

<b>Vorlage</b>		<b>Vorlage-Nr:</b> Dez II/0012/WP18
Federführende Dienststelle: FB 20 - Fachbereich Finanzsteuerung		Status: öffentlich
Beteiligte Dienststelle/n:		Datum: 27.05.2022
		Verfasser/in: Jonek, Pascal
<b>Preissteigerung von Baumaterialien: Einführung einer befristeten Preisgleitklausel</b>		
<b>Ziele:</b>		
<b>Beratungsfolge:</b>		
<b>Datum</b>	<b>Gremium</b>	<b>Zuständigkeit</b>
31.05.2022	Finanzausschuss	Anhörung/Empfehlung
08.06.2022	Rat der Stadt Aachen	Entscheidung

**Beschlussvorschlag:**

Der Finanzausschuss nimmt die Ausführungen der Verwaltung zur Kenntnis und empfiehlt dem Rat aufgrund der erheblichen Materialpreissteigerungen eine Anpassung der städtischen Vergabeverfahren durch Einarbeitung von Stoffpreisgleitklauseln in zukünftige Verträge, zunächst befristet bis zum 30.09.2022, zu beschließen.

Der Rat nimmt die Ausführungen der Verwaltung zur Kenntnis und beschließt aufgrund der erheblichen Materialpreissteigerungen eine Anpassung der städtischen Vergabeverfahren durch Einarbeitung von Stoffpreisgleitklauseln in zukünftige Verträge, zunächst befristet bis zum 30.09.2022.

## Finanzielle Auswirkungen

	JA	NEIN	
	x		

Investive Auswirkungen	Ansatz 20xx	Fortgeschrieb ener Ansatz 20xx	Ansatz 20xx ff.	Fortgeschrieb ener Ansatz 20xx ff.	Gesamt- bedarf (alt)	Gesamt- bedarf (neu)
	Einzahlungen	0	0	0	0	0
Auszahlungen	0	0	0	0	0	0
Ergebnis	0	0	0	0	0	0
<i>+ Verbesserung / - Verschlechterung</i>	0		0			
	Deckung ist gegeben/ keine ausreichende Deckung vorhanden		Deckung ist gegeben/ keine ausreichende Deckung vorhanden			

konsumtive Auswirkungen	Ansatz 20xx	Fortgeschrieb ener Ansatz 20xx	Ansatz 20xx ff.	Fortgeschrieb ener Ansatz 20xx ff.	Folge- kosten (alt)	Folge- kosten (neu)
	Ertrag	0	0	0	0	0
Personal-/ Sachaufwand	0	0	0	0	0	0
Abschreibungen	0	0	0	0	0	0
Ergebnis	0	0	0	0	0	0
<i>+ Verbesserung / - Verschlechterung</i>	0		0			
	Deckung ist gegeben/ keine ausreichende Deckung vorhanden		Deckung ist gegeben/ keine ausreichende Deckung vorhanden			

### Weitere Erläuterungen (bei Bedarf):

Die finanziellen Auswirkungen sind – wie auch in den Erläuterungen dargestellt – abhängig von den nicht bezifferbaren Materialpreissteigerungen. Die Verwaltung wird die Mitglieder des Finanzausschusses fortlaufend über die Anwendungen

## Klimarelevanz

### Bedeutung der Maßnahme für den Klimaschutz/Bedeutung der Maßnahme für die Klimafolgenanpassung (in den freien Feldern ankreuzen)

Zur Relevanz der Maßnahme für den Klimaschutz

Die Maßnahme hat folgende Relevanz:

<i>keine</i>	<i>positiv</i>	<i>negativ</i>	<i>nicht eindeutig</i>
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Der Effekt auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen ist:

<i>gering</i>	<i>mittel</i>	<i>groß</i>	<i>nicht ermittelbar</i>
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Zur Relevanz der Maßnahme für die Klimafolgenanpassung

Die Maßnahme hat folgende Relevanz:

<i>keine</i>	<i>positiv</i>	<i>negativ</i>	<i>nicht eindeutig</i>
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

## Größenordnung der Effekte

Wenn quantitative Auswirkungen ermittelbar sind, sind die Felder entsprechend anzukreuzen.

Die **CO<sub>2</sub>-Einsparung** durch die Maßnahme ist (bei positiven Maßnahmen):

gering	<input type="checkbox"/>	unter 80 t / Jahr (0,1% des jährl. Einsparziels)
mittel	<input type="checkbox"/>	80 t bis ca. 770 t / Jahr (0,1% bis 1% des jährl. Einsparziels)
groß	<input type="checkbox"/>	mehr als 770 t / Jahr (über 1% des jährl. Einsparziels)

Die **Erhöhung der CO<sub>2</sub>-Emissionen** durch die Maßnahme ist (bei negativen Maßnahmen):

gering	<input type="checkbox"/>	unter 80 t / Jahr (0,1% des jährl. Einsparziels)
mittel	<input type="checkbox"/>	80 bis ca. 770 t / Jahr (0,1% bis 1% des jährl. Einsparziels)
groß	<input type="checkbox"/>	mehr als 770 t / Jahr (über 1% des jährl. Einsparziels)

Eine Kompensation der zusätzlich entstehenden CO<sub>2</sub>-Emissionen erfolgt:

<input type="checkbox"/>	vollständig
<input type="checkbox"/>	überwiegend (50% - 99%)
<input type="checkbox"/>	teilweise (1% - 49 %)

	nicht
	nicht bekannt

## **Erläuterungen:**

In den vergangenen Wochen hat die Verwaltung aufgrund der seitens der Fachbereiche geschilderten Probleme bei der Vergabe von Bauleistungen fachbereichsübergreifend Abstimmungsgespräche zum Umgang mit den Materialpreissteigerungen geführt.

Hier treten aktuell deutlich vermehrt gravierende Probleme auf, da Bieter\*innen aufgrund der derzeit kaum zu kalkulierenden Entwicklungen der Materialpreise von der Abgabe eines Angebotes auf eine städtische Vergabe entweder gänzlich absehen oder aber in ihre Angebote insoweit einen erheblichen „Puffer“ einkalkulieren. Dies führt zu deutlich erhöhten Aufwänden in der Beschaffung nahezu jeglicher Bauleistung.

Zum anderen wird die Stadt Aachen als Auftraggeberin von Bauverträgen aktuell auch bei bereits (vor Ausbruch des Ukraine-Krieges) geschlossenen Verträgen in mittlerweile sehr vielen Fällen mit Nachtragsforderungen der Auftragnehmenden konfrontiert, mit welchen diese unter Berufung auf § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung verlangen.

Insoweit hat die Verwaltung geprüft, ob bzw. inwieweit ggf. eine Anpassung im Rahmen der Vergabeverfahren durch Einarbeitung von Stoffpreisgleitklauseln bzw. Vorgaben für eine einheitliche Beurteilung von Nachtragsansprüchen möglich sind. Die Verwaltung schlägt aufgrund dessen das nachfolgende Verfahren vor:

### **1. Neue Vergabeverfahren**

Bei neuen Vergabeverfahren kann aus Sicht des FB 14, des FB 60 sowie des FB 30 der oben beschriebenen Situation am ehesten durch die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln Rechnung getragen werden. Dies entspricht auch der Praxis des BMWSB für Baumaßnahmen des Bundes (Schreiben vom 25.03.2022, AZ: BWI7-70437/9#4) für die von den Materialpreissteigerungen besonders betroffenen Produktgruppen und (zunächst) befristet bis zum 30.06.2022.

Mit Schreiben vom 01.04.2022 spricht sich das MHKBG NRW (AZ: 304-48.07.01/01 – 1173/22 [1]) für die Anwendung der Regelung des Bundes auch im kommunalen Bereich aus. Tatsächlich dürfte der beschriebenen Problematik durch eine Fortschreibung der bei Vertragsschluss vereinbarten Materialpreise anhand eines „neutralen“ Indexes wirksam begegnet werden können. Insbesondere dürfte durch die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel für die Auftragnehmenden kein Bedürfnis mehr bestehen, in ihre Angebote erhebliche „Puffer“ einzukalkulieren.

Dabei sollte nach Ansicht der FB 14, 30 und 60 -sofern in dieser Weise verfahren werden kann- bei der Formulierung entsprechender Gleitklauseln grundsätzlich das Formblatt 225 VHB Verwendung finden, welches nach dem Schreiben des MHKBG vom 01.04.2022 vorrangig gegenüber anderen, individuellen Regelungen herangezogen werden soll.

Nur wenn Kommunalspezifika, Verwaltungsaufbau und Organisation der kommunalen Auftraggeber im Land NRW sowie Besonderheiten des Beschaffungsbedarfes die Verwendung von abweichenden individuellen Regelungen rechtfertigen, können bzw. sollten diese den Ausschreibungen und Bauverträgen zugrunde gelegt werden.

Die Verwendung des Formblattes 225 VHB erscheint -soweit auch im Einzelfall praktikabel- insbesondere unter folgenden Gesichtspunkten als vorzugswürdig:

- in der Praxis anerkannte und (jedenfalls bei größeren) Bietenden/Auftragnehmenden bekannte Regelungen
- Existenz umfangreicher Anwendungshinweise des BMWSB
- AGB-rechtliche Unbedenklichkeit der Regelung

- Verwendung des Formblattes ist insbesondere im Rahmen geförderter Maßnahmen zu empfehlen, um das -bei Vereinbarung individueller Vereinbarungen ggf. bestehende- Risiko einer Beanstandung der Ausgabenhöhe durch den Fördermittelgeber zu vermeiden

## **2. Laufende Vergabeverfahren**

Entsprechend den Regelungen der Schreiben vom 25.03.2022 und vom 01.04.2022 können Stoffpreisgleitklauseln unter den dort genannten Voraussetzungen grundsätzlich auch noch in laufende Vergabeverfahren einbezogen werden.

Derartige dürfte in gleicher Weise angezeigt sein wie soeben unter Ziff. 1. ausgeführt, sofern hierfür in der zur Verfügung stehenden Frist ausreichende Kapazitäten vorhanden sind oder eine Verlängerung der Angebotsfrist möglich ist.

## **3. Anpassung in bestehenden Verträgen**

Eine Anpassung bestehender Verträge kann grundsätzlich nur unter ganz engen Voraussetzungen erfolgen.

### **a)**

Die Möglichkeit, eine Vertragspflicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage an die veränderten Verhältnisse anzupassen, besteht nur unter ganz eng begrenzten Voraussetzungen.

Der Grundsatz der Vertragstreue muss nur dann zurücktreten, wenn andernfalls ein untragbares, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbares Ergebnis nicht zu vermeiden wäre. § 313 BGB ist daher nicht anwendbar, wenn sich durch die Veränderung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat (BGH, Urteil vom 25.05.1977, VIII ZR 196, 75, WM 1977, 94).

In der Rechtsprechung wurden in der Vergangenheit nach diesen Maßstäben erhobene Mehrvergütungsansprüche wegen erheblicher Materialpreissteigerungen durchgehend schon unter Verweis darauf zurückgewiesen (so OLG Hamburg, Urteil v. 28.12.2005 -14 U 124/05-, juris; nachfolgend BGH, Beschl. v. 23.11.2006 -VII ZR 55/06; OLG Düsseldorf, Ur. v. 19.12.2008 -23 U 48/08-, juris; vgl. auch für Entsorgungsvertrag OLG Hamm, Urteil v. 10.03.2011 -21 U 123/10-, juris), dass derartige Preiserhöhungen in den Risikobereich des Auftragnehmers fallen.

Grundsätzlich muss sich der Auftragnehmer danach aber an der getroffenen Vereinbarung festhalten lassen, wenn er sich ohne jeden Vorbehalt auf eine Festpreisabrede eingelassen hat. Denn dann muss allgemein davon ausgegangen werden, dass sich der Auftragnehmer bewusst war, während der bei Vertragsschluss vorgesehenen Bauzeit bei gleichbleibender Leistung ein nicht unerhebliches zusätzliches Risiko im Hinblick auf künftige Lohn- oder Stoffpreiserhöhungen usw. einzugehen und dass er dieses einseitig übernommen hat. Wer ein solches Risiko durch Vereinbarung von Festpreisen in Kauf nimmt, kann gem. § 313 BGB nur ganz ausnahmsweise von diesen loskommen. Das kann ihm keinesfalls schon ermöglicht werden, weil die Durchführung des Vertrages zu den vereinbarten Preisen statt des erhofften Gewinns einen Verlust bringt (so ausdrücklich Ingenstau/Korbion-Keldungs, 18. Aufl., § 2 Abs. 1 VOB/B, Rdnr. 54).

Im Übrigen dürfte die Anwendungen der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage jedenfalls auf extreme Fälle, etwa einer Existenzgefährdung des Betriebes des Auftragnehmers zu beschränken sein.

Nach dem Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022 sollen diese Grundsätze, welche auch der im Zuge der Ölkrise (70er Jahre) und der Stahlpreisexplosion 2004 ergangenen Rechtsprechung zugrunde liegen, aber offenbar in der aktuellen Konstellation keine Anwendung finden („Das gilt jedoch nicht in Fällen höherer Gewalt.“).

Vor dem Hintergrund der geschilderten Rechtsprechung lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend sagen, ob die Gerichte einer entsprechenden Auslegung folgen und einen Vertragsanpassungsanspruch des Auftragnehmers bestätigen würden. Dies scheint jedenfalls zweifelhaft.

Allerdings sprechen auch über diese Rechtsfrage hinausgehende Gesichtspunkte ganz ausnahmsweise dafür, angemeldete Mehrvergütungsansprüche aus § 313 BGB nicht pauschal unter Hinweis auf die genannte Rechtsprechung zurückzuweisen (wie dies von hier aus indes noch vor dem Ausbruch des Ukraine-Krieges) erfolgt ist. So würden in diesem Fall Baumaßnahmen, welche für den Auftragnehmer nicht mit einem hieraus zu erzielenden Gewinn, sondern vielmehr mit erheblichen Verlusten verbunden sind, voraussichtlich dadurch gekennzeichnet sein, dass erstes Ziel des jeweiligen Auftragnehmers nicht mehr eine ordnungsgemäße Abwicklung des Vertragsverhältnisses, sondern vorrangig die Suche nach einer vorzeitigen Vertragsbeendigung (außerordentliche Kündigung) oder die Anbringung möglichst zahlreicher Nachträge wäre.

**b)**

Im Hinblick darauf könnte eine Anerkennung der Ansprüche aus § 313 BGB nach Ansicht des FB 14, des FB 60 sowie des FB 30 auf der Grundlage des Schreibens des BMWSB vom 25.03.2022 erfolgen. Hierbei ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob von einer Störung/einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist, stets im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu beantworten ist. Dennoch können nach Ansicht des FB 30 den Fachbereichen für die Prüfung der entsprechenden Vergütungsansprüche die nachstehenden Kriterien an die Hand gegeben werden, welche in Anlehnung an das Schreiben des BMWSB regelmäßig zu prüfen sind.

- Eine Anpassung der Vergütung kann grundsätzlich nicht bei kurzfristig terminierter Leistungserbringung (Abstand Submission und Leistungserfüllung; im Übrigen Produktbestellung) erfolgen.
- Eine Anpassung der Vergütung ist grundsätzlich auf die im Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022 genannten Produktgruppen beschränkt.
- Nachgewiesene Erhöhung der Materialpreise nach Angebotsabgabe in einem Umfang von mindestens 20% der Gesamtauftragssumme
- Überschreiten einer „Bagatellgrenze“ von 5.000,- Euro: Nur wenn die anfallenden Materialpreismehrkosten diesen Betrag überschreiten, kommt eine Unzumutbarkeit des Festhaltens an den vereinbarten Preisen in Betracht.

Sofern bei Erfüllung dieser Kriterien noch ein Anspruch des Auftragnehmers aus § 313 BGB in Betracht kommt, ist sodann eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, in welche die jeweiligen Besonderheiten einzubeziehen sind (etwa: anteilige Kompensation der Mehrkosten für den AN durch staatliche oder sonstige Maßnahmen z.B. vorübergehende Senkung der Mineralölsteuer etc.), vollständige oder lediglich anteilige Aufzehrung des kalkulierten Gewinns, evtl. Existenzgefährdung etc.).

**c)**

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Auftragnehmer für die Darlegung der Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung vollständig in der Pflicht ist. Zu verlangen wären vom Auftragnehmer dementsprechend insbesondere:

- Urkalkulation/Preisblätter
- Nachweis der tatsächlichen Einkaufskosten und Versicherung des Auftragnehmers, dass etwaige Rückvergütungen oder Nachlässe des Baustofflieferanten o.ä. abgezogen sind
- Nachweis der Marktüblichkeit der tatsächlichen Einkaufspreise durch Vorlage von Vergleichsangeboten

d)

Die Höhe einer etwaigen Vertragsanpassung richtet sich nach dem konkreten Einzelfall. Dabei weist das Schreiben des BMWSB vom 25.03.2022 darauf hin, dass eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten jedenfalls regelmäßig unangemessen sein wird.

#### **4. Vorschlag für das weitere Vorgehen**

Die Verwaltung schlägt die Einarbeitung von Stoffpreisgleitklauseln in zukünftige Verträge, zunächst befristet bis zum 30.09.2022, vor. Die Verwaltung wird den Finanzausschuss fortlaufend über die Resultate des geänderten Vergabeverfahrens informieren, sodass im Falle weiterer erheblicher Materialpreissteigerungen unmittelbar eine Gegensteuerung bzw. Korrektur des Vergabeverfahrens erfolgen kann. Die Verwaltung wird den Mitgliedern des Finanzausschusses auf Basis der gesammelten Erfahrungen spätestens zu dessen Sitzung am 20.09.2022 einen Entscheidungsvorschlag über die ggf. Fortschreibung oder Abschaffung der Stoffpreisgleitklausel vorlegen. Die Verwaltung wird darüber hinaus über den Stand in Bezug auf erforderlich werdende Einzelfallentscheidungen zur Vertragsanpassung berichten. Soweit die erforderliche Vertragsanpassung über- oder außerplanmäßige Mittel erfordert, wird entsprechend den Zuständigkeitsregelungen die Beteiligung der jeweiligen Gremien erfolgen.