Quelle: https://research.wolterskluwer-online.de/document/08b0ac05-b04d-32ea-acf2-ef9c65b5aac4

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autoren	Dr. Birgit Franz/Prof. Dr. Werner Langen
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 845 - 860 (Heft 5)
Verlag	Werner Verlag

Franz, Langen, BauR 2023, 845
Störung der Geschäftsgrundlage am Bau

von Dr. Birgit Franz, Köln und*

*Prof. Dr. Werner Langen, Mönchengladbach***

I. Einleitung

Wir leben in einer Welt, in der sich globale Krisen immer stärker auf die Realisierung von Bauvorhaben auswirken. Dies hat sich jüngst durch die Corona-Krise und im Anschluss daran als Folge des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine gezeigt: Folge waren Materialknappheit sowie massiv steigende Baustoffpreise. Auch in der Zukunft sind ähnliche fundamentale Entwicklungen nicht ausgeschlossen. Es stellt sich die Frage, wie das wirtschaftliche Problem nicht absehbarer, erheblicher Mehrkosten für die Leistungserbringung unter angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien gelöst werden kann. Auch unabhängig von diesen globalen Problemen können die bei Vertragsschluss bestehenden Erwartungen beider Parteien, dass sich

bestimmte Umstände nicht ändern werden, enttäuscht werden. Die Lösung des Problems wird regelmäßig über die Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB gesucht. Die Anspruchsvoraussetzungen sind allerdings in der Regel sehr hoch. Insbesondere die Zumutbarkeitsschwelle ist nicht einfach zu überspringen. Die Autoren setzen sich damit auseinander, ob von dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage zu Recht so restriktiv Gebrauch gemacht wird, wie die Rechtsprechung dies vermuten lässt. Sie widmen sich dieser Fragestellung – mit Blick auf die Rechtsprechung und die jüngsten Beiträge der Literatur – vor dem Hintergrund des Ukrainekriegs. Hierbei liegt der Fokus auf der Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag und der Anpassung der vereinbarten Vergütung.

II. Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB

Verträge können durch nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände in ihren Grundlagen so schwerwiegend gestört sein, dass ihre unveränderte Durchführung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, nicht mehr zumutbar erscheint. Die Gründe hierfür können Sozialkatastrophen wie Krieg, Währungsverfall oder Umweltkatastrophen sein und sich auf eine Vielzahl von Verträgen auswirken; sie können aber auch nur einen Vertrag oder eine begrenzte Zahl von Verträgen betreffen.[1] Die Rechtsprechung hat für diese Fälle – beginnend mit diversen Reichsgerichtsentscheidungen, die im Zusammenhang mit dem 1. Weltkrieg ergangen sind[2] – aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB das Rechtsinstitut des Fehlens oder des Wegfalls, kurzum also der Störung der Geschäftsgrundlage entwickelt. Der Gesetzgeber hat dieses Rechtsinstitut mit der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 in § 313 Abs. 1 BGB wie folgt kodifiziert.

> „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“

Die gesetzliche Regelung gibt die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien in allgemeiner Form wieder, da das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einer detaillierten Regelung nicht zugänglich ist. Auf eine offene Umschreibung durch Regelbeispiele wurde bewusst verzichtet. Die weitere Konkretisierung bleibt der Rechtsprechung überlassen.[3] Dementsprechend ist der Tatbestand von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt. Konkret handelt es sich um folgende drei Tatbestandsmerkmale:[4]

- Bestimmte Umstände, die zur Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden sind, müssen sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben (vgl. hierzu Ziffer IV und V).
- Bei Vorhersehung dieser Umstände hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen (vgl. hierzu Ziffer VI).
- Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, darf einem Teil das Festhalten am Vertrag nicht zumutbar sein (vgl. hierzu Ziffer VIII).

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Bevor auf das letztgenannte Tatbestandsmerkmal näher eingegangen werden kann, dessen Konkretisierung sich die Rechtsprechung in verschiedenen Entscheidungen angenommen hat, gilt es die erstgenannten beiden Tatbestandsmerkmale in gebotener Kürze für den Fall des vorliegend näher zu untersuchenden Ukraine-Krieges zu prüfen.

III. Die Anwendbarkeit der Norm

Die Entwicklung der gesetzlichen Regelung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB weist darauf hin, dass das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage Ausnahmecharakter hat. Eine Anpassung des Vertrages über § 313 Abs. 1 BGB ist dann ausgeschlossen, wenn eine Spezialregelung existiert, die die gebotene Abhilfe in Fällen nicht vorhersehbarer und einer Partei nicht zumutbarer Änderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, schafft. In diesem Fall fehlt es an dem schutzwürdigen Interesse, sich ergänzend auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen.

Im VOB/B-Bauvertrag finden sich insbesondere die nachfolgenden Spezialregelungen:

1. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B

Die Regelung des § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B erfasst zwar dem Wortlaut nach Fälle der „höheren Gewalt oder anderer für den Auftragnehmer unabwendbarer Umstände“, allerdings nur in zeitlicher Hinsicht, wenn sich daraus eine Behinderung des Auftragnehmers ergibt. Unter einer Behinderung versteht man eine Störung des Produktionsablaufs.[5] Die bloße Erhöhung des Einkaufspreises führt nicht zu einer Störung des Produktionsablaufs. In § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B wird also nur der bauzeitliche Anspruch zugunsten des Auftragnehmers geregelt, eine Preisanpassung über § 313 Abs. 1 BGB bleibt hiervon unberührt. Die in § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B geregelte Rechtsfolge „Fristverlängerung“ schließt damit einen auf § 313 Abs. 1 BGB gestützten finanziellen Ausgleichsanspruch des Auftragnehmers nicht aus, soweit die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB vorliegen.

Gleiches gilt (erst recht) für einen gesetzlichen Bauvertrag, auf den die Fristverlängerung gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B zwar sinngemäß Anwendung findet,[6] bei dem der Unternehmer aber unter den Voraussetzungen des § 313 BGB kraft Gesetzes einen finanziellen Ausgleich der erhöhten Herstellkosten verlangen kann.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

2. § 2 Abs. 3 VOB/B

Die Regelung erfasst den Anspruch des Auftragnehmers (oder auch des Auftraggebers) auf Anpassung der Einheitspreise bei Mengenminderungen oder -mehrungen > 10 % der Vordersätze des Leistungsverzeichnisses. Insofern handelt es sich um eine gegenüber § 313 Abs. 1 BGB vorrangige Vertragsregelung,[7] die bei Mengenminderungen oder -mehrungen einen Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB ausschließt.[8] Soweit der

Preisanpassungsanspruch nach § 2 Abs. 3 VOB/B im VOB/B-Vertrag durch AGBs ausgeschlossen wird, ist das nach der Rechtsprechung des BGH zulässig,[9] jedoch nur, wenn ein Preisanpassungsanspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB nicht ebenfalls ausgeschlossen wird. Der Preisanpassungsanspruch nach § 313 BGB gehört also zum nach § 307 Abs. 1 BGB geschützten gesetzlichen Leitbild.[10]

Vereinbaren die Parteien ohne Einbeziehung der VOB/B eine Abrechnung nach Einheitspreisen, so führen Mengenabweichungen gegenüber den Vordersätzen auch oberhalb von 10 % grundsätzlich nicht zu einem Preisanpassungsanspruch, so dass der Unternehmer in diesem Fall nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 313 BGB eine Preisanpassung verlangen kann.[11]

3. § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B

Vereinbaren die Parteien eine Pauschalvergütung, so gilt bei Vereinbarung der VOB/B § 2 Abs. 7 VOB/B. Die Klausel kodifiziert das, was nach Richterrecht bzw. mit Inkrafttreten des § 313 BGB ohnehin gilt. Weicht im Falle der Vereinbarung eines Pauschalpreises die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist, so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Gleiches gilt für den gesetzlichen Bauvertrag.[12] In Abgrenzung hierzu entstehen kriegsbedingte Preissteigerungen unabhängig davon, dass die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung unzumutbar abweicht. Für diese Fälle kann eine Vergütungsanpassung nur gem. § 313 BGB erfolgen.

4. Stoffpreisgleitklauseln

Haben die Vertragsparteien eine Stoffpreisgleitklausel vereinbart, so kann sich der Auftragnehmer bei (von dieser erfassten) Preissteigerungen denknotwendig nicht auf § 313 Abs. 1 BGB berufen und hierüber eine Anpassung des Vertrages verlangen. Hervorzuheben ist beispielhaft die Preisgleitklausel gemäß Formblatt 225, alternativ Formblatt 225a VHB. Eine entsprechende Preisgleitung war nach den Erlassen des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen und des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr, jeweils vom

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

25.03.2022, aktualisiert und ergänzt mit den Folgeerlassen vom 22.06.2022, bis zum 31.12.2022 vorzusehen, um den Auswirkungen der Kriegsereignisse in der Ukraine und der in der Folge verhängten weltweiten Sanktionen gegen Russland auf die Baustoffpreise entgegenzuwirken.[13]

IV. Störung der „großen“ Geschäftsgrundlage

Wie eingangs dargelegt, erfordert die Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB, dass sich „die Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben“. Gem. § 313 Abs. 2 BGB steht es einer „Veränderung der Umstände gleich“, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. Diese Umstände oder Vorstellungen bilden die Grundlage eines Vertrages, die sogenannte „Geschäftsgrundlage“.[14] Abzugrenzen ist die Geschäftsgrundlage von dem, was die Parteien vereinbart haben, also vom Vertragsinhalt.[15] Was im konkreten Fall Geschäftsgrundlage war, ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.[16] Die Rechtsprechung und juristische Literatur differenziert zwischen der „großen Geschäftsgrundlage“ und der „kleinen Geschäftsgrundlage“. Das Gesetz kennt eine derartige Differenzierung nicht. Unter der großen Geschäftsgrundlage versteht man die Erwartung der vertragsschließenden

Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die Sozialexistenz nicht erschüttert werde.[17]

Exemplarisch bejahte der BGH mit Urteil vom 12.01.2022[18] die Störung der „großen Geschäftsgrundlage“ eines Gewerbemietvertrages durch die COVID-19-Pandemie und die damit verbundene Verpflichtung zur Schließung des Geschäftes. Von der „kleinen Geschäftsgrundlage“ spricht man dagegen, wenn es lediglich um die den jeweiligen Vertrag betreffenden Umstände geht.[19] Um auch zur kleinen Geschäftsgrundlage ein Beispiel zu nennen: Nach der sogenannten Estrich-Entscheidung des BGH ist es anerkannt, dass bestimmte, vom Auftraggeber vorgegebene Mengen Geschäftsgrundlage einer Pauschalpreisvereinbarung sein können.[20] Diese Mengenangaben betreffen nur den konkreten Pauschalpreisvertrag. Es handelt sich daher bei diesen Mengenabgaben um die „kleine Geschäftsgrundlage“.

Relevant ist die Unterscheidung zwischen der kleinen und der großen Geschäftsgrundlage auf der Ebene der Anspruchsvoraussetzungen sowie auf der Rechtsfolgenebene.[21] Bspw. führt der BGH in vorgenannter Entscheidung vom 12.01.2022 zu den Anspruchsvoraussetzungen aus, dass grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt. Zu diesem Verwendungsrisiko gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Beruht die enttäuschte Gewinnerwartung auf einer Störung der „großen Geschäftsgrundlage“, ist das gewöhnliche Verwendungsrisiko überschritten.[22] Auf Rechtsfolgenebene ist bei einer Störung der „großen Geschäftsgrundlage“ zu berücksichtigen, dass dieses Risiko keine der Vertragsparteien alleine trifft. Vor diesem Hintergrund wird häufig[23] eine hälftige Teilung des Risikos als angebracht bewertet.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Nach der in der Literatur herrschenden Auffassung – Rechtsprechung existiert hierzu bislang nicht – sind der Ukraine-Krieg und seine Folgen grundsätzlich geeignet, die große Geschäftsgrundlage eines Bauvertrages zu stören.[24] Dem ist zuzustimmen. Große Geschäftsgrundlage ist – wie gesagt – die dem Vertrag in der Regel zugrunde liegende Erwartung in die Stabilität der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse und das Ausbleiben von Störungen durch Krieg, kriegsähnliche Entwicklungen, Naturkatastrophen, Pandemien, Währungsreform oder Ähnlichem. Das Kriegsereignis in der Ukraine hat diese Erwartung in die politischen und wirtschaftlichen und sozialen Randbedingungen geändert. Rund 30 % des Baustahls kamen zum Kriegsbeginn aus Russland, der Ukraine und Weißrussland. Hinzu kommt ein hoher Anteil von Roheisen (40 % aus den genannten Ländern) und diverser weiterer Rohstoffe, die für die Stahllegierung notwendig sind (Nickel 25 % und Titan 75 %). Auch rund 30 % der Bitumenversorgung erfolgte in Abhängigkeit von Russland mit entsprechenden Auswirkungen auf den deutschen Straßenbau. Ebenso sind die Kosten für Energie und Kraftstoffe in Folge des Ukrainekrieges deutlich gestiegen.[25] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass verschiedenste Bau- und Betriebsstoffe infolge des Kriegsereignissees, aber auch in Folge der weltweit verhängten Sanktionen gegen Russland, nicht ohne Lieferschwierigkeiten innerhalb der vertraglich vereinbarten Termine in den erforderlichen Mengen lieferbar sind. Die Folge sind erhebliche Preissteigerungen bei den betroffenen Bau- und Betriebsstoffen.

War ein Vertragsverhältnis von den extremen Preissteigerungen betroffen, so bewirkte der Krieg auch eine Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, konkret den unproblematischen Bezug der für die Herstellung des Bauvorhabens notwendigen Baustoffe. Zwingend weitere Folge ist, dass die Preise nicht den üblichen bzw. erwartbaren Schwankungen unterliegen, sondern die Preise vieler Baustoffe extrem gestiegen sind.[26] Das gilt jedenfalls für vor dem 24.02.2022[27] geschlossene Verträge. Wurde das Angebot nach dem 24.02.2022 gestellt, ist entscheidend, ob die Preissteigerungen erwartbar waren. Erwartbar waren die Preissteigerungen spätestens dann, als sich diese infolge des Krieges realisierten. Ab diesem Zeitpunkt konnten die Parteien nicht mehr die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Vorkriegszeit erwarten.

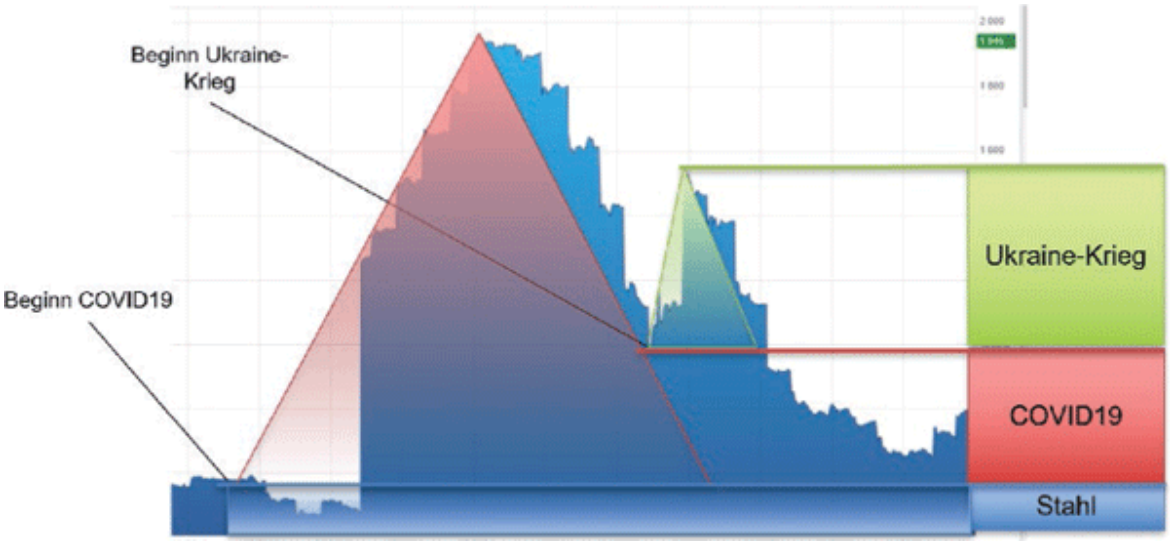
Schließlich verlangt die Definition der Störung der „großen Geschäftsgrundlage“, dass die Sozialexistenz aufgrund des (z.B.) Krieges erschüttert wurde. Das Erfordernis der Erschütterung der Sozialexistenz geht zurück auf Flume,[28] der Krieg, kriegsähnliche oder politische Geschehen und Naturkatastrophen als „Vorgänge der beiden Vertragspartnern gemeinsamen Sozialexistenz“ bezeichnet. In diesen Fällen soll das Festhalten an der vertragstypischen oder vertraglich besonders vereinbarten Risikoverteilung ungerecht sein, es sei denn, dass einer der Vertragsparteien dieses „Risiko der Sozialexistenz“ besonders übernommen hat. Nach Finkenauer soll es sich deshalb um einen anderen Begriff für „Große Geschäftsgrundlage“ handeln.[29]

Soweit in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten wird, von einer Erschütterung der Sozialexistenz könne nicht die Rede sein, wenn in einem anderem Land Krieg herrscht (oder sich eine Katastrophe ereignet) und deshalb eine Leistungserschwerung oder -unmöglichkeit in Deutschland eintritt,[30] so ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Betrachtet man jedoch die flächendeckenden wirtschaftlichen Auswirkungen des Krieges in Deutschland (Energiekosten, Logistikkosten, steigende Lebenshaltungskosten, Lieferprobleme, Preissteigerungen etc.) so ist die „Erschütterung der (hiesigen) Sozialexistenz“ durch den Ukraine-Krieg nicht bestreitbar.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

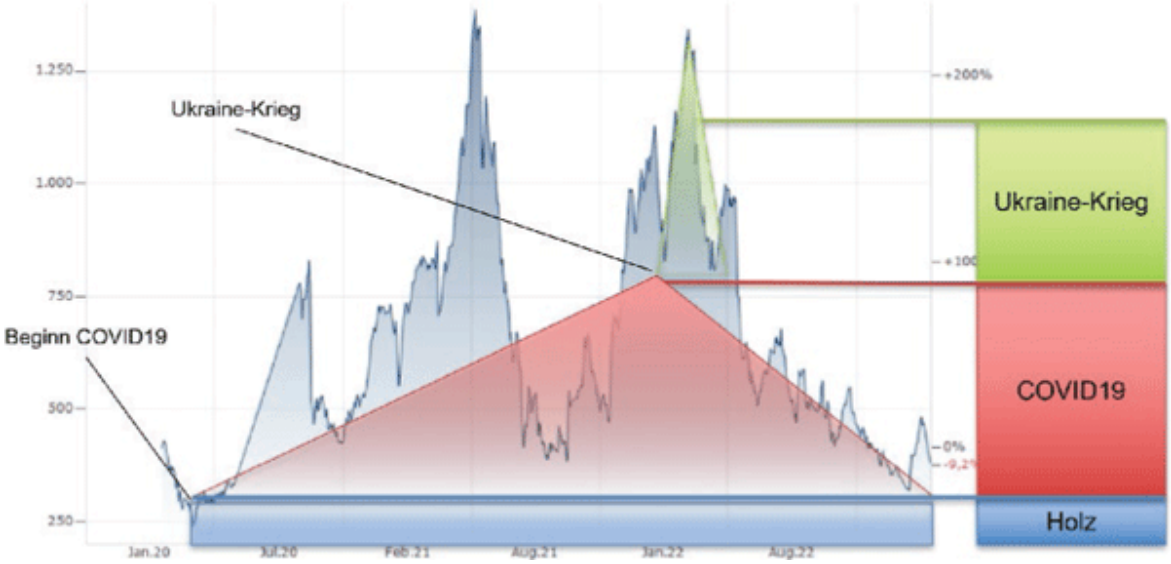
V. Schwerwiegende Veränderung

Gem. § 313 Abs. 1 BGB bedarf es für den Anspruch auf Vertragsanpassung einer schwerwiegenden Veränderung der (hier) großen Geschäftsgrundlage. Eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage liegt vor, da aufgrund des Ukraine-Krieges und der damit verbundenen Versorgungskrise schwerwiegende Versorgungsengpässe mit den vorgenannten Folgen, insbesondere Lieferproblemen, Preissteigerungen und Problemen der Preisbindung der Baustofflieferanten eingetreten sind. Nicht jegliche Abweichungen von den Kosten, die dem Unternehmer für die Leistungserbringung seit dem 24.02.2022 entstehen und die kalkulierten Kosten übersteigen, sind aber durch den Ukrainekrieg verursacht. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass schon vor Kriegsausbruch coronabedingt mit überdurchschnittlichen Kostensteigerungen zu rechnen war. Diese zu Beginn des Ukraine-Krieges bereits bekannten Kostensteigerungen liegen im Risikobereich des Unternehmers und sind je nach Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu seinen Lasten zu berücksichtigen. Nachfolgend sollen die im Zeitraum ab Februar 2020 bis zum 15.02.2023 eingetretenen Preissteigerungen für Stahl und Holz dargestellt werden:



Stahlpreisentwicklung vom 15.02.2020 bis 15.02.2023

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH



Holzpreisentwicklung vom 15.02.2020 bis 15.02.2023

Aus den Grafiken wird ersichtlich, dass bereits in den Jahren 2020 bis Ende 2021 extreme Preissteigerungen eingetreten sind. Hat also bspw. ein Bauunternehmer im Herbst 2021 einen Bauvertrag abgeschlossen, so musste dieser Unternehmer das zu diesem Zeitpunkt bekannte, pandemiebedingte Beschaffungs- und Kostenrisiko für Holz und Stahl im Rahmen seiner Preiskalkulation berücksichtigen, nicht aber die zusätzliche Wirkung des Ukraine Krieges ab dem 24.02.2022. Diese zusätzlichen Preissteigerungen sind bei der Bewertung der schwerwiegenden Veränderung der Geschäftsgrundlage infolge der Ukraine-Krise also zu berücksichtigen.

VI. Das hypothetische Element

Weiter verlangt § 313 Abs. 1 BGB, dass die Parteien bei Vorhersehung der Umstände den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Im Rahmen der Störung der großen Geschäftsgrundlage ist dieses hypothetische Element des Tatbestandes regelmäßig erfüllt.[31] So auch im gegenständlichen Fall: Bei Vorhersehung der Volatilität hätten die Parteien diese vertraglich berücksichtigt, bspw. durch Risikozuschläge oder Preisgleitklauseln.[32]

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

VII. Risikozuweisung

Die Anpassung des Vertrages kann gem. § 313 Abs. 1 BGB verlangt werden, wenn einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Maßgeblich für einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages ist also insbesondere die vertragliche oder die gesetzliche Risikoverteilung.[33] Geht es folglich um Erwartungen oder Umstände, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Vertragsparteien fallen sollen, ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum.[34] Das Risiko von Lohn- und Materialpreiserhöhungen (und somit einer Leistungserschwerung) während der vereinbarten Bauzeit trägt grundsätzlich der Auftragnehmer.[35] Er trägt das sogenannte Beschaffungsrisiko.[36] Steigen die Materialpreise aufgrund eines nachträglichen Umstands, so verwirklicht sich damit folglich ein typisches Risiko des Auftragnehmers. Beruhen die Preissteigerungen jedoch auf einer Störung der großen Geschäftsgrundlage, hier dem Krieg in der Ukraine, dann geht das über das typische Beschaffungsrisiko des Auftragnehmers hinaus.

Hierbei ist, wie vorstehend bereits im Rahmen der schwerwiegenden Veränderung der Geschäftsgrundlage angesprochen, allerdings zu berücksichtigen, dass wegen Corona schon vor dem Kriegsereignis in der Ukraine mit Preisschwankungen gerechnet werden musste, so dass der Auftragnehmer nicht allein einen zum Zeitpunkt seiner Kalkulation besonders günstigen Preis als Maßstab für die unerwartete, unvorhersehbare Preissteigerung heranziehen durfte. Vielmehr waren die Preisschwankungen bzw. etwaige Preissteigerungen von dem Auftragnehmer, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag geschlossen wurde, zu berücksichtigen. So musste der Auftragnehmer bspw. im Oktober 2021 Stahlpreise kalkulieren, die deutlich höher lagen als im Juni 2020. In Abhängigkeit dessen ermittelt sich die nicht erwartbare Preissteigerung in Folge des Ukrainekrieges. Mit anderen Worten: Während der Auftragnehmer, der den Stahlpreis für eine Leistungserbringung und damit die Stahllieferung im Mai 2022 für den im Juni 2020 geschlossenen Vertrag Ende April 2020 kalkuliert und angeboten hat, mit den Preissteigerungen infolge des Ukrainekrieges nicht rechnen musste, kann sich der Unternehmer, der eine entsprechend Stahllieferung im Juni 2021 kalkuliert und angeboten hat, auf eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage nicht berufen, da sich die Preise durch den Ukraine-Krieg gegenüber den Stahlpreise im Juni 2021 nicht extrem erhöht haben.

An dieser Stelle ist die Entscheidung der VK Westfalen vom 12.07.2022[37] zu erwähnen. Diese entschied, dass das Risiko von erheblichen Preissteigerungen in Folge der Kampfhandlungen in der Ukraine nicht zu ermitteln ist, so dass dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A aufgebürdet wird, sofern keine Preisgleitklausel vereinbart wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Auftragnehmer dem vorhersehbaren Risiko der Preissteigerungen nicht begegnen kann, z.B. durch einen Risikozuschlag.

Mit den in Folge des Ukraine-Krieges eingetretenen, nicht vorhersehbaren, extremen Preissteigerungen, die Gegenstand dieser Betrachtung sind, verwirklicht sich ein allgemeines Lebensrisiko, das von der bau- oder werkvertraglichen Risikoverteilung – zumindest ohne eine diesbezügliche vertragliche Regelung – grundsätzlich nicht erfasst wird. Eine dahingehende Vereinbarung sieht das OLG Düsseldorf in der Vereinbarung eines Festpreises.[38] Das OLG Düsseldorf führt in der Entscheidung vom 19.12.2008 aus, eine Festpreisabrede lasse

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

sich als Preisgarantie deuten, die den Auftragnehmer verpflichte, den Auftraggeber von über den Festpreis hinausgehenden Forderungen freizustellen. Eine derart weitreichende Risikoübernahme durch eine Festpreisklausel ist nach der Rechtsansicht des BGH jedoch zweifelhaft.[39] Der BGH stellt zutreffend fest, dass die Parteien bei der Vereinbarung einer Festpreisvereinbarung regelmäßig von der Erwartung ausgehen, dass die Marktpreisentwicklung über den Vertragszeitraum im üblichen bzw. erwartbaren bleibt.[40] Folglich sollen auch nur diese üblichen und erwartbaren Schwankungen abgedeckt werden.

Da nur unvorhersehbare und unvermeidbare Preissteigerungen nicht in den Risikobereich des Unternehmers fallen, muss dieser darlegen und nachweisen, dass

- die Preissteigerung/Lieferschwierigkeiten tatsächlich durch den Ukraine-Krieg verursacht wurden. Hierfür muss er zunächst darlegen, dass seine Kalkulation die erwartbaren Preisschwankungen berücksichtigte. Dementsprechend darf der Unternehmer, wie vorstehend dargelegt, nicht allein den zum Zeitpunkt seiner Kalkulation besonders günstigen Preis als Maßstab für die unerwartete, unvorhersehbare Preissteigerung heranziehen. Ein Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage setzt voraus, dass die unter Berücksichtigung der Erfahrungswerte, u.a. der Corona-Krise, kalkulierten Preise unvorhersehbar gestiegen sind. Insoweit sind durchschnittliche Preisentwicklungen bei der Bemessung der Zumutbarkeit wie auch der Preisanpassung zu berücksichtigen (siehe hierzu noch nachfolgend);
- die Mehrkosten nicht auf mangelnde Planung oder nicht rechtzeitige Vertragsbindung von Lieferanten, Nachunternehmern etc. beruhen;
- die Mehrkosten nicht auf eine unterbliebene, aber mögliche Einlagerung zurückzuführen sind[41] und
- nicht eine anderweitige – ggf. auch Mehrkosten auslösende – Ersatzbeschaffung zur Kompensation aufgetretener Bauablaufstörungen möglich war (Einbeziehung anderer Nachunternehmer, Lieferantenwechsel etc.).

Ist dem Auftragnehmer die Darlegung und der Nachweis der vorgenannten Tatsachen gelungen und wendet der Auftraggeber ein, dass die vom Auftragnehmer behaupteten Verluste oder Mehrkosten nicht auf dem Krieg in der Ukraine beruhen, trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast.[42]

Das Risiko der Störung der großen Geschäftsgrundlage kann ohne eine vertragliche Regelung regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden.[43] Dieses Ergebnis bedeutet allerdings nicht, dass jede Störung der großen Geschäftsgrundlage zwangsläufig zu einem Anspruch auf Anpassung des Vertrages führt. Hierfür bedarf es ergänzend und wie eingangs dargelegt der Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag.

VIII. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag

Angesichts der überragenden Bedeutung, die dem Grundsatz der Vertragstreue zukommt, ist die Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage nur zulässig, wenn dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nicht zumutbaren Ergebnisses unabweislich erscheint.[44] Die Feststellung, ob dem Betroffenen das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, bedarf (auch bei einer Störung der großen Geschäftsgrundlage) einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.[45]

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

1. Zu berücksichtigende Umstände

Die zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls sollen anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung erläutert werden:

- Zu berücksichtigen ist, wie vorstehend erläutert, die Vorhersehbarkeit der Preissteigerungen. Das entschied der BGH mit Urteil vom 08.02.1978[46] zur Ölpreissteigerung. Hinsichtlich der Unzumutbarkeit führte der 8. Zivilsenat in der vorgenannten Entscheidung aus, dass diese nicht bejaht werden kann, „wenn die betroffene Partei die Möglichkeit gehabt hatte, ein für sie untragbares und unzumutbares Ergebnis zu vermeiden." Die Vorhersehbarkeit kann mithin nur dann eine Rolle spielen, wenn die gegenständlichen Preissteigerungen im konkreten Fall absehbar waren.
- Der Vorhersehbarkeit entsprechend ist zu berücksichtigen, ob der Risikoeintritt, also die hohen Mehrkosten, hätte verhindert werden können. In der vorgenannten Entscheidung vom 08.02.1978 führte der BGH hierzu aus, dass der beklagte Öllieferant das noch zu liefernde Heizöl hätte einlagern müssen, nachdem ihm die wesentlichen auslösenden Faktoren für die spätere Preisentwicklung bekannt waren. Auch wäre es zu berücksichtigen, wenn der Auftragnehmer die Baumaterialien über dem Marktpreis erworben hat, obwohl er diese hätte günstiger erwerben können.
- Die Ursache der Mehrkosten kann – wenngleich für den Fall des Ukraine-Krieges weniger von Bedeutung – entscheidend sein. Hierzu führte der BGH im Urteil vom 30.06.2011[47] aus, dass Mengenmehrungen im Pauschalpreisvertrag, die auf einer Fehlkalkulation des Auftragnehmers beruhen, keinen Ausgleichsanspruch nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B begründen können. Anderes soll gelten, wenn die unzutreffenden Mengenangaben aus der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers stammen. In diesem Fall ist dem Auftragnehmer keine Mitverursachung vorwerfbar.

Auch der Grad der Kalkulierbarkeit einer Kostenabweichung ist ein Umstand, der zu berücksichtigen ist.[48] Da der Ukraine-Krieg und seine gegenständlichen Folgen nicht vorhersehbar waren, musste der Auftragnehmer allerdings nur die üblichen Kostenabweichungen berücksichtigen. Ebenso ist die finanzielle Situation der Vertragsparteien zu berücksichtigen.[49] Bei einem Kleinbetrieb kann es also gerecht sein, die Schwelle der Unzumutbarkeit niedriger anzusetzen als bei einem mittelständischen Unternehmen oder gar bei einem Großkonzern. Gleiches gilt für den Auftraggeber. Zwar kann dieser gem. § 313 Abs. 3 BGB den Vertrag kündigen, sofern ihm die Anpassung des Vertrages nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Denkt man jedoch an die „Häuslebauer", die auf die Errichtung des Objektes angewiesen sind und im Falle einer Kündigung erhebliche Nachteile hätten, so stellt die Erklärung der Kündigung gem. § 313 Abs. 3 BGB für diese keine Option dar. Überhaupt stellt die in § 313 Abs. 3 BGB geregelte „Rückausnahme", wonach der Unternehmer aufgrund Unzumutbarkeit der Kostensteigerung eine Anpassung der vereinbarten Vergütung verlangen kann,

- diese Anpassung ihrerseits aber für den Besteller unzumutbar ist, einen in der Praxis so gut wie nie vorkommenden Ausnahmefall dar.[50]
- Zu eng wäre es allerdings, darauf abzustellen, dass die Erfüllung des unveränderten Vertrages zum wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners führen müsste.[51] Ein Abstellen auf den wirtschaftlichen Zusammenbruch würde eine nicht gerechtfertigte Differenzierung zwischen vermögenden und weniger vermögenden Schuldnern führen. Die Insolvenzgefahr kann daher allenfalls als ein Faktor bei der Abwägung der Unzumutbarkeit Berücksichtigung finden.[52]

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

2. Die Schwelle der Unzumutbarkeit

Sind die zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls geklärt und bewertet, stellt sich die Frage nach der Schwelle der Unzumutbarkeit. Diese Unzumutbarkeitsschwelle ist insbesondere in einer Vertragskette für jeden Vertrag gesondert zu beurteilen. So mag der Unternehmer, dessen Lieferant Mehrkosten, etwa wegen erhöhter Stahlpreise, geltend macht, ein Interesse daran haben, diese Mehrkosten ungekürzt an seinen Auftraggeber durchzustellen. Jedoch gewährt die Störung der Geschäftsgrundlage einen Preisanpassungsanspruch nur dann, wenn die Preissteigerung seitens des Lieferanten dazu führt, dass auch dem Bauunternehmer im Verhältnis zum Besteller ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar wäre. Mit anderen Worten: Der Lieferant, der mit Stahllieferungen zu einem Auftragsvolumen von 2 Mio. € beauftragt ist, mag einen Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage geltend machen können, wenn die Stahlpreise unerwartbar um 40 % steigen, so dass sich die Vergütung auf bis zu 2,8 Mio. € erhöhen würde. Demgegenüber stellt sich diese Preissteigerung für den Bauunternehmer, der den Lieferanten vertraglich gebunden hat, selbst aber mit einem Bauvolumen von 50 Mio. € beauftragt ist, so dass die Preissteigerung im Verhältnis zu seinem Auftragsvolumen nur rund 1,16 % beträgt, als nicht so eklatant dar, dass dem Unternehmer ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zumutbar wäre. Entscheidend für die Unzumutbarkeit ist folglich zum einen die Gesamtkostensteigerung, nicht die Kostensteigerung in einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses, vorliegend der Stahlbauleistungen,[53] zum anderen die Kostenentwicklung im jeweiligen Vertragsverhältnis Lieferant – Bauunternehmer und Bauunternehmer – Besteller.

Die Preissteigerungen sind in das Verhältnis zur Schlussrechnungssumme, d.h. unter Berücksichtigung der tatsächlich ausgeführten Mengen, etwaigen Nachtragsleistungen und Preisnachlässen (z.B. Skonto) zu setzen.[54] So auch der BGH in der sogenannten Estrichstärken-Entscheidung,[55] in welcher es heißt, dass im Zuge der Ermittlung der Gewinnaufzehrung das „finanzielle Gesamtergebnis“ heranzuziehen ist. Das Abstellen auf die Auftragssumme ist nicht geboten, da etwaiger über Nachtragsleistungen oder Mengenmehrungen erzielter Gewinn die aufgrund der Preissteigerungen eingetretenen Gewinnverluste kompensiert haben könnte. Erzielt der Auftragnehmer noch Gewinn, so ist ihm das Festhalten am Vertrag nach Auffassung des BGH aber noch zumutbar.

Bislang existiert keine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu, wann – insbesondere bei Störung der großen Geschäftsgrundlage – die Schwelle der Unzumutbarkeit erreicht ist, d.h. ob Kostensteigerungen in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Schlussrechnungssumme in Ansatz zu bringen sind oder ob auf einen bestimmten vom Unternehmer erlittenen Verlust abgestellt werden muss. In der sogenannten Estrich-Entscheidung[56] führte der BGH aus, dass das Festhalten am unveränderten Vertrag dann zumutbar sein könne, sofern das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrages nicht nur den zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufzehre, sondern auch zu Verlusten führe. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass dieser Entscheidung eine Störung der „kleinen Geschäftsgrundlage“ zugrunde lag. Ist die „große Geschäftsgrundlage“ gestört, ist die Schwelle zur Unzumutbarkeit nach der in der Literatur überwiegenden Auffassung, welcher sich die Autoren anschließen, niedriger anzusetzen.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

In der juristischen Literatur werden zur derzeitigen Situation bislang die folgenden Ansätze zur Schwelle der Unzumutbarkeit vertreten, wobei (richtigerweise) wiederholt betont wird, dass eine starre Grenze nicht geboten ist und der Einzelfall entscheidend ist:

- Nach Kues/Simlesa[57] sind die Mehrkosten im Verhältnis zum Gesamtauftrag und ein dem Auftragnehmer entstehender Verlust als Anhaltspunkte heranzuziehen. Die Unzumutbarkeitsgrenze sei allerdings deutlich niedriger anzusetzen als vor der COVID-19-Pandemie, da die Unternehmen sowie die Bauindustrie aufgrund dieser geschwächt sind.
- Leinemann[58] bejaht die Unzumutbarkeit ab einer Aufzehrung des Gewinns. Er geht hierbei offenbar davon aus, dass der Gewinn aufgrund der gegenständlichen Preissteigerungen regelmäßig aufgezehrt wäre.
- Von Wietersheim[59] spricht sich – unter Bezugnahme auf Kues/Simlesa – gegen niedrigere Prozentsätze als vor der COVID-19-Pandemie mit der Begründung aus, dass derzeit auch die Auftraggeber belastet seien.
- Das BMWSB sowie das BMDV nennen in den Erlassen vom 25.03.2022 als Richtwerte Kostensteigerungen in Höhe von 10 bis 29 %. Eine Aufzehrung des Gewinns soll allerdings nicht genügen. In den Leitlinien des BMDV vom 19.04.2022 zur Umsetzung der Erlasse vom 25.03.2022 wird die Unzumutbarkeit weiter dahingehend konkretisiert, dass diese in der Regel bereits bei 10 % Gesamtkostensteigerung erreicht sein soll.

Bereits aus der Verwendung des Begriffs der Unzumutbarkeit, spätestens aber aus der seitens der Rechtsprechung entwickelten Definition,[60] wird deutlich, dass die Unzumutbarkeit regelmäßig nicht bejaht werden kann, solange der Auftragnehmer trotz der unerwartbaren Kostensteigerungen noch einen Gewinn erzielt. Zur Erinnerung: Das Festhalten am Vertrag muss zu einem untragbaren und mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen. Macht der Auftragnehmer noch Gewinn, ist ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages (mangels Unzumutbarkeit) in aller Regel ausgeschlossen. Im Zuge der Ermittlung einer Gewinnaufzehrung kann allerdings nicht auf den in der Kalkulation ausgewiesenen Gewinn abgestellt werden, vielmehr muss der unter Ausblendung des Kriegsereignisses hypothetisch tatsächlich erzielte Gewinn maßgeblich sein. Hintergrund ist, dass der Gewinn nicht allein über den hierfür ausgewiesenen Zuschlag „Wagnis/Gewinn“ erzielt wird, sondern häufig ergänzend positionsbezogen. Hierunter versteht man, dass der Unternehmer in einzelnen Positionen einen Einheitspreis kalkuliert, der die dem Unternehmer für die Leistungserbringung tatsächlich entstehenden Kosten übersteigt.[61] So entsteht im Rahmen der Vertragsdurchführung ein sogenannter Vergabegewinn. Dies soll anhand des nachfolgenden Beispiels erläutert werden:

Der Auftragnehmer hat die Einzelkosten der Teilleistung (EkdT) für die Verlegung von Teppichboden mit 30,00 €/m^2 kalkuliert. Tatsächlich entstehen ihm nur Kosten i.H.v. 25,00 €/m^2, weil er zum Beispiel zu hohe Aufwandswerte für die Verlegung kalkuliert hatte. Ausgehend davon, dass die Zuschlagssätze für die Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK) sowie Wagnis/Gewinn betragsmäßig in der Höhe anfallen wie kalkuliert, bedeutet dies einen positionsbezogenen Gewinn i.H.v. 5,00 €/m^2, der sich wie folgt ermittelt:

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Kalkulierte Kosten	Tatsächliche Kosten		
EkdT	30,00 €/m2	25,00 €/m2	
BGK	10 %	*6,00 €/m2*	*6,00 €/m2*
Herstellkosten	36,00 €/m2	31,00 €/m2	
AGK	15 %	*5,40 €/m2*	*5,40 €/m2*
Selbstkosten	41,40 €/m2	36,40 €/m2	
Wagnis/Gewinn	5 %	*2,07 €/m2*	*2,07 €/m2*
Einheitspreis	43,07 €/m2	38,07 €/m2	

Streng genommen müsste man auch die kalkulierten BGK den tatsächlichen Kosten für BGK gegenüberstellen und den Zuschlag für AGK zumindest dahingehend prüfen, ob damit die dem Unternehmer entstehenden Allgemeinen Geschäftskosten gedeckt sind oder ob der Unternehmer hierfür einen Zuschlagssatz kalkuliert hat, der die Allgemeinen Geschäftskosten übersteigen dürfte, so dass der Unternehmer auch über diesen Zuschlag einen Gewinn erzielt. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Unternehmer in anderen Positionen die Einheitspreise niedriger als die Kosten kalkuliert hat, die ihm tatsächlich entstehen.

Im Ergebnis erzielt der Unternehmer einen Gewinn, der sich nicht (nur) danach bemisst, in welcher Höhe der Unternehmer einen Zuschlag für Wagnis/Gewinn kalkuliert hat. Der Gewinn, den der Unternehmer ohne die unerwarteten, extremen Preissteigerungen erzielt hätte, kann damit nicht allein anhand des kalkulierten Wagnisses/Gewinns ermittelt werden. Der Gewinn muss vielmehr anhand einer Gegenüberstellung der hypothetischen Kosten ermittelt werden, die dem Unternehmer ohne das Kriegsereignis entstanden wären, zu der Vergütung, die der Unternehmer auf Basis der Kalkulation erlöst. Hierbei sind auch Nachtragsleistungen zu berücksichtigten, da – wie vorstehend dargelegt – die Preissteigerungen im Verhältnis zur Schlussrechnungssumme ermittelt werden müssen. Die entsprechend ermittelte Differenz stellt den hypothetischen Gewinn dar, den der Unternehmer ohne den Ukrainekrieg erlöst hätte.

Für die Berücksichtigung nicht nur des kalkulierten Wagnisses/Gewinns spricht auch die Estrichstärken-Entscheidung des BGH,[62] wenn dieser ausführt: „Wirken sich die von den irreführenden Angaben im Vertrag abweichenden Mengen derart auf die Vergütung aus, dass das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrags nicht nur *den zu erwartenden Gewinn* des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch zu Verlusten führt (vgl. BGHZ 153, 311 [324 f.] = NJW 2003, 1805 = NZBau 2003, 321 = BKR 2003, 459), ist das Festhalten an der Preisvereinbarung häufig nicht mehr zumutbar.“ Der BGH stellt also zutreffend auf den zu erwartenden, nicht auf den kalkulierten Zuschlagssatz für Wagnis/Gewinn ab.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Auch würde, stellte man nur auf den kalkulierten Gewinn ab, der Unternehmer begünstigt, der den Zuschlag für Wagnis/Gewinn vergleichsweise niedrig kalkuliert hat. Denn dieser Gewinn wäre durch die Preissteigerung deutlich früher aufgezehrt als der höhere Gewinn, den der redliche Unternehmer kalkuliert.

Der hypothetische Gewinn, den der Bauunternehmer inklusive kalkulierter Vergabegewinne und Gewinne aus Nachträgen usw. ohne die kriegsbedingten Kostensteigerungen erzielt hätte, wäre damit eine zwar schwierig zu ermittelnde,[63] sachlich aber geeignete Grundlage für die Festlegung, ob die kriegsbedingten Kostensteigerungen für den Unternehmer noch zumutbar sind oder nicht.

Zieht man als Anknüpfungspunkt für die Unzumutbarkeit nicht die vorstehend erläuterte „Gewinnaufzehrung" heran, sondern (gewinnunabhängig) allein die Kostensteigerung, so gilt: In der aktuellen Literatur herrscht Uneinigkeit, wo die Schwelle zur Unzumutbarkeit liegt, beziehungsweise wie hoch die Kostensteigerungen sein müssen, damit dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zustehen kann. Bevor die verschiedenen Ansichten dargestellt werden, muss jedoch geklärt werden, wie die Kostensteigerungen überhaupt zu ermitteln sind. Soweit in den Erlassen des BMWSB sowie des BMDV auf den kalkulierten Gewinn abgestellt wird,[64] wird dort übersehen, dass diese Art der Ermittlung zu ungerechten Ergebnissen führt: Es würde der Auftragnehmer begünstigt, der unwirtschaftlich, d.h. die Einzelkosten der Teilleistung unterhalb der ihm hypothetisch für die Durchführung der Leistung entstehenden Kosten, kalkuliert hat. Denn diese unterkalkulierten Kosten würden von den tatsächlich entstehenden Kosten in Abzug gebracht. Im Ergebnis würden bei der Ermittlung der Kostensteigerung nicht nur die tatsächlichen Mehrkosten gegenüber auskömmlich kalkulierten Kosten (hypothetische Soll-Kosten), sondern daneben der Betrag der Unterkalkulation in Ansatz gebracht, der dem Unternehmer folglich ohne eine entsprechende Rechtfertigung hierfür ausgeglichen würde. Dies verbietet sich schon deshalb, weil hier kein Zusammenhang zwischen der Unterdeckung und

den Kostensteigerungen aufgrund des Ukraine Kriegs besteht. Umgekehrt würde der Unternehmer, der die Einzelkosten der Teilleistungen höher angesetzt hat als die Kosten, die ihm im Falle der Ausführung ohne die Berücksichtigung der Preissteigerung hypothetisch entstanden wären, benachteiligt. Dadurch, dass die kalkulierten Kosten von den erhöhten Kosten in Abzug gebracht werden, geht der positionsbezogen kalkulierte (Vergabe-) Gewinn verloren.

Zur Berechnung der Mehrkosten müssen daher für die Leistungspositionen, die von der Preissteigerung betroffen sind, die hypothetischen Kosten für die Ausführung herangezogen werden. Gemeint sind damit die Kosten, die dem Auftragnehmer ohne das Kriegsereignis in der Ukraine entstanden wären. Dies sind den infolge des Krieges entstandenen Mehrkosten gegenüberzustellen.

Die hypothetischen Kosten können auf Basis der dem Unternehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder danach vorliegenden Angeboten ermittelt werden. Lagen dem Unternehmer vor den Kriegsereignissen bzw. der Realisierung der Auswirkungen hieraus keine Angebote vor, so muss auf theoretische Ermittlungen zurückgegriffen werden. Diesen Ermittlungen müssen die Kosten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter Berücksichtigung der zu erwartenden Kostensteigerungen zugrunde gelegt werden. Zwar erfordert im Ergebnis auch die Ermittlung der Kostensteigerung einen gewissen Aufwand. Dieser ist jedoch deutlich geringer als der

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Aufwand für die Aufzehrung des hypothetischen Gewinns aufgrund kriegsbedingter Kostensteigerungen. Auf der anderen Seite kann nicht verhehlt werden, dass eine ausschließlich kostenbezogene Bewertung der Unzumutbarkeit dazu führen könnte, dass bei entsprechend hohen Kostensteigerungen (z.B. 30 % der Gesamtkosten) trotzdem der Unternehmer im Einzelfall noch einen Gewinn erzielen kann, z.B. dann, wenn er entsprechend hohe Vergabegewinne erzielt.

Der Co-Autor vertritt deshalb die Auffassung, dass es für die Unzumutbarkeit i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB auf die Auswirkungen der vorstehend erläuterten, vom Unternehmer nachgewiesenen Kostensteigerungen auf den hypothetischen, ohne Kriegsereignis zu erwartenden Gewinn ankommt. Die „bloße Aufzehrung“ dieses hypothetischen Gewinns reicht aber für die Unzumutbarkeit nicht aus, sondern die Kostensteigerungen müssen den Unternehmer substantiell in die Verlustzone bringen. Hiervon kann vereinfachend und als „Regelfall“ ausgegangen werden, wenn das 1,5 fache des hypothetischen Unternehmergewinns aufgrund der Kostensteigerungen überschritten wird.

Dazu ein einfaches Berechnungsbeispiel:

Der Unternehmer hat (auskömmlich, s.o.) kalkuliert.

EKdT	5 Mio. €	
BGK	10 %	0,5 Mio. €
AGK	10 %	0,5 Mio. €
W+G	5 %	0,25 Mio. €
Auftragssumme:	*6,25 Mio. €*	

Kriegsbedingt entstehen dem Unternehmer Materialmehrkosten i.H.v. 1 Mio. € = 20 % der EKdT.

Bei unveränderten BGK und AGK würde hierdurch der kalkulierte Gewinn des Unternehmers um das Vierfache aufgezehrt, aus einem seriös kalkulierten Gewinn i.H.v. 0,25 Mio. € würde „ohne Zutun“ des Unternehmers ein Verlust i.H.v. 0,75 Mio. €.

Wendet man in diesem Beispiel die Formel „Unzumutbarkeit ab 1,5fachem Gewinn“ an, dann läge die Unzumutbarkeit bereits ab Kostenerhöhungen von 0,375 Mio. € vor (0,25 Mio. € x 1,5), d.h. der Unternehmer könnte nach § 313 Abs. 1 BGB vom Besteller eine Vergütungsanpassung fordern. In welchem Umfang eine Vergütungsanpassung verlangt werden kann, führen wir in Ziff. IX näher aus.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Nach Auffassung der Co-Autorin ist – ohne weitere Anhaltspunkte gem. Ziffer VIII.1, die für oder gegen den Auftragnehmer sprechen – die Unzumutbarkeitsschwelle dann erreicht, wenn die Preissteigerungen 7 % der Schlussrechnungssumme übersteigen. Diesem Richtwert liegen die nachfolgenden Überlegungen zugrunde:

Sämtlichen bisherigen Entscheidungen zu Preissteigerungen lag eine Störung der „kleinen“ Geschäftsgrundlage, also einer Grundlage des jeweiligen Vertrages, zugrunde. Der Krieg in der Ukraine und seine Preissteigerungen stellen allerdings – was der herrschenden Meinung entspricht und vorstehend erläutert wurde – eine Störung der „großen“ Geschäftsgrundlage dar. Hierbei handelt es sich um eine Störung, die von keiner der Vertragsparteien zu verantworten ist und die, zumindest sofern der Vertrag vor dem 24.02.2022 geschlossen wurde, für keine der Vertragsparteien absehbar war. Die Schwelle der Unzumutbarkeit muss mithin niedriger als in der bisherigen Rechtsprechung und niedriger als in dem in § 2 Abs. 3 VOB/B kodifizierten Fall der Geschäftsgrundlage, einer Mengenmehrung um mehr als 10 %, angesetzt werden. Hierfür spricht auch, dass das Kriegsereignis in der Ukraine nicht nur einen Vertrag betrifft, wie es bei der Störung der kleinen Geschäftsgrundlage der Fall ist, sondern eine Vielzahl von Verträgen des betroffenen Auftragnehmers betreffen kann. Eine zu hohe Schwelle zur Unzumutbarkeit bzw. die einhergehenden Belastungen können deshalb kumuliert zu einem dem Zweck der Norm widersprechenden Ergebnis führen.

Darüber hinaus ist nach den in der Baupraxis bei der Erbringung von Bauvorhaben maximal realisierten Gewinnen davon auszugehen, dass der Unternehmer ab dieser Grenze regelmäßig keinen Gewinn mehr erzielt, sofern der Gewinn bzw. dessen Aufzehrung überhaupt ein geeigneter Maßstab ist. Hinsichtlich der Aufzehrung des Gewinns ist erneut auf die Estrich-Entscheidung des BGH[65] zu verweisen. Der BGH verweist auf seine Entscheidung zum Höchstbetrag einer Vertragsstrafe in AGB eines Bauvertrages.[66] In dieser Entscheidung heißt es, dass eine Vertragsstrafe von über 5 % der Auftragssumme zu hoch sei, da der Auftragnehmer in vielen Fällen dadurch nicht nur seinen Gewinn verliere, sondern einen spürbaren Verlust erleide.

Die konkrete Ermittlung des vom Unternehmer im Falle der Ausführung ohne die kriegsbedingten Kostensteigerungen erlösten Gewinns ist schon vor dem Hintergrund nicht praktikabel, dass sich die hypothetischen Kosten für die Abwicklung des gesamten Auftrages, d.h. für jede einzelne Leistungsposition, nur mit einem unverhältnismäßigen zeitlichen und finanziellen Aufwand ermitteln lassen. Es ist daher angezeigt – vergleichbar der Rechtsprechung zur kleinen Geschäftsgrundlage – einen Richtwert in Form eines Prozentsatzes der Kostensteigerung im Verhältnis zur Schlussrechnungssumme zu bilden.

Für den vergleichsweise niedrigeren Ansatz von 7 % spricht schließlich, dass die Rechtsprechung bei einer Störung der großen Geschäftsgrundlage zu einer hälftigen Teilung der Belastungen, hier der Mehrkosten, tendiert – so dass der Unternehmer einen Teil der Mehrkosten ohnehin selbst trägt.

Bei dem Ansatz von 7 % der Schlussrechnungssumme handelt es sich, wie gesagt, um einen Richtwert, der je nach der konkreten Fallgestaltung, etwa der wirtschaftlichen Situation von Auftraggeber und Unternehmer nach oben aber auch geringfügig nach unten abweichen kann.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

IX. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenebene sieht § 313 Abs. 1 BGB die „Anpassung des Vertrages“ vor. Ziel dieser Vertragsanpassung ist die Wiederherstellung der Zumutbarkeit der Vertragserfüllung.[67] Das verwirklichte Risiko soll bei möglichst geringem Eingriff in die ursprüngliche Regelung möglichst interessengerecht verteilt werden. Dabei ist nach dem Grundsatz des schwächstmöglichen Eingriffs in die eingegangenen Verpflichtungen möglichst am Vertrag festzuhalten.[68] Vor diesem Hintergrund sind die gegenständlichen Preissteigerungen durch eine Erhöhung der Vergütung des Auftragnehmers auszugleichen, hierdurch bleiben die vertraglichen Vereinbarungen, mit Ausnahme der Preisvereinbarung, unangetastet.

Ist, wie in den vorliegenden Regelfällen, das verwirklichte Risiko keiner der Parteien zuzuordnen, tendiert die Rechtsprechung zu einer hälftigen Teilung.[69]

In der zur gegenständlichen Situation veröffentlichten juristischen Literatur werden hinsichtlich der Art und Weise der Vertragsanpassung bislang die nachfolgenden Meinungen vertreten, wobei alle Ansichten gemein haben, dass der Einzelfall entscheidet:

Nach Kues/Scheuermann[70] soll eine Preisanpassung nicht vollständig auf eine Vertragspartei

- abgewälzt werden, vielmehr sollten die schädlichen/ruinösen Einflüsse einer wirtschaftlich praktikablen Lösung für beide Parteien zugeführt werden. Hier sollte es keine Denkverbote geben, um Gerechtigkeit zu schaffen.
- Kues/Simlesa[71] halten eine hälftige Teilung der Preissteigerungen für unbillig. Hätten die Vertragsparteien den Ukraine-Krieg vorhergesehen, dann hätten diese eine Stoffpreisgleitklausel vereinbart, sodass dem Auftragnehmer die tatsächlich erforderlichen Kosten der Materialbeschaffung, ohne Zuschläge für AGK und BGK, zustehen sollen.
- Leinemann[72] greift auf den in § 650c BGB geschaffenen Mechanismus für die Berechnung neuer Vertragspreise für Nachträge zurück. Der Auftragnehmer soll Anspruch auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der vertraglichen (nicht angemessenem) Zuschläge haben.
- Nach Lührmann/Egle/Thomas[73] soll der Auftragnehmer die Preissteigerungen bis zur Schwelle der Unzumutbarkeit allein tragen. Preissteigerungen, die über der Schwelle der Unzumutbarkeit liegen, treffen hingegen vollständig den Auftraggeber.
- Von Wietersheim[74] meint, den unterhalb der Opfergrenze liegenden Teil trage der Auftragnehmer allein. Der über die Opfergrenze hinausgehende Teil der Preissteigerungen ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer zu teilen.
- Auch nach Retzlaff[75] trägt der Auftragnehmer die Preissteigerungen bis zur Unzmutbarkeitsgrenze allein. Die darüber hinausgehenden Preissteigerungen teilen sich Auftragnehmer und Auftragnehmer zu jeweils 50 %.
- In den Erlassen des BMWSB und BMDV vom 25.03. und 22.06.2022 heißt es, dass eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten „jedenfalls regelmäßig“ unangemessen ist. Grundlage der Anpassung sollen jedoch die reinen Materialpreise sein, Zuschläge für AGK, BGK und Wagnis und Gewinn sollen unberücksichtigt bleiben. Ob es sich hierbei um eine „Meinung“ handelt oder lediglich um eine Handlungsempfehlung für die betroffenen Behörden handelt, ist unklar.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Stellt man mit dem Co-Autor auf die Auswirkungen der Kostensteigerungen auf den hypothetischen Gewinn des Unternehmers ab, dann erscheint es ab der Schwelle der Unzumutbarkeit „Regelfall 1,5facher Gewinn“ angemessen, dem Unternehmer einen Preisanpassungsanspruch i.H.v. 50 % der nachgewiesenen Kostensteigerungen einzuräumen, *mindestens* aber in einer Höhe, die dem Unternehmer eine kostendeckende Ausführung des Vertrages *ohne Gewinn* ermöglicht.

Im Berechnungsbeispiel unter Ziff. VIII. 2 bedeutet das: Die Kostensteigerungen i.H.v. 1 Mio. € übersteigen die Zumutbarkeitsschwelle des 1,5fachen Gewinns = 0,375 Mio. €. Der Unternehmer kann eine Vergütungsanpassung i.H.v. 50 % der Kostensteigerung, mithin i.H.v. 0,5 Mio. € verlangen. Dann würde er aber selbst bei Streichung des von ihm kalkulierten Gewinns i.H.v. 0,25 Mio. € einen von ihm nicht zu verantwortenden Verlust i.H.v. 0,25 Mio. € erleiden. Sieht man es deshalb als billig i.S.v. § 313 BGB an, dass der Unternehmer kostendeckend ohne Gewinn arbeiten kann, dann könnte der Unternehmer im konkreten Beispiel eine Preisanpassung i.H.v. 0,75 Mio. € verlangen, um die Kostendeckung sicherzustellen.

Zur Kontrolle ein zweites Berechnungsbeispiel auf der Basis des ersten Berechnungsbeispiels: Die Kostensteigerungen belaufen sich 0,4 Mio. € und übersteigen damit wiederum den Schwellenwert des 1,5fachen Gewinns i.H.v. 0,375 Mio. €. Der Unternehmer kann Preisanpassung i.H.v. 50 % = 0,2 Mio. € fordern, aber nicht mehr, da die zu Lasten des Unternehmers gehende Kostensteigerung in Höhe von weiteren 0,2 Mio. € seinen hypothetischen Gewinn i.H.v. 0,25 Mio. € zwar weitgehend aufzehrt, aber eben nicht übersteigt.

Nach Ansicht der Co-Autorin kann der hypothetische Parteiwille zunächst nicht darauf gerichtet sein, dass sämtliche erforderlichen Mehrkosten vergütet werden. Denn der Auftraggeber hätte den Vertrag zu diesen Kosten regelmäßig nicht geschlossen. Ziel muss es sein, der benachteiligten Vertragspartei ein Festhalten am Vertrag wieder zumutbar zu machen und somit einen angemessenen Interessenausgleich beider Parteien wiederherzustellen. Es kann daher unter Würdigung der gesamten Umstände des Vertrages und der wirtschaftlichen Situation beider Vertragsparteien im Einzelfall auch eine Aufteilung von 10 % der Mehrkosten zu Lasten des Auftragnehmers und 90 % zu Lasten des Auftraggebers entsprechend des Erlasses des BMWSB für Preisgleitklauseln angezeigt sein.

Ohne andere Anhaltspunkte ist es aber gerechtfertigt, dass der Unternehmer die Preissteigerungen bis zur Schwelle der Unzumutbarkeit von 7 % (vgl. zur Ermittlung der Preissteigerungen und zur Grenze von 7 % Ziffer VIII.2) allein trägt. Denn so weit dem Unternehmer die Mehrkosten zumutbar sind, ist es grundsätzlich gerechtfertigt, dass er diese Kosten trägt. Der Unternehmer, der eine Preisanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB beanspruchen kann, würde gegenüber demjenigen, bei dem die Preissteigerung die Zumutbarkeitsschwelle nicht erreicht, ungerechtfertigt bevorteilt, wenn auch die Opfergrenze, d.h. die Kosten bis zur Erreichung der Unzumutbarkeitsschwelle, teilweise ausgeglichen würden. Hierzu folgendes Beispiel:

Beträgt die Unzumutbarkeitsschwelle von 7 % im konkreten Auftragsfall 300.000,00 €, so müsste der Unternehmer 1 im Falle einer Preissteigerung um 299.000,00 € diese Kosten in voller Höhe selbst tragen. Der Unternehmer 2,

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

dem bei gleicher Unzumutbarkeitsschwelle i.H.v. 300.000,00 € infolge der nicht erwartbaren Preissteigerung Mehrkosten i.H.v. 301.000,00 entstehen, könnte nicht nur eine Anpassung i.H.v. 1.000,00 beanspruchen, sondern hätte – vorausgesetzt die Mehrkosten werden insgesamt hälftig geteilt – einen Anpassungsanspruch i.H.v. 150.500,00 €. Ein derartiger „Grenzfall“ kann durchaus eintreten, da die Mehrkosten anhand der Gegenüberstellung der hypothetischen Kosten für die Ausführung der von der Preissteigerung betroffenen Positionen ohne den Ukraine-Krieg zu den tatsächlich entstehenden, erforderlichen Kosten ermittelt werden. Es besteht die reelle Möglichkeit, dass dem Unternehmer 2 bei redlicher Kalkulation und vertragsgemäßer Bauausführung für den von ihm vorgesehenen Nachunternehmer niedrigere, hypothetische Kosten entstanden wären, als dem Unternehmer 1.

Im Übrigen ist aber, sofern andere Anhaltspunkte fehlen, in der Regel eine hälftige Teilung der Mehrkosten durchaus sach- und interessengerecht. Denn für beide Vertragsparteien waren die Preissteigerungen nicht vorhersehbar und beide Vertragsparteien sind hiervon gleichermaßen betroffen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Unternehmer zunächst die Mehrkosten bis zum Erreichen der Unzumutbarkeitsschwelle trägt. Die darüberhinausgehenden Preissteigerungen trägt der Auftraggeber; dies wiederum bis auch diese die Höhe der Unzumutbarkeitsschwelle erreicht haben. Er soll also zunächst in gleicher Höhe wie zuvor der Auftragnehmer mit den Preissteigerungen belastet werden. Gehen die Mehrkosten über die zweifache Höhe der Zumutbarkeitsschwelle hinaus, ist der darüberhinausgehenden Anteil zwischen den Parteien hälftig zu teilen.

Diese Berechnungsmethode soll anhand der nachfolgenden Beispiele erläutert werden:

Beispiel 1:

Unzumutbarkeitsschwelle 7 %:	300.000,00 €
Mehrkosten:	400.000,00 €
Abzgl. Unzumutbarkeitsschwelle:	*300.000,00 €*
Offene Differenz:	100.000,00 €
Anteil AN allein:	300.000,00 €
Anteil AG:	100.000,00 €

Der Auftragnehmer trägt die Mehrkosten i.H.v. 300.000,00 € allein. Den darüberhinausgehenden Betrag i.H.v. 100.000,00 € trägt der Auftraggeber alleine.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Beispiel 2:

Unzumutbarkeitsschwelle 7 %:	300.000,00 €
Mehrkosten:	1.400.000,00 €
Abzgl. Unzumutbarkeitsschwelle:	*300.000,00 €*
Offene Differenz:	1.100.000,00 €
Anteil AN allein:	300.000,00 €
Anteil AG allein:	300.000,00 €
AN und AG hälftig:	800,000,00 €

Wie im Beispiel 1 trägt der Auftragnehmer die 300.000,00 € bis zur Schwelle der Unzumutbarkeit allein. Die „weiteren“ 300.000,00 €, also in gleicher Höhe, trägt der Auftraggeber. Die darüberhinausgehenden 800.000,00 € teilen sich der Auftragnehmer und der Auftraggeber. Es übernimmt also jeder weitere 400.000,00 €, so dass die Mehrkosten in Höhe von insgesamt 1.400.000,00 € im Ergebnis hälftig geteilt werden, da jeder insgesamt 700.000,00 € trägt.

X. Fazit

Im vorstehenden Beitrag haben wir den Versuch unternommen, den mannigfachen Kostenschwankungen aufgrund des Ukrainekrieges und deren Auswirkungen auf vor Kriegsbeginn abgeschlossene Bauverträge durch besonderes Augenmerk auf die damit verbundene Störung der „großen“ Geschäftsgrundlage Rechnung zu tragen. Die einzelvertragsbezogene Rechtsprechung zur Störung der „kleinen“, also auf den konkreten Vertrag begrenzten Störung der Geschäftsgrundlage ist bei Störung der großen Geschäftsgrundlage nur sehr begrenzt übertragbar. Insbesondere ist die Zumutbarkeitsschwelle niedriger zu legen und auch bei der Berechnung der Vergütungsanpassung sind andere Maßstäbe erforderlich. Dass von den beiden Autoren sowohl zur Zumutbarkeitsschwelle als auch zur Höhe des Anpassungsanspruchs unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, dürfte für eine wissenschaftliche Veröffentlichung ungewöhnlich sein, gleichzeitig aber könnte hierdurch die Diskussion weiter angeregt werden.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

* Partnerin bei franz + partner rechtsanwälte mbB.

** Partner bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB.

1 BT-Drucks. 14/6040 v. 14.05.2001, S. 174 ff.

2 RG, Urt. v. 02.12.1919 – VII 303/19, RGZ 87,18; RG, Urt. v. 18.05.1920 – I 227/19, RGZ 99, 115; RG, Urt. v. 08.07.1920 – III 89/20, RGZ 99, 258; RG, Urt. v. 21.09.1920 – III 143/20, RGZ 102,129; RG, Urt. v. 06.08.1923 – II 215/23, RGZ 106. 422; RG, Urt. v. 02.10.1923 – II 165/23, RGZ 107, 19; RG, Urt. v. 26.06.1925 – II 312/24, RGZ 111, 156.

3 BT-Drucks. 14/6040 v. 14.05.2001, S. 93.

4 Vgl. Lorenz, in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 63. Edition, Stand: 01.08.2022, § 313 Rdnr. 2.

5 Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl. 2020, VOB/B § 6 Rdnr. 1.

6 Berger, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorb § 6 Rdnr. 8.

7 Vgl. exemplarisch: BGH, Urt. v. 20.07.2017 – VII ZR 259/16, NJW 2017, 2762 [BGH 19.07.2017 - VIII ZR 278/16].

8 BGH, Beschl. v. 23.03.2011 – VII ZR 216/08, NJW-RR 2011, 886 (887) Rdnr. 6.

9 BGH, BauR 2017, 1995.

10 BGH, a.a.O.; näher Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022 Rdnr. 261 f.

11 Näher von Rintelen, in: Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 631 Rdnr. 568 ff.

12 Wie vor, Rdnr. 572.

13 Zu den konkreten Voraussetzungen und Modalitäten der Preisgleitung wird auf die Erlasse verwiesen.

14 BGH, Urt. v. 15.12.1983 – III ZR 226/82, NJW 1984, 2947 (2948): „Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird nach der st. Rspr. des BGH gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluß aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut.".

15 BGH, Urt. v. 01.02.1984 – VIII ZR 54/83, NJW 1984, 1177: „Die ergänzende Vertragsauslegung geht der Anwendung der Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage vor".

16 BGH, Urt. v. 10.09.2009 – VII ZR 82/08, BauR 2009, 1896.

17 BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 45 m.w.N.

18 BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 43 ff.

19 MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 17.

20 BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10, NJW 2011, 3287 (3289) Rdnr. 24 m.w.N.

21 MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 18; a.A. Lorenz, in: BeckOK BGB, 63. Ed. 01.08.2022, BGB § 313 Rdnr. 7: „Für die Fallentscheidung ohne Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen großer und kleiner Geschäftsgrundlage".

22 BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 54–55.

23 Entscheidend ist der Einzelfall (§ 313 Abs. 1 BGB).

24 Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251; Kues/Simlesa, NZBau 2022, 319 (321); Leinemann, UKuR 2022, 53.

25 Quelle: Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen v. 25.03.2022.

26 Vgl. Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251 (252); Leinemann, UKuR 2022, 53.

27 An diesem Tag begann der Angriff auf die Ukraine durch Russland.

28 Flume, BGB AT II § 26, 6 c „Krieg, kriegsähnliches, politisches Geschehen und allgemeine Naturkatastrophen als Vorgänge der beiden Vertragspartnern gemeinsamen Sozialexistenz".

29 MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 306.

30 MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 307.

31 OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, COVuR 2021, 212.

32 Vgl. hierzu auch Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251 (252).

33 Vgl. MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 59.

34 BGH, Urt. v. 09.03.2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 Rdnr. 24.

35 Kapellmann/Schiffers/Markus, Band 2, 6. Aufl., Rdnr. 78.

36 MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rdnr. 209.

37 VK Westfalen, Beschl. v. 12.07.2022 – VK 3-24/22, ZfBR 2022, 720 [VGH Baden-Württemberg 19.07.2022 - 1 S 1121/22].

38 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2008 – 23 U 48/08, NJOZ 2009, 1064 (1069).

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[39] BGH, Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76, BeckRS 1978, 31119358.

[40] Vgl. Dietzel, IR 2022, 306 (308).

[41] So schon BGH, Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76 zur Ölpreissteigerung in den Jahren 1972/73; ebenso OLG Hamburg, Urt. v. 28.12.2005 – 14 U 124/05.

[42] Vgl. BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 56: „Wendet hingegen der Vermieter ein, dass die vom Mieter behaupteten Verluste nicht auf der COVID-19-Pandemie beruhen, trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast".

[43] Vgl. zu COVID-19 und Verwendungsrisiko der Mietsache: BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 53.

[44] BGH, Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76, BeckRS 1978, 31119358.

[45] BGH, Urt. v. 12.01.2022 – XII ZR 8/21, NZBau 2022, 86 Rdnr. 57.

[46] BGH, Urt. v. 08.02.1978 – VIII ZR 221/76, BeckRS 1978, 31119358.

[47] BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10, BauR 2011, 1646.

[48] Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251 (253) mit Verweis auf Kapellmann, NZBau 2012, 275 (278).

[49] BGH, Urt. v. 16.02.2022 – XII ZR 17/21, NZM 2022, 292 Rdnr. 35, vgl. hierzu ausführlich: Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251 (254).

[50] Näher Dauner-Lieb/Langen/Jung, Nomos Kommentar BGB, 4. Aufl. 2021 § 313 Rdnr. 108 ff.

[51] So schon RG, Urt. v. 29.11.1921 – II 247/21, RGZ 103, 177.

[52] Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251.

[53] A.A. OLG Zweibrücken, Urt. v. 26.01.1989 – 6 U 8/88, BauR 1989, 746.

[54] Kniffka, in: FS Messerschmidt, 2018, 109 (124).

[55] BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10, BauR 2011, 1646 (1651).

[56] BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10; BauR 2011, 1646 (1651).

[57] Kues/Simlesa, NZBau 2002, 319 (323).

[58] Leinemann, UKuR 2022, 53 (56): „Die aus den kriegsbedingten Preisanstiegen schon jetzt sicher erreichten Verluste aus Bauverträgen übersteigen die kalkulierten, erwartbaren Gewinne schon Ende April 2022 um weit mehr als das Doppelte und führen zu sicheren Verlustaufträgen."

[59] Internet: https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/materialpreissteigerung-weitergabe-mehrkosten.

[60] „Wenn dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insb. der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann".

[61] KG, Beschl. v. 14.08.2012 –Verg 8/12, VergabeR 2012, 906.

[62] BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10, BauR 2011, 1646 (1651).

[63] Der Bauunternehmer müsste die hypothetischen Kosten, die ihm ohne kriegsbedingte Kostensteigerungen entstanden wären, für jede einzelne Leistungsposition darlegen und nachweisen sowie den tatsächlich entstandenen Kosten gegenüberstellen.

[64] „Eine ohne Vertragsanpassung drohende Insolvenz des Unternehmens ist einerseits zwar nicht Voraussetzung, andererseits genügt es nicht, wenn die höheren Materialpreise den kalkulierten Gewinn aufzehren […] Das bedeutet nicht, dass der Auftraggeber sämtliche die Kalkulation übersteigenden Kosten trägt."

[65] BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10, BauR 2011, 1646 (1651).

[66] BGH, Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01, BauR 2003, 870.

[67] MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, § 313 BGB Rdnr. 89; Lorenz, in: BeckOK BGB, 63. Ed. 01.08.2022, § 313 BGB Rdnr. 87–89; Grüneberg/ders., 81. Aufl. 2022, § 313 BGB Rdnr. 40.

[68] OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.02.2008 – 17 U 103/07, NJOZ 2010, 23.

[69] Ebenso MünchKomm.-Finkenauer, BGB, 9. Aufl. 2022, § 313 BGB Rdnr. 94 m.w.N.

[70] Kues/Schümann, IBR 2022, 1031.

[71] Kues/Simlesa, NZBau 2002, 319 (323).

[72] Leinemann, UKuR 2022, 53 (57).

[73] Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251 (255).

[74] Internet: https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/materialpreissteigerung-weitergabe-mehrkosten.

[75] Retzlaff, BauR 2022, Heft 6, I, II Editorial.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH