



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Stefan Reichert
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2022, 691 - 697 (Heft 5)
Verlag	Werner Verlag

Reichert, BauR 2022, 691

Preissteigerungen bei Baustoffen und ihre Auswirkungen auf die Bauverträge



von Rechtsanwalt Stefan Reichert, München

In den letzten Wochen und Monaten waren Fragestellungen um die Baustoffverknappung und damit verbundene Preissteigerungen ein häufiges Thema. Seit Mitte des Jahres 2020 steigen die Preise für Baustoffe enorm. Besonders betroffen sind dabei Stahl, Holz, Bitumen, Kupfer und sämtliche Bereiche der Bauchemie – wie Dämmmaterial und Abdichtungen. So sind bspw. die Preise für Dachlatten im Juni 2021 im Vergleich zum Juni 2020 um 68 % gestiegen, für Betonstahlmatten um 48 % und für Bitumen aus Erdöl um 56 %. Das wird in der Baupraxis zum Problem. Wer trägt am Ende die Preissteigerung?

I. Gesetzlicher Grundsatz: pacta sunt servanda

Wir alle kennen den Grundsatz pacta sunt servanda: Verträge sind zu erfüllen. Dies gilt nicht nur für die Leistung, sondern natürlich auch für die Gegenleistung, also den Preis. Grundsätzlich ist damit jeder vereinbarte Preis ein Festpreis.¹ Es verwundert daher die immer wieder einmal angetroffene Klausel in Bauverträgen, dass Preise Festpreise seien. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz- soweit eben kein Änderungsstatbestand eingreift. Sog. Festpreisklauseln werden daher idR als AGB-widrig angesehen, da sie etwaige Änderungsstatbestände ausschließen würden.² Hier sind wir auch schon am Kern des Problems: Gibt es denn überhaupt Änderungsstatbestände?

Neben der Vertragstreue ist auch der Erhalt des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung ein zentraler Grundgedanke unseres Rechtssystems. Diese beiden Pole, Rechtssicherheit auf der einen Seite und Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite, gilt es in Ausgleich zu bringen. Hierzu der BGH:³

„Im Ausgangspunkt ist [...] ein Anpassungsbedürfnis anzuerkennen, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. Daran haben beide Vertragsparteien ein Interesse: Dem Verwender geht es darum, den Anstieg der Gestehungskosten seiner Leistung oder den Wertverfall der Gegenleistung auszugleichen, und der Vertragspartner möchte verhindert wissen, dass der Verwender bei Vertragsschluss bereits allzu hohe Risikozuschläge einkalkuliert.“

Wie aber soll dieses Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht gehalten werden?

II. Vertragsauslegung

Dabei ist der Vertrag stets vorrangig zu untersuchen. Der Vertragsinhalt geht der bloßen Geschäftsgrundlage vor, weil nur der Vertragsinhalt der Auslegung zugänglich ist und eben nicht die außerhalb des Vertragsinhalts stehenden Umstände der Geschäftsgrundlage.⁴ Die Vertragsparteien können sich daher nicht auf die Störung der Geschäftsgrundlage berufen, wenn der Vertrag selbst für die Umstände, welche die Geschäftsgrundlage beeinträchtigen, eine Regelung bereithält. Solche vertraglichen Regelungen schließen die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage tatbestandlich aus.⁵ Enthält der Vertrag keine ausdrückliche – und wirksame – Regelung, wie mit Preissteigerungen von Baustoffen umgegangen werden soll, ist er zunächst auszulegen.

Gem. [§ 157 BGB](#) sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es ist gem. [§ 133 BGB](#) der wirkliche Wille der Erklärung zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks festzuhalten.

Der BGH hat in der Entscheidung Wasserhaltung II⁶ eine interessante Konstruktion gewählt. Trotz des eindeutigen Wortlauts der Leistungsbeschreibung, wonach die gesamte Wasserhaltung geschuldet ist, ergebe die Auslegung, dass die Formen der Wasserhaltung, die nach der konkreten Sachlage völlig ungewöhnlich und von keiner Seite zu erwarten waren nicht geschuldet seien. Durch diesen Kunstgriff kam der BGH zu einer Vereinbarungslücke.

„Erweist sich bei dieser Auslegung die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der hier streitigen Maßnahmen als unvollständig, [...] dann sind sie nicht Gegenstand der unmittelbar vertraglich geschuldeten Leistung, können also im VOB-Vertrag nur als zusätzliche Leistungen geschuldet sein.“

Wird also die völlig unerwartete, nicht geschuldete Leistung erforderlich und vom Auftraggeber entsprechend gefordert, stellt dies eine geänderte bzw. zusätzliche Leistung dar, für die ein Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung besteht. Das ist gewohntes Terrain der [§§ 2 Abs. 5](#) und [6 VOB/B](#) bzw. [§§ 650 b](#) und c BGB des neuen Bauvertragsrechts.

Die Argumentationskette der Entscheidung „Wasserhaltung II“ passt unmittelbar jedoch nur auf die Frage der geschuldeten Leistung. Die hier interessierenden Fälle der gestiegenen Baustoffpreise betreffen jedoch bei unveränderter Leistung die geschuldete Gegenleistung. Im Ergebnis ist der gedankliche Ansatz jedoch identisch. Der BGH nahm an, dass „völlig ungewöhnliche und von keiner Seite zu erwartende“ Leistungen nicht geschuldet seien. Diese Überlegung gründet auf der Annahme, dass dem Auftragnehmer kein unzulässiges Wagnis aufgebürdet werden dürfe und daher nur vorhersehbare Leistungen von der Leistungsbeschreibung erfasst seien. Im Ergebnis geht es aber doch um den mit der Leistungserbringung verbundenen Aufwand, m.a.W. die damit verbundenen Kosten. Die Erbringung der völlig unerwarteten Wasserhaltungsmaßnahmen an sich ist ja nicht das Problem, sondern die dafür vom Auftragnehmer aufzuwendenden Kosten. Die Situation ist daher durchaus damit vergleichbar, dass die Leistung zwar unverändert bleibt, die dafür vom Auftragnehmer aufzuwendenden Kosten jedoch in einem „völlig ungewöhnlichen und von keiner Seite zu erwartenden“ Maße steigen.

Es wäre nur konsequent anzunehmen, dass in diesen Fällen auch der Preis trotz des klaren Wortlauts nicht vereinbart ist.

Wie aber ist diese Lücke dann zu schließen? Eine Entscheidung des BGH⁷ aus dem Jahr 1984 beschäftigte sich mit eben dieser Frage, wie die Lücke infolge einer unwirksamen Preisvereinbarung zu schließen ist. Dabei ging es darum, dass die Parteien eines Pkw Kaufvertrages eine sogenannte Tagespreisklausel vereinbart hatten. Danach sollte das Fahrzeug, wenn es denn vier Monate nach Vertragsschluss geliefert werden sollte, zu dem am Tag der Lieferung gültigen Preis verkauft werden. Diese Tagespreisklausel hielt der BGH wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG ([§ 307 Abs. 1](#) u. [Abs. 2 BGB](#) n.F.) für unwirksam.

„Die durch die Unwirksamkeit der Tagespreisklausel entstandene Regelungslücke in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag kann jedoch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. [§§ 157](#) , [133 BGB](#) in der Weise geschlossen werden, daß dem Verkäufer ein Preisänderungsrecht zugestanden, dem

Käufer aber unter bestimmten Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird“

In eine völlig andere Richtung geht eine Entscheidung des BGH⁸ aus dem Jahr 1995. Die Parteien schlossen auf der Grundlage eines detaillierten Leistungsverzeichnisses einen Pauschalvertrag. Ausgehend von einem detaillierten Leistungsverzeichnis wurde bei der Ermittlung der Pauschalsumme schlicht die Position Baustelleneinrichtung bei der Addition der Positionspreise übersehen. Der BGH hat dazu lapidar festgestellt, dass die Parteien einen Pauschalpreis abschließend vereinbart hätten. Es liege daher keine Lücke vor. Selbst ein gemeinsamer Irrtum der Parteien in der Preiskalkulation könne keine andere Auslegung rechtfertigen. Der Vertrag sei daher keiner ergänzenden Auslegung zugänglich. Danach dürfte bei einer später zutage tretenden Preissteigerung bei Baustoffen erst recht keine Lücke des ursprünglichen Vertrages vorliegen – hier wurde ja „lückenlos“ eine Vergütung vereinbart. Der Vertrag ist damit keiner ergänzenden Auslegung zugänglich.

Diese beiden Urteile zeigen bereits exemplarisch, dass die Flucht der Rechtsprechung vor den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in die extensive bzw. ergänzende Vertragsauslegung wenig stringent und überzeugend ist.

III. Willensmängel

Ein weiterer Ansatz zur Anpassung der Preise bei gestiegenen Baustoffpreisen könnte die Anfechtung i.S.d. [§§ 119 ff. BGB](#) sein.

Ein Willensmangel liegt aber wohl in den allermeisten Fällen bei einer Preissteigerung zwischen Angebotskalkulation und Ausführung nicht vor. Die Tatsache, dass der Bieter natürlich davon ausgeht, dass sein kalkulierter Angebotspreis auch auskömmlich ist und Preissteigerungen von den kalkulierten Wagniszuschlägen aufgefangen werden und nicht darüber hinaus gehen, ist allenfalls ein unbeachtlicher Motivirrtum. Eine Anfechtung wegen Willensmängeln scheidet also aus.

IV. Bereicherungsrecht § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt Zweckverfehlung

Denkbar wäre, die oben beschriebenen Fälle unter der Zweckverfehlungskondition des [§ 812 BGB](#) zu subsumieren. Dies würde aber bestenfalls zur Rückforderung der Leistung und nicht zur Anpassung der Vertragspreise führen. Außerdem ist der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg, also die vereinbarte Gegenleistung auch eingetreten. Sinn der Zweckverfehlungskondition ist aber nur, dem Leistenden einen Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten zu geben, wenn er die erwartete Gegenleistung nicht erzwingen und ihretwegen auch keine Sekundäransprüche geltend machen kann. Die Gegenleistung wird im vorliegenden Fall der bloßen Preissteigerung einzelner Kalkulationsfaktoren ja erbracht. Eine Anpassung nach der Zweckverfehlungskondition muss also ebenfalls ausscheiden.

V. BGB – Unmöglichkeit [§ 275 BGB](#)

Weiter mag man an die Lehrbuchbeispiele zur faktischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit denken. Wir alle erinnern uns an den Ring auf dem Meeresgrund. Dem hat jedoch der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eine klare Absage erteilt. So hat der Bundestag⁹ zu [§ 275 Abs. 2 Satz 1 BGB](#) eindeutig formuliert:

„Nicht erfasst werden von Abs. 2 Satz 1 dagegen die Fälle der sogenannten wirtschaftlichen oder sittlichen Unmöglichkeit oder der Unerschwinglichkeit im Sinne der bloßen Leistungerschwerung für den Schuldner. Diese Fallgruppen sind im geltenden Recht nicht gesetzlich geregelt und nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu behandeln.“

VI. [§ 313 BGB](#) Störung der Geschäftsgrundlage

Die bereits von der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁰ entwickelten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wurden mit der Schuldrechtsreform unter der amtlichen Überschrift „Störung der Geschäftsgrundlage“ in [§ 313 BGB](#) gesetzlich normiert. Die Anwendung des [§ 313 BGB](#) führt dazu, dass anders als bei der ergänzenden Vertragsauslegung von außen in den Vertrag eingegriffen wird, um das Äquivalenzverhältnis zulasten des allgemeinen Grundsatzes pacta sunt servanda zu erhalten. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Parteien sich an ihren übereinstimmenden Vorstellungen über die vertragliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung festhalten lassen müssen. Damit schränkt [§ 313 BGB](#) den Grundsatz der Vertragstreue im Interesse der Vertragsgerechtigkeit ein, indem er einen Anpassungstatbestand schafft, wo Vertrag oder Gesetz ansonsten keine zumutbare Regelung vorsehen.

Die Vorschrift führt leider einen Dornröschenschlaf und wird in der Praxis zu Unrecht als extreme Ausnahmevorschrift¹¹ nur sehr zurückhaltend bis gar nicht angewandt. Es sind jedoch keinerlei Gründe ersichtlich, warum die Vorschrift besonders restriktiv oder zurückhaltend behandelt werden sollte. Sie ist vielmehr eine notwendige Vorschrift, weil es ohne sie zu von der Rechtsordnung nicht hinnehmbaren Ergebnissen käme.¹² Weshalb sie – über die Subsumtion der Tatbestandsmerkmale hinaus – besonders restriktiv anzuwenden sei, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Kniffka formuliert dazu sehr treffend „unzumutbar ist streng genug“ – weitere strenge Anforderungen sind daher nicht gerechtfertigt. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind ohnehin sehr hoch.

Nach allgemeiner Auffassung sind Geschäftsgrundlage die bei Vertragsschluss zutage getretenen, dem anderen Vertragspartner erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei oder die gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, soweit der Geschäftswille beider Vertragsparteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.¹³ Die Geschäftsgrundlage ist folglich von den einseitig gebliebenen Motiven einer Vertragspartei und zum anderen vom Vertragsinhalt abzugrenzen.¹⁴ In gegenseitigen Verträgen ist in der Regel die Vorstellung von der Gleichwertigkeit

von Leistung und Gegenleistung, mit anderen Worten das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung Geschäftsgrundlage.[15](#)

Die Vorschrift über die Störung der Geschäftsgrundlage ist damit der in Gesetz gegossene Ausfluss des Anpassungsbedürfnisses zum Erhalt der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. Dieses Äquivalenzverhältnis wird in der Regel Geschäftsgrundlage eines jeden Vertrages.[16](#)

Der BGH hatte bereits 1978 über die Frage der Preissteigerungen für Heizöl im Zuge der Ölkrise entschieden. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine norddeutsche Großstadt beauftragte einen Unternehmer mit der Lieferung ihres gesamten Jahresbedarfs an Heizöl im Jahr 1973. Es handelte sich um ca. 17 Mio. Liter Heizöl zu einem vereinbarten Preis von 11 DM pro 100 l. Dem lag ein kalkulierter Beschaffungspreis von 9,95 DM pro 100 l zugrunde. Infolge der Ölkrise stieg der Beschaffungspreis des Lieferanten auf Stände von über 600 DM. Dies entspricht einer Preissteigerung um ca. 6.000 %.

Der BGH ging damals davon aus, dass bereits zweifelhaft sei, ob aufgrund der Vereinbarung eines Festpreises nicht nur das Risiko normaler Preisschwankungen – mit denen ohne Weiteres zu rechnen war – sondern auch dasjenige Risiko, dass weit über 100 % hinausgehende Preissteigerungen eintreten, vom Unternehmer zu tragen sei. Der BGH ließ die Frage jedoch offen. Der Preisanpassungsanspruch des Unternehmers scheiterte im Ergebnis daran, dass die Preissteigerung dann nicht unzumutbar sei, wenn der Unternehmer sich durch geeignete Maßnahmen selbst vor dem Eintritt dieses unzumutbaren Ergebnisses hätte schützen können. Der BGH nahm damals an, dass der Unternehmer selbst schuld sei, er hätte ja 15,3 Mio. Liter leichtes Heizöl und rund 1.040 t schweres Heizöl beschaffen und einlagern können. Im Ergebnis bedeutet dies auf heutige Verhältnisse übertragen, dass jeder Bauunternehmer wohl umfangreiche Baustofflager anlegen müsste. Die Folgen einer großflächigen Lagerhaltung haben wir 2020 bereits bei Toilettenpapier erlebt. Ob dies tatsächlich zur Lösung des Problems beiträgt, sei dahingestellt.

In einer weiteren Entscheidung vom Dezember 2008 sah das OLG Düsseldorf[17](#) in der Vereinbarung eines Festpreises ebenfalls die vollständige Risikoübernahme von Preisänderungen im Sinne einer Preisgarantie. Es sei daher kein Raum für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage. Das OLG Hamburg[18](#) entschied 2005, dass die Preissteigerung für Stahl allein in den Risikobereich des Auftragnehmers falle, da die Erwartung, sich auf dem Stahlmarkt zu auskömmlichen Preisen mit dem benötigten Material eindecken zu können nicht Geschäftsgrundlage geworden sei, sondern eine einseitige Erwartung des Unternehmers geblieben sei.

Alle drei Entscheidungen wirken auf ihre Art zynisch. Der Ansatz des BGH, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht unzumutbar sei, wenn der Betroffene die Folgen vermeiden hätte können ist wenig hilfreich. Ex post ist man immer klüger und es ist wohl kaum eine Konstellation vorstellbar, in der man nicht rückblickend eine Vermeidungsstrategie entwickeln könnte. Der Verweis auf Lagerhaltung zur Vermeidung von Preissteigerungen erscheint dabei in einer globalisierten Welt doch auch etwas altbacken und wenig zielführend. Es dürfte wohl unstrittig bleiben, dass die Kosten einer solchermaßen großflächigen Lagerhaltung im gesamten Baugewerbe zu deutlich steigenden Preisen führen dürften. Im Ergebnis führt das Abstellen auf eine objektive Vermeidbarkeit als Zumutbarkeitskriterium faktisch zur Unanwendbarkeit der Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. [§ 313 BGB](#). Die Annahme des OLG Düsseldorf, die Vereinbarung eines Festpreises stelle eine Preisgarantie dar, ist ebenfalls

wenig überzeugend. Wie oben dargestellt ist grundsätzlich jeder Preis ein Festpreis. Wäre diese Argumentation zutreffend, gäbe es keinen Anwendungsbereich für die Störung der Geschäftsgrundlage bei Veränderungen der Beschaffungspreise. Das OLG Hamburg schließlich vermischt die Frage nach der Geschäftsgrundlage und der Risikoverteilung. Alleine der Blick auf drei prominente Urteile zu Preissteigerungen im Beschaffungsbereich zeigt, dass es an einer stringenten Linie der Rechtsprechung fehlt. Oftmals gehen die Anforderungen an die Voraussetzungen wild durcheinander. Rechtssicherheit für die Beteiligten sieht anders aus.

Nochmals zur Erinnerung: Es geht um die Aufrechterhaltung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses über die Laufzeit des Vertrages und nicht um Sorgfalt, Vorhersehbarkeit oder Erkennbarkeit.¹⁹ Maßgeblich ist vielmehr, ob der eingetretene, u.U. sogar vorhersehbare und erkennbare Umstand redlicherweise zu erwarten war²⁰ und wie aus objektiver Sicht des Auftragnehmers ein redlicher Auftraggeber damit umgehen würde. Das bedeutet mit anderen Worten: Was hätten die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Kenntnis des bevorstehenden Risikos redlicherweise vereinbart?

Die aktuelle Entscheidung des BGH²¹ zu Corona-bedingten Betriebsschließungen führt zur Risikoverteilung zutreffend aus:

„Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann.“

Ebenso verhält es sich mit der Entwicklung von Baustoffpreisen. Auch sie sind Folge von Entwicklungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens, für die keine der beiden Vertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Entscheidend sind dabei nicht die Ursachen einer Preissteigerung, sondern vielmehr die Tatsache, dass dafür keine Partei verantwortlich gemacht werden kann. Im Rahmen der „Redlichkeitskontrolle“ wird man zudem festhalten müssen, dass der Mehrwert der Preissteigerung der Baustoffe im Ergebnis beim Bauherrn, also dem Besteller erhalten bleibt. Das – und nicht die Frage der Vermeidbarkeit – wird man im Rahmen der Zumutbarkeit berücksichtigen müssen.

Entscheidend scheint mir aber ein grundsätzlicher Perspektivwechsel und eine vorurteilsfreie Anwendung der gesetzlichen Regelung des [§ 313 BGB](#) alleine unter Subsumtion der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Dabei ist zu berücksichtigen:

- Der Preis selbst und seine Kalkulation wird keine Geschäftsgrundlage, wohl aber die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung.
- Allein die Vereinbarung eines Festpreises ist als Risikozuweisung untauglich und stellt vielmehr einen unzulässigen Zirkelschluss dar.
- Der Vorwurf fehlender Sorgfalt in Kalkulation und Beschaffung (z.B. ein nicht bindendes Baustoff-Angebot, unterlassene Lagerhaltung) schließt die Unzumutbarkeit nicht aus und stellt keine Risikozuweisung dar.

B. Vertragliche Regelungen

Wenn man die in der Vergangenheit eher erfolglosen Versuche einer gesetzlichen Vertragsanpassung an gestiegene Beschaffungskosten betrachtet, drängt sich der Blick auf vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten auf. Die VOB-Stelle Sachsen-Anhalt²² hat dazu postuliert, dass der Verzicht auf Preisgleitklauseln bei langfristigen Bauverträgen ein unzulässiges ungewöhnliches Wagnis im Sinne von 9 Nr. 2 VOB/A sein könne. Ein solches ungewöhnliches Wagnis möchte natürlich kein redlicher Auftraggeber seinem Auftragnehmer aufbürden. Danach möchte man meinen, dass eine Preisanpassungsklausel wohl völlig unproblematisch sei und eher die Regel denn die Ausnahme darstelle. Man kommt allerdings sehr schnell zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung die AGB-rechtlichen Grenzen solcher Preisanpassungsklauseln sehr eng zieht.

I. Preisgleitklausel als kontrollfähige Preisnebenabrede

Zunächst könnte man auf den Gedanken kommen, dass Preisanpassungsklauseln als reine Preisabreden dem Kontrollbereich des AGB Rechts entzogen seien. Hier hat der BGH jedoch zutreffend entschieden, dass Preisanpassungsklauseln kontrollfähige Preisnebenabreden sind, die das dispositive Recht über eine bindende Preisvereinbarung ändern. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass [§ 309 Nr. 1 BGB](#) ein ausdrückliches Klauselverbot für kurzfristige Preiserhöhungen regelt, die vereinbarungsgemäß innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen. Der Gesetzgeber geht also grundsätzlich davon aus, dass Preisanpassungsvereinbarungen möglich sein sollen und lediglich für kurzfristige Preiserhöhungen innerhalb von vier Monaten unzulässig sind.

II. Generalklausel [§ 307 BGB](#) Transparenzgebot und Verbot unangemessener Benachteiligung

Das AGB-Recht stellt sowohl für den Verbraucher wie auch für den Unternehmer in der Generalklausel des [§ 307 BGB](#) das Transparenzgebot und des Verbots der unangemessenen Benachteiligung auf. Als Ausfluss des Benachteiligungsverbotes darf dem Unternehmer daher nicht die einseitige Möglichkeit gegeben sein, den vereinbarten Preis ohne jede Begrenzung anzuheben, um so nicht nur einen Verlust durch die Baustoffpreissteigerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Jede Gleitklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss zur Wahrung der Transparenz jeweils klar und deutlich die tatsächlichen Voraussetzungen, nach denen der Preis sich ändern soll festlegen und regeln, was anstelle des „Festpreises“ für die Vergütung der nach einem festgelegten Stichtag erstellten Leistung gelten soll.²³ Eine Klausel, wonach eine Erhöhung der der Kalkulation zugrunde liegenden Kosten zwischen Vertragsabschluss und Abnahme zu einer Preiserhöhung führen soll, ist nur dann wirksam, wenn der Unternehmer seine ursprüngliche Kalkulation offenlegt und nachweist, welche Kosten (Lohn, Material, Baustellenkosten, allgemeine Geschäftskosten) sich um welchen Betrag in welchem Zeitraum erhöht haben.²⁴

Bereits der Gesichtspunkt des Transparenzgebotes dürfte Preisanpassungsklauseln im Verbraucherbereich annähernd ausschließen, da dem Verbraucher bereits die Struktur der Preiskalkulation unbekannt sein dürfte. Oder kennen Sie einen Verbraucher, der sich unter EKT, AGK und BGK etwas vorstellen kann? Aus [§ 309 Nr. 1 BGB](#) ist jedoch ersichtlich, dass der Gesetzgeber auch im Verbraucherbereich von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Preisanpassungsklausel ausging. Wenn man sich nun aber die Literatur und Rechtsprechung ansieht, findet man unzählige Klauseln, die allesamt – aus unterschiedlichsten Gründen – unwirksam sein sollen. Eine von der Rechtsprechung bestätigte, wirksame Klausel, die dem Anpassungsbedürfnis der Praxis für gestiegene Baustoffpreise gerecht wird habe ich nicht gefunden. Dies ist jedoch ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis.

III. Klauselvorschlag

Daher will ich einen weiteren Versuch unternehmen, eine Klausel zu entwerfen, die den obigen Voraussetzungen sowohl für Verbraucherverträge als auch im gewerblichen Bereich gerecht wird.

(1) Der Preis der Leistung bestimmt sich gemäß der Urkalkulation mit folgenden Preisbestandteilen:

Einzelkosten der Teilleistung EKT

+Baustellengemeinkosten BGK

+ Allgemeine Geschäftskosten AGK

= Selbstkosten (Kostenelemente)

+ Wagnis und Gewinn (Preiselemente)

= Angebotspreis Netto

(2) Ergibt sich für eine vereinbarungsgemäß frühestens vier Monate nach Vertragsschluss zu erbringende Leistung oder Teilleistung eine Änderung eines kalkulationsrelevanten Kostenbestandteils der Selbstkosten, die zu einer über 5 % hinausgehenden Änderung der kalkulierten Selbstkosten für die Leistung oder Teilleistung führt, ist auf Verlangen einer Vertragspartei unter Offenlegung der Urkalkulation ein neuer Preis, bestehend aus den tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten zuzüglich der sich aus der Urkalkulation ergebenden übrigen Preisbestandteile zu vereinbaren. Der aus der Urkalkulation errechnete Geldbetrag für Wagnis und Gewinn bleibt unverändert.

(3) Führt diese Preisanpassung zu einer wesentlichen Überschreitung des veranschlagten Preises der Gesamtleistung, kann der Besteller den Vertrag kündigen. Dem Unternehmer steht dann nur die in [§ 645 Abs. 1 BGB](#) bestimmte Vergütung zu.

Als Schwelle für eine Preisanpassung wurde zunächst eine Änderung der kalkulationsrelevanten Kostenbestandteile der Selbstkosten gewählt. Aus zahlreichen Urteilen zu Vertragstrafenklauseln ergibt sich die Anforderung der Rechtsprechung,²⁵ dass dem Unternehmer der Gewinn nicht vollständig genommen werden dürfe. Aus der Vermutungsregelung des [§ 648 BGB](#) ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einem vermuteten Gewinn i.H.v. 5 % der vereinbarten Vergütung ausgeht. Weiteres Kriterium ist dann die Offenlegung der Urkalkulation und ein Preisanpassungsmechanismus, wie wir ihn aus [§ 2 Abs. 5 VOB/B](#) und [§ 650 C BGB](#) kennen. Um eine Gewinnerhöhung auszuschließen, folgt die Klarstellung, dass der sich aus der Urkalkulation errechnete Geldbetrag als absoluter Betrag für Wagnis und Gewinn nicht angepasst wird.

In Abs. 3 wird dem Besteller zu guter Letzt eine Kündigungsmöglichkeit eingeräumt, wie sie aus [§ 649 BGB](#) bei Überschreitung des Kostenanschlags gesetzlich geregelt ist.

Dieser Formulierungsversuch soll ausdrücklich zur Diskussion stehen mit dem Ziel, eine praxistaugliche und konsensfähige Klausel zu erhalten.

- † Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Partner der Ecovis L+C Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in München.
- ¹ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, Rdnr. 106.
- ² Vgl. Markus/Kapellmann/Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Aufl. 2019, Rdnr. 250; Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, Rdnr. 663.
- ³ [BGH, Urt. v. 07.10.1981 – VIII ZR 229/80](#) , NJW 1982, 331.
- ⁴ MünchKomm.-Finkenauer, BGB, § 313 Rdnr. 143; vgl. auch [BGH, Urt. v. 24.01.2008 – III ZR 79/07](#) , NJW-RR 2008, 562 (563).
- ⁵ Glöckner/von Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, § 313, Rdnr. 9.
- ⁶ [BGH, Urt. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93](#) , [BauR 1994, 236](#) .
- ⁷ [BGH, Urt. v. 01.02.1984 – VIII ZR 54/83](#) , BGHZ 90, 69.
- ⁸ [BGH, Urt. v. 13.07.1995 – VII ZR 142/94](#) , [BauR 1995, 842](#) .
- ⁹ BT-Drucks. 14/6040 v. 14.05.2001. S. 130.
- ¹⁰ RGZ 103, 328 (329).
- ¹¹ BeckOK-BGB/Unerath, § 313 Rdnr. 2; NK-BGB/Krebs, § 313 Rdnr. 1.
- ¹² Kniffka, [BauR 2020, 329 \(330\)](#) .
- ¹³ BGHZ 121, 378 (391); BGHZ 190, 212 = [BauR 2013, 1116 \(1118\)](#) ; OLG Brandenburg, [BauR 2007, 404 \(405\)](#) ; OLG Celle, [BauR 1998, 1265](#) .
- ¹⁴ Leupertz, [BauR 2005, 775 \(787\)](#) u. Oberhauser, [BauR 2005, 919 \(931\)](#) ; [BGH Urt. v. 20.06.2013 – VII ZR 103/12](#) , [BauR 2013, 1718 \(1721\)](#) .
- ¹⁵ [BGH Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76](#) ; IBRRS 1978, 0111.
- ¹⁶ [BGH Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76](#) ; IBRRS 1978, 0111.
- ¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2008 – 23 U 48/08 – Stahlpreis, IBRRS 2009, 193.
- ¹⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 28.12.2005 – 14 U 124/05, IBR 2006, 80.
- ¹⁹ So aber Kapellmann/Schiffers, Bd. I Rdnr. 281; Ingenstau/Korbion-Keldungs 20. Aufl. § 2 Abs. 7 Rdnr. 15.
- ²⁰ Kniffka, [BauR 2020, 329 \(331\)](#) m.w.N.
- ²¹ [BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21](#) , IMR 2022, 66.
- ²² VOB-Stelle Sachsen-Anhalt, Stellungnahme v. 09.10.1997, IBR 1998, 189.
- ²³ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, Rdnr. 106.
- ²⁴ OLG Düsseldorf, [BauR 1983, 470](#) .
- ²⁵ [BGH, Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01](#) , [BauR 2003, 870](#) .