

Rasante Erhöhung der Stahlpreise – Hilfe durch Stoffpreisgleitklausel?

Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher, Heidelberg

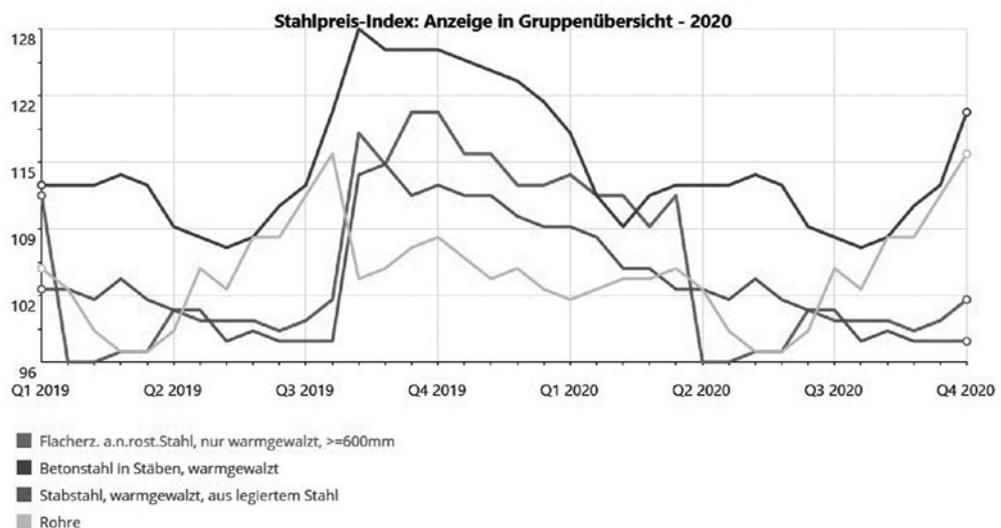
1. Wirtschaftliche Lage

Die Weltrohstoffpreise stiegen im Verlauf des Dezember 2020 auf breiter Front um 11,4 %.¹ „Die Schrottpreise zogen im Dezember gegenüber dem Vormonat bei weiter knappem Angebot und hoher Nachfrage um bis zu 30 €/t an. Die Eisenerzpreise legten im Monatsdurchschnitt um 22 US-\$ je t zu. Infolge der hohen Nachfrage und des knappen Angebots verteuerten sich die Preise für Warmbreitband und verzinkte Bleche im Dezember um fast 100 €/t, diejenigen für Walzdraht um 50 €/t. Tendenz: Die Schrott- als auch die Stahlpreise dürften im ersten Quartal 2021 aufgrund des knappen Angebots um weitere 5 % anziehen.“² Am 2. Februar 2021 meldet das Handelsblatt einen durchschnittlichen Stahlpreis in Europa von 715,00 €. Aktuell muss man mit ca. 800 € pro Tonne rechnen (Quelle: <https://jactio.com/kostenfaktoren-im-stahlbau/> abgerufen 2021-02-22). Die Lagerverkaufspreise für Stahlschrott haben sich nochmals enorm erhöht.

Die Entwicklung des Stahlpreises ist schwierig einzuschätzen. Thyssenkrupp sieht u.a. anhaltende strukturellen Überkapazitäten der Stahlindustrie, dem entsprechenden Wettbewerbs- und Importdruck auf dem europäischen Markt sowie die zunehmenden Verwerfungen bei den internationalen Stahlhandelsströmen – unter anderem eine Folge der US-Zölle auf Stahlimporte. Es besteht eine Volatilität mit kurzfristigen, teilweise kaum vorhersehbaren Schwankungen, die die Rohstoffpreise als wichtigem Kostenfaktor beeinflussen.³

In 2021 dürfte die weltweite Stahlnachfrage um rund 4 % zulegen. Dabei wird für den chinesischen Markt eine Stabilisierung unterstellt, nachdem er im Vorjahr noch mit einem Wachstum von 8 % einen deutlicheren Rückgang des Weltstahlbedarfes aufgefangen hatte. Die insgesamt positive Perspektive für 2021 wird allerdings von einer hohen Unsicherheit über die weitere Entwicklung der Pandemie getrübt. Darüber hinaus stellen die weltweiten Überkapazitäten und der Protektionismus weiterhin ein hohes Risiko dar. Für den zu erwartenden Aufwärtstrend im europäischen Stahlmarkt bleibt zudem die Importentwicklung eine Herausforderung.⁴

STAHLPREIS-INDEX DES STATISTISCHEN BUNDESAMTS



Quelle: <https://www.schneidforum.de/schneidwissen/stahlpreis-statistik.html>

1 IKB Information Rohstoffpreise, 2021-01-07; <https://www.ikb.de/research/wechselkurse-rohstoffe>.
 2 Recycling Magazin 01/2021.
 3 Thyssenkrupp Prognose Geschäftsjahr 2020/2021.
 4 Thyssenkrupp Prognose Geschäftsjahr 2020/2021.

Sorte	Nov		Dez	
	€/t	Δ	€/t	Δ
1	202,3	9,5	238,3	36,0
2/8	218,6	3,3	254,0	35,4
3	221,5	5,2	253,3	31,8
4	225,9	3,0	257,2	31,3
5	185,2	3,8	214,6	29,4

Quelle: <https://www.bdsv.org/unser-service/markt-preise/>, 2021-01-31

2. Stoffpreisgleitklauseln der öffentlichen Hand

Schwankungen des Stahlpreises gab es in der Vergangenheit immer wieder, teils mit dramatischen Ausschlägen. Das damalige Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hatte deswegen 2004 eine Stoffpreisgleitklausel ermöglicht und später häufiger verlängert oder erneuert.⁵

Das Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (Stand August 2019)⁶ sieht die Möglichkeit der Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln vor. Bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe muss dann Formblatt 225 angekreuzt werden. Im Vergabevermerk (Formular 111) ist die Notwendigkeit zu begründen. Formblatt 225 regelt die Details der Stoffpreisgleitklausel. Das Material, insbesondere der Stahl, müssen im Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel genannt werden.

Stoffpreisgleitklauseln „sind bei Bauverträgen vorzusehen“, wenn a) Stoffe ihrer Eigenart nach Preisveränderungen in besonderem Maße ausgesetzt sind und ein nicht kalkulierbares Preisrisiko für diese Stoffe zu erwarten ist und b) der Zeitraum zwischen der Angebotsabgabe und dem Zeitpunkt der vereinbarten Fertigstellung mindestens 10 Monate beträgt; Ist das mit der Vereinbarung von festen Preisen verbundene Wagnis im Einzelfall besonders hoch, kann die Klausel im begründeten Ausnahmefall vereinbart werden, wenn der Zeitraum mindestens 6 Monate beträgt und c) der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes wertmäßig mindestens 1 % der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme beträgt.

Der wertmäßige Anteil ist aus den Kostenanteilen der zu gleitenden Stoffmengen der betroffenen LV-Positionen in der Leistungsbeschreibung und den marktüblichen Preisen vom Auftraggeber zu ermitteln.

Stoffpreisgleitklauseln sind nur für die Leistungspositionen vorzusehen, bei denen der Stoffkostenanteil wesentlich die geschätzte Auftragssumme beeinflusst und die nicht vor Ablauf von 10 Monaten nach Angebotsabgabe fertig gestellt werden.

Weiter wird eine Bagatellgrenze von 2 % der Abrechnungssumme der betreffenden Materialien, sowie ein Selbstbehalt von 10 % der Mehr- oder Minderaufwendungen, mindestens aber in Höhe der Bagatellgrenze vereinbart.

Bei Stoffpreissenkungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ersparten (=Minder-) Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch abzusetzen. Er ist berechtigt, 10 % der ersparten Aufwendungen, mindestens die Höhe des Betrages der Bagatelle (vgl. Nr. 2.4) einzubehalten. (Nummer. 2.5)

Der Preisgleitung unterliegen nur nach dem Vertrag zu vergütende Materialien. Vermeidbare Mehraufwendungen werden nicht erstattet; vermeidbar sind insbesondere Mehraufwendungen, die da-

⁵ Erlasse B15 O-1082-115/22 vom 2004-05-10, v. 24.04.2008; Erlasse B 15 -8165.4/2-1 v. 23.03.2009, v. 02.12.2010.

⁶ https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_08122017_BI7810640201.htm, ebenso das HVA-B StB für Straßen- und Brückenbau: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/handbuch-fuer-die-vergabe-und-ausfuehrung-von-bauleistungen-im-strassen-und-brueckenbau-hva-b-stb.html>, zuletzt abgerufen 2021-02-02.

durch entstanden sind, dass der Auftragnehmer schuldhaft Vertragsfristen überschritten hat und dadurch die Differenz aus Mehr- und Minderaufwendungen zu Ungunsten des Auftraggebers verschoben wurde.

Die Abrechnung erfolgt nach Formeln, bei welchen der Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen mit dem Abrechnungszeitpunkt ins Verhältnis gesetzt und den vom statistischen Bundesamt erfassten Preis-Indizes multipliziert wird.^{7,8}

Bei dem für die Formel wichtigen Abrechnungszeitpunkt hat der öffentliche Auftraggeber die Wahl zwischen a) Einbau, d.h. feste Verbindung mit dem Baugrund, b) Lieferung, d.h. Stoff auf der Baustelle, c) Verwendung, d.h. so eingesetzt worden, dass er seine bisherige Eigenständigkeit verloren hat oder der Stoff bei der Leistungserbringung als Betriebsstoff verbraucht worden ist.⁹

Wenn Mehr- oder Minderaufwendungen abzurechnen sind, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber über die Verwendung der Stoffe prüfbare Aufzeichnungen vorzulegen. Aus den Aufzeichnungen müssen die Menge des Stoffes und der Zeitpunkt des Einbaus, bzw. der Lieferung oder Verwendung hervorgehen. Mehr-/Minderaufwendungen können bereits bei Abschlagszahlungen geltend gemacht werden.

In Zeiten steigender Preise kommt diese schematische Regelung dem Auftragnehmer zugute, wobei die o.a. Selbstbeteiligung des Auftragnehmers i.H.v. 10 % den Effekt mindert. In Zeiten fallender Preise profitiert der Steuerzahler. Der Auftragnehmer muss die ersparten Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch absetzen, darf aber 10 % der ersparten Aufwendungen, mindestens die Höhe des Bagatellbetrages behalten (Ziff. 2.5)

3. Beispiel

Ein Rechenbeispiel für den Einbau von Betonstahl in Widerlager und Überbau einer Brücke findet sich in HVA B-StB, Kapitel 3.2 Abrechnung (Nr. 44)

Beispiel (nur 2 OZ im Verzeichnis Stoffpreisleitung):

→ Angaben im LV:

OZ a: 200 t Betonstahl in Widerlager einbauen,
OZ b: 1.000 t Betonstahl in Überbau einbauen.

→ Angaben im Verzeichnis für Stoffpreisleitklausel:

Spalte 1: Betonstahl
Spalte 2: OZ a, OZ b
Spalte 3: GP-Nr.: 24 10 62 100 für OZ a und OZ b
Spalte 4: Kopfzeile: Zeitpunkt 11/2012
Spalte 4: Basiswert 1: 300 €/t netto jeweils für OZ a und OZ b
Spalte 5: Einbau jeweils für OZ a und OZ b

7 Veröffentlicht in der Fachserie 17, Reihe 2 bzw. auf der Homepage des Statistischen Bundesamtes unter „www.destatis.de“ unter der entsprechenden GP-Nummer.

8 DESTATIS, Serviceangebote zu Preisleitklauseln 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Erzeugerpreisindex-gewerbliche-Produkte/Methoden/Erlaeuterungen/preisleitklauseln.html>. Aus statistischer Sicht wäre es sinnvoll, in Verträgen nicht auf Indexpunkte, sondern auf prozentuale Veränderungsraten abzustellen, da Indexpunkte stark vom absoluten Indexstand der verglichenen Indizes abhängen Beispiel: Index to = 138,0 Index ti = 145,8 -> + 7,8 Indexpunkte, aber + 5,7 % Index to = 110,7 Index ti = 118,5 -> + 7,8 Indexpunkte, aber + 7,0 %.

9 Ein Rechenbeispiel für den Einbau von Betonstahl in Widerlager und Überbau einer Brücke findet sich in HVA B-StB, Kapitel 3.2 Abrechnung (Nr. 44).

→ Angaben des AN im LV:

OZ a:	EP = 400 €/t; GP = 80.000 €
OZ b:	EP = 450 €/t; GP = 450.000 €

→ Berechnung der Stoffmehr- bzw. Stoffminderaufwendungen

Index GP-Nr. bei Versand der Vergabeunterlagen (11/2012):	117,3
Index GP-Nr. bei Eröffnung der Angebote (1/2013):	115,2

Basiswert 2 = 300 et · 115,2 = 294,63 (netto) 117,3

→ Festgestellte Leistungsstände:

OZ a:	100 t Betonstahl einbauen Widerlager A Zeitpunkt Einbau: 7/2013 – Index beim Einbau: 118,0 100 t Betonstahl einbauen Widerlager B Zeitpunkt Einbau: 8/2013 – Index beim Einbau: 119,0
OZ b:	1.000 t Betonstahl einbauen Überbau Zeitpunkt Einbau: 10/2013 – Index beim Einbau: 124,8

→ Berechnung des Basiswertes 3:

OZ a: Widerlager A	Basiswert 3 = (118 : 115,2) · 294,63 = 301,79 € (netto)
OZ a: Widerlager B	Basiswert 3 = (119 : 115,2) · 294,63 = 304,35 € (netto)
OZ b: Überbau	Basiswert 3 = (124,8 : 115,2) · 294,63 = 319,18 € (netto)

→ Berechnung Mehr- bzw. Minderkosten aus Gleitung:

OZ a: Widerlager A	100 t (301,79 – 294,63) = 716 € (netto)
OZ a: Widerlager B	100 t (304,35 – 294,63) = 972 € (netto)
OZ b: Überbau	1.000 t · (319,18 – 294,63) = 24.550 € (netto)

Summe = 26.238 € (netto)

→ Selbstbeteiligung des Auftragnehmers:

10 % der Mehr-/Minderkosten aus der Gleitung, mindestens 2 % der Abrechnungssumme der OZ a und OZ b:

Fall a): Abschlagsrechnung zum Zeitpunkt Fertigstellung Widerlager A und B

Selbstbeteiligung:

10 % · (716 + 972) = 168,8 € (netto) bzw. mindestens 2 % · (80.000 + 450.000) = 10.600 € (netto)

Fall b): Abschlagsrechnung zum Zeitpunkt Fertigstellung Überbau

Selbstbeteiligung:

10 % · 26.238 = 2.623,80 € (netto) bzw. mindestens 2 % · (80.000 + 450.000) = 10.600 € (netto)

→ Erstattungsbeträge:

Fall a):	(716 + 972) – 10.600 € (netto); damit kein Erstattungsanspruch
Fall b):	26.238 – 10.600 = 15.638 € (netto)

Der Erstattungsbetrag i.H.v. 15.638 € wird zusätzlich zu der Abrechnungssumme vergütet.

4. Überlegungen zur Stoffpreisgleitklausel

4.1. Risikoverteilung

Gegenüber früheren Fassungen der Stoffpreisgleitklausel sind die Eckgrößen für die Bestimmung der Preisanpassung eindeutig bestimmbar.¹⁰ Fraglich bleibt aber, ob die richtigen Parameter ins Verhältnis gesetzt werden:

Zwischen dem ersten Eckpunkt der Stoffpreisgleitklausel, der Versendung der Vergabeunterlagen, bis zur Auftragsvergabe, der Bestellung von Stahl auf dem Weltmarkt, der Lieferung in die Werkstätten, der Bearbeitung, dem Transport auf die Baustelle bis schließlich dem zweiten Eckpunkt, der Montage, können Monate liegen. Dieser Regelung liegt die Intention des Auftraggebers zugrunde, Spekulationen des Auftragnehmers zu verhindern und die Abrechnung der Leistungen zu vereinfachen.¹¹

Aber weder ist die Versendung von Vergabeunterlagen für die Preiskalkulation des Auftragnehmers von Relevanz, noch hat die Frage, ob der Auftraggeber das Material durch Einbau oder Lieferung auf die Baustelle (sicher) erhalten hat, Einfluss auf die Betriebskosten. Der Auftragnehmer muss sein Angebot auf der Grundlage eines Angebotes des Stahlhändlers oder sonstiger zu diesem Zeitpunkt verfügbarer Preisauskünfte abgeben. Ob sich seine Kalkulation bestätigt, entscheidet sich im Augenblick der Bezahlung des Stahlhändlers. Nur dieser Zeitpunkt entscheidet betriebswirtschaftlich, ob ein Verlust entsteht.

Sinn der Stoffpreisgleitklausel soll es doch eigentlich sein, den Auftragnehmer zu entlasten, wenn sich der von ihm bei der Kalkulation zutreffend angenommene Stoffpreis später als zu niedrig erweist (oder umgekehrt). Dem wird die Klausel nicht gerecht.

Natürlich hat der Auftraggeber kein gesteigertes Interesse daran, die Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers zur Geschäftsgrundlage des Vertrages zu machen. Er möchte diesem lieber das Risiko sämtlicher Unwägbarkeiten übertragen.¹² Er wünscht sich Budget-Treue und Planungssicherheit. Das gilt aber genauso für den Auftragnehmer und ist auf dem volatilen Markt für Rohstoffe nicht realistisch. Der Stahlpreis ist abhängig von weltweiter Nachfrage und staatlicher Einflussnahme, wie z.B. durch die Volksrepublik China.¹³ Anders als die wenigen Großabnehmer in der Automobilindustrie haben einzelne Stahlbauer keine Chance, den Stahlpreis gegenüber dem Stahlhandel wesentlich zu beeinflussen. Dennoch wird dem Auftragnehmer das Beschaffungspreisrisiko aufgebürdet und eine Preisanpassung wegen geänderter Leistung, § 2 Abs. 5 VOB/B, Behinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B, Annahmeverzug, § 642 BGB, Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB kaum gewährt.^{14,15}

10 Hammacher, Stoffpreisgleitklauseln im Stahlbau – Welche Referenz-Zeitpunkte gelten?, BauR 2012, 1712.

11 BGH, Urt. v. 01.10.2014 – VII ZR 344/13, Rn. 18.

12 BGH, Urt. v. 10.09.2009 – VII ZR 82/08, WKRS 2009, 22752, RN 29: „Es ist Sache des Unternehmers, wie er den Preis eines Bauvertrags kalkuliert. Er trägt allgemein das Risiko einer auskömmlichen Kalkulation (BGH, Urt. v. 07.07.1998 – X ZR 17/97, BGHZ 139, 177, 180 f.; Urt. v. 25.06.1987 – VII ZR 107/86, BauR 1987, 683, 684 = ZfBR 1987, 237, 238; Urt. v. 04.10.1979 – VII ZR 11/79, BauR 1980, 63, 65; Urt. v. 28.09.1964 – VII ZR 47/63, WM 1964, 1253, 1254). Die Kalkulation eines Unternehmers wird grds. nicht Geschäftsgrundlage, selbst wenn sie dem Besteller offengelegt wird (BGH, Urt. v. 28.02.2002 – I ZR 318/99, NJW 2002, 2312, 2313). Es müssen besondere Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigen, der Auftraggeber habe die Kalkulation in seinen Geschäftswillen ungeachtet dessen aufgenommen, dass es grds. Sache und Risiko des Unternehmers ist, wie er kalkuliert (vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1985 – VII ZR 188/84, BauR 1986, 334 = ZfBR 1986, 128)“.

13 Llesenswert zur Beeinflussung des Stahlpreises durch China: Durchführungsverordnung (EU) 2019/1662 der Kommission v. 01.10.2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Bügelbrettern und -tischen mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Art. 11 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates.

14 Jansen/von Rintelen in Kniffka, ibi-online kommentar 22./2020 § 631 RN 563, Kniffka, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Mengenänderungen und Bauablaufstörungen, BauR 2020, 329, 34; Luz, Stahlpreisexplosion: Keine Preisanpassung, IBR 2004, 359, OLG Hamburg, Urt. v. 28.12.2005 – 14 U 124/05, IBR 2006, 80; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.01.2011 – 12 U 76/08, BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – VII ZR 37/11, BauR 2013, 793, BGH, Urt. v. 10.09.2009 – VII ZR 82/08, WKRS 2009, 22752, OLG Köln, Urt. v. 28.01.2014 – 24 U 199/12, BauR 2016, 1309 mit kritischer Analyse Kapellmann/Schiffers/Markus 7./2017, Kapitel 18, 8.6.7 Rn. 1622 ff.

15 Im Gegensatz übrigens zum Architekten/Ingenieur der Umplanungen aufgrund gestiegener Baupreise auf jeden Fall gesondert honoriert bekommt, Locher, Koebel, Frik 14./2020 § 6 HOAI, Rn. 21.

4.2. Cost plus Fee als Alternative

Aber ist das eine gerechte Risikoverteilung?¹⁶

Der Auftragnehmer führt nur das aus, was sich der Auftraggeber wünscht. Er beschafft das Material, das in das Eigentum des Auftraggebers übergeht. Er richtet sich nach dem Zeitplan, den sich der Auftraggeber für die Realisierung seines Projektes ausgedacht hat. Er kann den letztlich gültigen Stahlpreis weder beeinflussen noch realistisch schätzen, geschweige denn vorhersagen.

Richtig wäre es, wenn der Stahlbauer in seiner Urkalkulation den zu diesem Zeitpunkt gültigen Preis offenlegt und dokumentiert. Diesem Preis müsste dann der nachgewiesene Beschaffungspreis gegenübergestellt werden. Diese Differenz wäre bei der Bildung eines neuen Einheitspreises zugrunde zu legen. Für den Materialeinkauf hieße das: „gläserne Taschen“, Abrechnung des Materials nach „cost plus fee“. Der Vorteil: höchste Preistransparenz und leichte Nachtragsprüfung für den Auftraggeber; Begründung von Baukostenerhöhungen ohne Schuldzuweisung, denn für diese Preissteigerung können die Baubeteiligten nicht verantwortlich gemacht werden, weil sie niemandem eine Preisgarantie für zu verwendendes Material abgeben können und wollen.

Das wäre allerdings ein Paradigmen-Wechsel, denn dann trüge der Auftraggeber das Risiko erhöhter Preise.

Eine Bagatell-Grenze könnte auch hier die Parteien vor unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand schützen, indem nur erhebliche Preiserhöhungen (-senkungen) zu einer Anpassung führen. Für einen Selbstbehalt des Auftragnehmers besteht hingegen kein Grund, denn es geht um das Material des Auftraggebers und nicht um die Werkleistung des Auftragnehmers.¹⁷ Gleichwohl wäre die Auftragnehmerseite wahrscheinlich bereit sich zu beteiligen, statt mit dem Problem vollkommen allein gelassen zu werden.

4.3. Keine Erstattung von Mehraufwendungen bei schuldhafter Überschreitung von Vertragsfristen

Vermeidbare Mehraufwendungen sollen nach der Stoffpreisgleitklausel nicht erstattet werden, wenn der Auftragnehmer schuldhaft Vertragsfristen überschritten hat (RN 43 Nr. 4.) Unter Vertragsfristen sind nur verbindliche Fristen zu verstehen. In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist, § 5 Abs. 1 VOB/B. In der Regel wird der Beginn der Ausführung vertraglich vereinbart. Dabei ist darauf zu achten, dass – anders als in anderen Gewerken – dem Stahlbau eine umfangreiche Planungsphase für Herstellungsunterlagen vorausgeht, die von der Prüfung und Freigabe durch den Auftraggeber abhängt. Auch damit es für die etwaige Anwendung von Stoffpreisgleitklauseln keine Probleme gibt, sollte deshalb exakt definiert werden, was die Parteien unter Beginn der Ausführung verstehen.¹⁸ Auch der Fertigstellungstermin wird regelmäßig fixiert und sollte ebenfalls präzise bestimmt werden, z.B. Zeitpunkt der Fertigstellungsmeldung durch den Auftragnehmer oder Abnahme durch den Auftraggeber. Die Überschreitung von Zwischenterminen sind für die Nichtanwendung der Preisgleitung nur relevant, wenn diese ausdrücklich vertraglich vereinbart waren. Die aus Sicht des Auftraggebers unzureichende Material- oder Personalausstattung auf der Baustelle ermöglicht es ihm, den Auftragnehmer unter Fristsetzung in Verzug zu setzen, § 5 Abs. 3,4 VOB/B. Das führt aber nicht dazu, dass die einseitig gesetzten Fristen zu Vertragsterminen i.S.d. § 5 Abs. 1 VOB/B werden, sodass sie für die Anwendung der Stoffpreisgleitklausel nicht relevant sind.

¹⁶ Kapellmann/Schiffers/Markus 6/2017, Kapitel 21 Rn. 1516 m.w.N. angemessen das Risiko zwischen den Vertragsparteien zu verteilen.

¹⁷ Bei einer Lohnpreisklausel sieht das anders aus, denn dort geht es um die Arbeitsmittel des Auftragnehmers und Auswirkungen des Tarifvertragssystems, dem der Auftragnehmer – wenn auch nicht immer – angehört. Diese Preiserhöhungen muss der Auftraggeber nur dann tragen, wenn er die Bauzeitverzögerung zu vertreten hat.

¹⁸ Hammacher, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v. 27.05.2019 – 23 U 126/18, IBR 2021, 2172.

4.4. Stoffpreisgleitklausel hinsichtlich Preissenkungen unwirksam

Nach Ziff. 2.4 hat der Auftragnehmer bei Stoffpreissenkungen ersparte (Minder-)Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch abzusetzen. Eine fast gleichlautende Klausel in HVA-B-Stb hat der BGH 2014 für unwirksam erklärt.¹⁹ In der, der Entscheidung zugrundeliegenden Fassung hieß es, dass der Auftraggeber einen Marktpreis zum angegebenen Zeitpunkt festlegt. Der Preisindex war dann aber bei Angebotsabgabe nicht mehr aktuell. In der jetzigen Fassung HVA B-StB 2019 wird statt eines Marktpreises ein Basiswert zum Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen festgelegt.

Der BGH hatte die damalige Stoffpreisgleitklausel als überraschende Klausel nach §§ 305c,310 BGB für unwirksam erklärt: „Schließt der Auftragnehmer einen Bauvertrag, der eine Stoffpreisgleitklausel beinhaltet, darf er deshalb davon ausgehen, dass er einerseits von Marktrisiken, die darin bestehen, dass Baustoffpreise steigen, entlastet wird. Andererseits muss er damit rechnen, dass Vorteile, die aus Preissenkungen resultieren, an den Auftraggeber weitergegeben werden. Der Auftragnehmer muss jedoch ohne einen ausreichenden Hinweis nicht damit rechnen, dass er zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen unter dem Mantel einer Stoffpreisgleitklausel angehalten wird, von üblichen Kalkulationsgrundsätzen abzuweichen und seiner Kalkulation einen Preis zugrunde zu legen, der nicht mit dem Preis übereinstimmt, den er aufgrund der aktuellen Marktpreise redlicher Weise seinem Angebot zugrunde legen kann.“²⁰

Die Argumentation gilt auch heute noch. Auch jetzt darf der Auftragnehmer nicht auf die zum Zeitpunkt seiner Angebotsabgabe verfügbaren Einkaufspreise abstellen. Zwischen dem Versand der Angebotsunterlagen und dem Zuschlag können Monate liegen. Die Klausel ist auch jetzt überraschend, auch dann wenn die öffentliche Hand die Klausel im Vergabehandbuch veröffentlicht. Damit ist die Stoffpreisgleitklausel hinsichtlich der Rückerstattung bei Preissenkung unwirksam.

5. Vergabepaxis

5.1. Pflicht zur Ausschreibung mit Stoffpreisgleitklausel

In dem Vergabehandbuch des Bundes, das im Wesentlichen auch von den Ländern verwendet wird, heißt es ausdrücklich: „Stoffpreisgleitklauseln sind bei Bauverträgen vorzusehen, wenn ...“. Das ist keine Bitte! Nach meinen Erfahrungen wird die Stoffpreisgleitklausel jedoch kaum vereinbart.²¹ Der Deutsche Stahlbauverband hat die Ministerien deswegen kontaktiert.²²

Enthält die Ausschreibung keine Stoffpreisgleitklausel wird das Risiko unerwarteter Preissteigerungen auf den Auftragnehmer abgewälzt. Eine realistische Einschätzung des Preises, den er für das Material tatsächlich zahlen müssen, ist bei volatilen Preisverhältnissen nicht möglich. Er muss also entweder auf die Abgabe eines Angebotes verzichten, einen Risikozuschlag einkalkulieren, der den Angebotspreis zu Lasten des Staates erhöht oder auf den Risikozuschlag verzichten, weil er sonst befürchten muss, im Wettbewerb zu unterliegen.

Dies entspricht nicht der Maxime des § 7 VOB/A, wonach die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Bewerber ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können und dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

19 BGH, Urte. v. 25.01.2018 – VII ZR 219/14, BauR 2018, 827, Urte. v. 01.10.2014 – VII ZR 344/13, BauR 2015, 111 „2.4 Bei Stoffpreissenkungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ersparten (=Minder-)Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch abzusetzen. Er ist berechtigt, 10 % der ersparten Aufwendungen, mindestens aber 0,5 % der Aufrechnungssumme (vgl. Nr. 2.3) einzubehalten.“

20 BGH, Urte. v. 01.10.2014 – VII ZR 344/13, BauR 2015, 111 Rn. 1, 17.

21 Eine empirische Untersuchung liegt mir nicht vor.

22 DStV Depesche 1./2021 vom 2021-02-02.

Versuche, aus dem Fehlen einer Stoffpreisgleitklausel einen Vergabeverstöß und damit einen Schadenersatzanspruch des öffentlichen Auftraggebers herzuleiten, sind in der Vergangenheit allerdings meist gescheitert.²³ Ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. Vergaberechts soll nur vorliegen, wenn die für den jeweiligen Vertragstyp rechtlich, wirtschaftlich bzw. technisch branchenübliche Risikoverteilung einseitig und nicht nur unerheblich zu Ungunsten des Auftragnehmers verändert vorgegeben werde.²⁴ Der Auftragnehmer eines Dienstleistungsauftrags trage nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur das Risiko, seine vertraglich übernommen Verpflichtungen erfüllen zu können; ihm sei nach allgemeinem Vertragsrecht überdies auch das Risiko zugewiesen, die versprochene Leistung über die gesamte Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können. Es falle deshalb in seinen Risikobereich, wenn bei einem unverändert bleibenden Leistungsgegenstand seine Lieferkosten aufgrund veränderter gesetzlicher oder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen steigen, so dass er seine Vertragsleistung mit einem erhöhten Kostenaufwand erbringen müsse.²⁵

Das passt nicht, wie oben beschrieben.

5.2. Rügepflicht, Aufklärung, Nebenangebot

Wenn der Bieter befürchtet, durch das Fehlen der Stoffpreisgleitklausel mit einem ungewöhnlichen Wagnis belastet zu werden, muss er dies innerhalb der Fristen des Vergaberechts rügen, § 160 GWB.²⁶ Anderenfalls ist er schon deshalb später mit seiner Forderung nach Ersatz von Mehrkosten ausgeschlossen. Allerdings gibt der Auftragnehmer damit gleichzeitig kund, dass ihm bewusst ist, dass sich als maßgeblich erachtete Umstände des Vertrages ändern könnten, was wiederum eine Preis-anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB ausschließen soll.²⁷

Weniger einschneidend wäre es, im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens den Auftraggeber zu fragen, wie er mit zu erwartenden Preissteigerungen umzugehen gedenkt und die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel anzuregen. So wird der Auftraggeber auf ein Problem hingewiesen, das er möglicherweise bisher nicht bedacht hat und eröffnet ihm die Möglichkeit, eine solche Klausel in das Verfahren einzuführen. Geschieht dies, können alle Bieter die Entlastung bei der Kalkulation ihres Angebotspreises berücksichtigen, was tendenziell zu niedrigeren Einheitspreisen führen wird, weil nicht versucht werden muss, ein unbekanntes Risiko einzupreisen.

6. Private Auftraggeber

Traut der Auftragnehmer der Preisentwicklung nicht, kann er sein Angebot „freibleibend“ formulieren, d.h. es wird erst dann ein Preis fest vereinbart, wenn der Vertrag auch tatsächlich geschlossen wird. Preissteigerungen während der Angebotsphase können so vermieden werden. Dies geht aber nur, wenn darüber auch verhandelt wird, denn als AGB wäre eine solche „Freibleibend“-Klausel nicht wirksam.²⁸

Bezüglich Preissteigerungen während der Auftragsabwicklung wäre es möglich, dem Auftragnehmer ein einseitiges Preisanpassungsrecht einzuräumen. Die Preisbestimmung müsste der Auftragnehmer nach billigem Ermessen treffen, § 315 BGB. Freilich wird sich der Auftraggeber hierauf nur einlassen, wenn er dem Vertragspartner vertraut oder neutralen Stellen die Preissteigerungen dokumentieren.

Die Parteien sollten aber lieber im Vertrag regeln, wie die Risiken einer Stoffpreiserhöhung angemessen verteilt werden sollen. Eine Stoffpreisklausel kann hier hilfreich sein. Eine feste Rechenformel wir

23 BKartA, Beschl. v. 04.09.2019 – VK 2-64/19, BeckRS 2019, 25570 RN 43: Unsicherheiten sind i.R.d. dort vorgegebenen funktionalen Ansatzes durch etwaige Zu- oder Abschläge aufzufangen.

24 OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.02.2015 – 11 Verg 1/10, ZfBR 2013, 291; OLG Naumburg, Beschl. v. 05.12.2008 – 1 Verg 9/08, IBRRS 68486; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.09.2003, VII Verg 26/03, WKRS 2003, 35017.

25 OLG Frankfurt 25.02.2010 – 11 Verg 1/10, ZfBR 2013, 291; In der Entscheidung spielte eine Rolle, dass die Besonderen Vertragsbedingungen des zugrundeliegenden langjährigen Vertrages immerhin die Möglichkeit von Nachverhandlungen vorsahen.

26 OLG Naumburg, s.o.

27 BGH, Urt. v. 10.06.2009 – VII ZR 255/08, NJW 2010, 527, 530.

28 BGH, Urt. v. 06.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.

dabei den wenigsten Streit verursachen; sie ist hilfreicher als eine bloße Sprechklausel.²⁹ Falls nicht bereits der Hauptvertrag eine passende Konfliktlösungsmethode bereit hält, sollte dies hier vereinbart werden.³⁰

Eher noch als mit der öffentlichen Hand könnten die Baubeteiligten bereit sein, Vereinbarungen über die Materialbeschaffung mit „gläsernen Taschen“ treffen, z.B. nachgewiesener Einkaufspreis (je nach Kunde ggf. sogar mit dessen Unterstützung/Kontrolle etc. bei der Beschaffung) plus vereinbarten Zuschlägen.

7. Fazit

Sofern nicht der Auftragnehmer eine Festpreis-Garantie abgegeben hat, besteht kein Grund, ihm allein das Risiko unverhersehbarer Materialpreisschwankungen aufzuerlegen. Er beschafft das Material für den Auftraggeber, weil dieser sich entschieden hat, gerade zu dieser Zeit ein Bauwerk zu errichten. Richtigerweise sollte deshalb der Auftraggeber das Risiko tragen, ggf. unter Beteiligung des Auftragnehmers. Die öffentlichen Auftraggeber sollten grundsätzlich Stoffpreisgleitklauseln vorsehen. Die derzeit Gültige wirft unnötige Fragen auf. Alternativ wären Vereinbarungen mit einer „cost plus fee“ – Regelung zu erwägen, ggf. mit Bagatellgrenze, auch um durch Transparenz Risikozuschläge und damit höhere Preise zu vermeiden.³¹

29 Z.B.: „Sollten sich die Stahlpreise ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zur Fälligkeit der Vergütung für die Stahllieferung um mehr als x% erhöhen, werden die Parteien mit dem Ziel einer fairen Verteilung der Mehrkosten verhandeln.“

30 Hammacher/Erzigkeit/Sage, So funktioniert Mediation im Planen + Bauen, Praxis der Konfliktbearbeitung ohne Gericht, 4/2018.

31 Luz, Stahlpreisexplosion: Keine Preisanpassung, IBR 2004, 359.