und-infrastruktur/immobilien/stoffpreisgleitklauseln-und-leistungspflichten-des-architekten/>

⁵⁰ Raue, a.a.O., S. 2 der Druckversion

von Nachteil. Diese müssen z.B. keine Kürzung des für die LPH 8 (Objektüberwachung) vereinbarten Honorars hinnehmen, wenn die Objektüberwachung verhältnismäßig wenig Aufwand macht, weil die beauftragten Firmen vorbildlich arbeiten.

Der Freistaat Bayern und die Bayerischen Kommunalen Spitzenverbände sehen die Leistungen der Architektur- und Ingenieurbüros im Zusammenhang mit der Stoffpreisgleitklausel nach unserer Kenntnis (vgl. z.B. Fußnote 22) ebenfalls grundsätzlich als Grundleistungen an.

4 Hinweise zur Abrechnung von Mehr- und Minderforderungen aus der Stoffpreisgleitklausel

Nach § 14 Abs. 1 VOB/B sind Änderungen und Ergänzungen des Vertrags in der Rechnung (sowohl bei Abschlags- als auch Schlussrechnungen) besonders kenntlich zu machen. Mehr- oder Minderforderungen aus der Stoffpreisgleitklausel gehören zu solchen Vertragsergänzungen. Diese Forderungen sind, ähnlich wie Nachtragsforderungen, nicht in die positionsweise Abrechnung einzubeziehen (z.B. durch Erhöhen oder Absenken vertraglich vereinbarter Einheitspreise), sondern im Anschluss an die Abrechnung der Leistungsverzeichnis-Positionen getrennt (z.B. in einem zu ergänzenden Titel „Stoffpreisgleitklausel“) und prüfbar (z.B. durch Verwendung der vom StMB bzw. StMI empfohlenen Arbeitshilfe, vgl. Abschnitt 2.3.1.2) anzugeben. Auf Verlangen des Auftraggebers sind Mehr- oder Minderaufwendungen aus der Stoffpreisgleitung getrennt abzurechnen (§ 14 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 VOB/B). Die beauftragten Unternehmen sind darauf hinzuweisen. Abrechnungen, die dem nicht entsprechen, sind wegen mangelnder Prüfbarkeit unter Angabe der genannten Begründung unmittelbar an den Auftragnehmer zurückzugeben.

Mehr- oder Minderkosten aus der Stoffpreisgleitklausel können bzw. sollten bereits mit Abschlagsrechnungen geltend gemacht werden.⁵¹ Vorteil der oben beschriebenen getrennten Ausweisung der Mehr- bzw. Minderaufwendung aus der Stoffpreisgleitung in der Abrechnung ist, dass die Mehr- oder Minderkosten als eigenständiger Einzelbetrag angegeben werden, welcher sich im Laufe der weiteren Abschlagsrechnungen entsprechend der Indexentwicklung bis hin zur Schlussrechnung kumulativ fortentwickelt. Ein weiterer Vorteil der besonderen Kenntlichmachung ist, dass bei Forderungen nach Umlagenausgleich (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B) die Mehr- oder Minderkosten aus der Stoffpreisgleitung nicht versehentlich mit einbezogen werden.⁵²

⁵¹ Die Erzeugerpreisindizes für gewerbliche Produkte werden in der Regel am 20. des Folgemonats veröffentlicht; Stichtag der Erhebungen ist dabei der 15. des Monats. Mehr- oder Minderkosten aus der Stoffpreisgleitklausel können deshalb nicht im Monat des nach FB 225 vereinbarten Abrechnungszeitpunkts (Einbau, Lieferung oder Verwendung) abgerechnet werden, sondern erst ab dem 20. Kalendertag des Folgemonats.

⁵² Mehr- oder Minderkosten aus der Stoffpreisgleitklausel bleiben bei der Ausgleichsberechnung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B unberücksichtigt, da sie keine Umlagen für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn enthalten.

5 Empfehlungen für die künftige Ausschreibung von Bauleistungen mit kritischen Materialien

Dass sich die Preise insbesondere von Baustoffen zwischendurch immer wieder volatil verhalten, ist nicht ungewöhnlich, wie der Blick in die jüngere Vergangenheit zeigt: Auch während des Asien-Booms 2004, der Finanzkrise 2008 und der Eurokrise 2010 kam es zu größeren Preisschwankungen. Getreu dem Motto „Nach der Krise ist vor der Krise“ sind die Baubeteiligten gut beraten, sich für derlei (auch künftige) Schwankungen zu wappnen. Dazu gehört auch, mit Preissteigerungen und Lieferengpässen von Baustoffen richtig umzugehen, da diese Auslöser für gestörte Bauabläufe mit entsprechenden finanziellen Auswirkungen, z.B. Schadenersatz- oder Entschädigungsforderungen der Auftragnehmer, sein können.

Ist abzusehen, dass es bei bestimmten lagerfähigen Baustoffen oder Materialien (z.B. Baustahl oder Installationsmaterial für die Beleuchtung) zu Lieferschwierigkeiten mit entsprechend negativen Auswirkungen auf die Bauzeit kommen kann, empfehlen wir, für diese kritischen Stoffe jeweils eine gesonderte Position im Leistungsverzeichnis vorzusehen. Welche Stoffe und Materialien als kritisch einzustufen sind, sollte nach Erfahrung der Bauverwaltung unter Rücksprache mit den beauftragten Planern beurteilt (und mit Blick auf die vertragliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Planern dokumentiert) werden. In diesen Positionen ist festzulegen, dass der bauausführende Auftragnehmer z.B. zehn Werktage nach Zuschlagserteilung dem Auftraggeber eine Bestätigung seines Stoff- bzw. Materiallieferanten vorzulegen hat, woraus hervorgeht, wann der betreffende Stoff bzw. das Material geliefert wird. Zudem ist in diesen Positionen festzuschreiben, wo das betreffende Material unter welchen Bedingungen (z.B. trocken, vor Diebstahl und Vandalismus geschützt) zwischengelagert wird (z.B. in einer abschließbaren Halle der Kommune). Soll der bauausführende Auftragnehmer die Zwischenlagerhaltung und später den Transport vom Zwischenlager zur Baustelle übernehmen, sind diese Leistungen zusätzlich im Leistungsverzeichnis mit aufzunehmen, z.B. durch Zulagepositionen. Darüber hinaus ist zu vereinbaren, dass der bauausführende Auftragnehmer eine Abschlagsrechnung für die vorab gelieferten Stoffe und Materialien stellen kann, worauf er eine Abschlagszahlung gegen Sicherheitsleistung durch Bürgschaft in Höhe der Zahlung erhält (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 17 Abs. 4 VOB/B)⁵³. Eine Zahlung ohne Sicherheit bürge erhebliches finanzielles Risiko für die Kommune z.B. für den Fall, dass die fraglichen Stoffe und Bauteile nicht auftragsgebunden verwendet werden oder etwa beschädigt oder entwendet werden. Nach Lieferung des betreffenden Materials ist dieses nach Menge und Qualität zu prüfen und die Prüfung zu dokumentieren.

Durch dieses Vorgehen kann zwar nicht sichergestellt werden, dass die kritischen Stoffe dann auch tatsächlich zum erforderlichen Zeitpunkt zur Verfügung stehen, es wird aber ein wesentlicher Impuls zur rechtzeitigen Disposition gesetzt, um dadurch die Wahrscheinlichkeit der Verfügbarkeit deutlich zu erhöhen. Zusätzlich entsteht dadurch Kostensicherheit. Wenngleich geringe Zusatzkosten durch z.B. Lagerhaltung, Zwischentransporte und Bürgschaften entstehen, werden im Gegenzug eventuelle Folgekosten wegen gestörter Bauabläufe eingedämmt.

⁵³ vgl. hierzu z.B. auch VHB, Richtlinien zu 214.H (Stand November 2019), Ziffern 6 und 9.1 und VHB, FB 214.H (Stand November 2020), Ziffer 6

6 Zusammenfassung

Seit dem Jahreswechsel 2020/2021 sind in Deutschland bei verschiedenen wichtigen Bau- und Betriebsstoffen eklatante Preissteigerungen mit unbeständigen Preisentwicklungen und Lieferengpässen zu verzeichnen. Verstärkt wurde dieser Effekt mit Ausbruch des Krieges in der Ukraine am 24.02.2022. Den bayerischen kommunalen Auftraggebern werden durch das Schreiben des StMI von zuletzt⁵⁴ 20.12.2022 (IMS vom 20.12.2022, B3-1512-30-139-65) befristet bis zum 30.06.2023 Empfehlungen zum Umgang mit dieser Entwicklung sowohl bei neuen als auch laufenden Vergabeverfahren sowie bei bestehenden Verträgen (Submission bis einschließlich 10.03.2022, 24.00 Uhr) an die Hand gegeben. Für bestimmte Produktgruppen (vgl. Fußnote 14) wurden im Rahmen dieser Empfehlungen Sonderregelungen eingeführt, u.a. zur Anwendbarkeit der Stoffpreisgleitklausel bei neuen und laufenden Vergabeverfahren. Für Baustoffe, die nicht zu den besonders erwähnten Produktgruppen gehören, wird dort die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln empfohlen, sofern die Vorgaben nach den Richtlinien zu FB 225 VHB erfüllt sind (Zusatzbedingung: Der jeweilige Stoffkostenanteil überschreitet 5.000 € netto).

Zur Erleichterung im Umgang mit der Stoffpreisgleitklausel bei neuen und laufenden Vergabeverfahren verweisen der Freistaat Bayern und die Bayerischen Kommunalen Spitzenverbände auf die vom Staatlichen Bauamt Bamberg entwickelte Excel-basierte Arbeits- und Berechnungshilfe. Das StMI empfiehlt den bayerischen kommunalen Auftraggebern die Anwendung dieser Arbeitshilfe. Sie ist im Internet frei erhältlich (vgl. Fußnote 27). Vom StMB wird allen Baubeteiligten, auch beauftragten Dritten (z.B. Architektur- oder Ingenieurbüros), die Anwendung der Arbeitshilfe auch aus Gründen der Vereinheitlichung empfohlen. Der Umgang mit der Stoffpreisgleitklausel insbesondere im Rahmen der Ausschreibung und Vergabe sowie Abrechnung von Bauleistungen gehört grundsätzlich zu den Grundleistungen der beauftragten Büros. Sollte der Basiswert 1 nicht belastbar zu ermitteln sein, kann alternativ zu FB 225 das FB 225a verwendet werden.

Bei VOB/B-Bauverträgen gelten die vereinbarten Einheitspreise innerhalb des Mengenkorridors von 90 % bis 110 % der ausgeschriebenen Menge (Festpreisvertrag). Verlangt der Auftragnehmer bei Verträgen ohne Stoffpreisgleitklausel eine Mehrvergütung wegen Preissteigerungen bei Bau- oder Betriebsstoffen (Vertragsanpassungsverlangen nach § 313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage), ist diese Forderung vom Unternehmen immer einzelfallabhängig auf Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen und den von der Rechtsprechung gesetzten Leitplanken dem Grunde und der Höhe nach zu begründen. Auch vertragliche Ansprüche auf Verlängerung der Ausführungsfrist sind – wie üblich – nachzuweisen. Allein die Tatsache an sich, dass es seit ca. Februar/März 2020 die COVID-19-Pandemie gab und seit dem 24.02.2022 in der Ukraine Krieg herrscht, reicht nicht als Begründung aus.

Handelt es sich um bestehende Verträge ohne Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel, die bis spätestens 10.03.2022, 24.00 Uhr, submittiert wurden, ist es prüfungsseitig nicht zu beanstanden, wenn bayerische kommunale Auftraggeber zur Prüfung von Forderungen nach § 313 BGB in Gänze auf die Empfehlungen im IMS von zuletzt 20.12.2022 zurückgreifen (Anwendung der Sonderregelungen für die besonders genannten Produktgruppen [vgl. Fußnote 14]). Ebenfalls beanstanden wir es nicht, wenn bei bestehenden Verträgen, welche bis spätestens 10.03.2022, 24.00 Uhr, submittiert wurden, im Fall von Lieferengpässen von Baustoffen aus diesen besonders genannten Produktgruppen die Hürde zum Überspringen der Anspruchsvoraussetzung zur Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B nach den Empfehlungen im IMS abgesenkt wird.

⁵⁴ Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags: Februar 2023

Besteht dem Grunde nach kein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB, gibt es allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen die Möglichkeit, den Vertrag nach dem Prinzip der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO) anzupassen. Die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer solchen Anpassung wären in jedem Fall ausführlich zu dokumentieren.

Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten zu Mehrforderungen des Bauunternehmens insbesondere wegen Materialpreissteigerungen und Lieferengpässen berechtigen das Unternehmen nicht dazu, die Arbeiten einzustellen (§ 18 Abs. 5 VOB/B).