



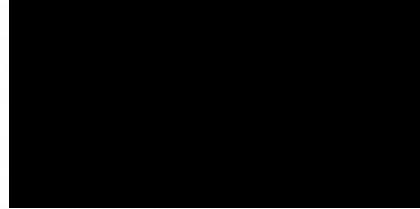
Freie und Hansestadt Hamburg

Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen

Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen, Neuenfelder Straße 19, D -
21109 Hamburg

Amt für Verwaltung, Recht und Beteiligungen

An Verteiler



31. März 2022

Richtlinie Teil 6 Bauhandbuch VV-Bau

Rundschreiben: Lieferengpässe und erhebliche Preissteigerungen wichtiger Baustoffe durch Ukrainekrise und Stoffpreisgleitklausel;

- I. **Neue Vergabeverfahren**
- II. **Laufende Vergabeverfahren**
- III. **Betriebsstoffe**
- IV. **Bestehende Verträge**

Sehr geehrte Damen und Herren,

seit Ausbruch der Ukrainekrise am 24.02.2022 und der als Reaktion darauf verhängten weltweiten Sanktionen gegen Russland sind die Preise für Betriebsstoffe erheblich gestiegen und bei einer Reihe von Baustoffen und Grundstoffen erhebliche Lieferengpässe und Preissteigerungen bzw. Preisschwankungen zu beobachten. Das betrifft insbesondere die Produktgruppen Stahl und Stahllegierungen, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukte (Bitumen, Folien und Dichtbahnen, Kunststoffrohre, Asphaltmischgut), sowie Epoxidharze, Holz, Zementprodukte und gusseiserne Rohre. Dies führt zu einer großen Unsicherheit hinsichtlich der Preisentwicklung und zu einem erhöhten Kalkulationsrisiko für die Bauunternehmen und Vergabestellen. Für diese Produktgruppen dürfte deshalb ein nicht kalkulierbares Preisrisiko anzunehmen sein, ebenso bei maschinensintensiven Gewerken für Betriebsstoffe, wenn diese sich erheblich auf die Auftragssumme auswirken.

Um auf diese deutlich geänderte Situation reagieren zu können, werden, in Ergänzung zum Rundschreiben vom 29.06.2021 (Rundschreiben Stoffpreisgleitklausel) in diesem Rundschreiben Hinweise zum Vorgehen bei neuen und laufenden Vergabeverfahren und zum Umgang mit bestehenden Verträgen gegeben. Das Rundschreiben orientiert sich an einem Erlass des BMWSB vom 25.03.2022 (Az.: BWI7-70437/9#4). Die dort gegebenen Hinweise werden angepasst für die Freie und Hansestadt Hamburg übernommen.

Das Rundschreiben wird den Vergabestellen der Kernverwaltung und Landesbetrieben der Freien und Hansestadt Hamburg sowie den Körperschaften, Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts, die dem Hamburgischen Haushaltsrecht unterfallen, und die an die Richtlinie Teil 6 Bauhandbuch VV-Bau gebunden sind, mit der Maßgabe übersandt, **die Regelungen dieses Rundschreibens ab sofort zu beachten. Die Regelungen sind befristet bis zum 30. Juni 2022.** Den hamburgischen Unternehmen und Beteiligungen des öffentlichen und privaten Rechts wird das Rundschreiben zur Kenntnis und Beachtung gemäß den jeweiligen Bestimmungen in der Geschäftsanweisung des Aufsichtsrates für den Vorstand bzw. die Geschäftsführung übersandt.

Für die oben genannten Produktgruppen werden folgende Sonderregelungen getroffen:

I. Neue Vergabeverfahren

Trotz der mit den Lieferengpässen und Preissteigerungen einhergehenden Unwägbarkeiten sind ausschreibungsreife Gewerke zu vergeben, Planungen fortzusetzen und zur Ausschreibung zu führen.

Vor der Einleitung des Vergabeverfahrens ist die Notwendigkeit für die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel in jedem Fall sorgfältig zu prüfen. Stoffpreisgleitklauseln können für Teilmengen vereinbart werden, wenn die Stoffe, wie z.B. **die Stoffe der vorstehend genannten Produktgruppen, in besonderem Maße Preisschwankungen unterworfen sind** und damit ein nicht kalkulierbares Preisrisiko für diese Stoffe zu erwarten ist. Hierbei sind die vom Statistischen Bundesamt erfassten und veröffentlichten Indizes der entsprechenden Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Fachserie 17, Reihe 2) heranzuziehen. Sprünge von mehreren Indexpunkten pro Monat legen die Vermutung von erheblichen Preisschwankungen nahe. Für die oben genannten Produktgruppen ist diese Voraussetzung erfüllt.

Die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel setzt allgemein voraus, dass ein entsprechend hoher Materialanteil eines der in besonderem Maße der Preisschwankung unterliegenden Stoffe gegeben ist und sich dieser maßgeblich auf den Angebotspreis auswirkt. In Anlehnung an den Erlass des BMWSB genügt es bereits, dass der **Stoffkostenanteil eines Baustoffs der vorstehenden Produktgruppen mindestens ein Prozent der geschätzten Auftragssumme** beträgt, um für diesen Baustoff eine Preisgleitung zu vereinbaren.

Darüber hinaus sind die Zeitschienen von Projekten zu berücksichtigen, insbesondere wenn Bauvorhaben in einzelnen Bauabschnitten über einen längeren Zeitraum hinweg umgesetzt werden. In Anlehnung an den Erlass des BMWSB genügt es bereits, dass **der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung bzw. Fertigstellung mindestens einen Monat beträgt**.

In dem Formblatt VV-Bau Anlage 6-121 sind alle Stoffe, die der Preisgleitung unterworfen werden sollen, mit Ordnungsziffern der LV-Positionen, die GP-Nummer, ein Basiswert 1 und der Zeitpunkt seiner Ermittlung und der jeweilige Abrechnungszeitpunkt aufzuführen. Das Formblatt ist den Vergabeunterlagen beizufügen. Sind für die Festlegung des Basiswertes 1 von einschlägigen Händlern keine seriösen Preisangaben zu erhalten, ist der Basiswert 1 aus Angeboten vorausgegangener Ausschreibungen bzw. Erfahrungswerte (ggf. mit einem Zuschlag) festzulegen und, sofern erforderlich, während des Vergabeverfahrens anzupassen. Die weiteren Einzelheiten zur VV-Bau Anlage 6-121 entnehmen Sie den in der Anlage enthaltenen Ausfüllhinweisen und Vertragsbedingungen.

Die Vertragsfristen sind, soweit möglich, der aktuellen Situation angepasst zu vereinbaren. Vertragsstrafen sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu vereinbaren.

II. Laufende Vergabeverfahren

In laufenden Vergabeverfahren können die Ausführungsfristen an die aktuelle Situation angepasst oder Stoffpreisgleitklauseln nachträglich einbezogen werden, wenn die Öffnung der Angebote noch nicht erfolgt ist. Die Angebotsfrist ist entsprechend zu verlängern.

Bieteranfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel zu o.g. Produktgruppen ist zu folgen, es sei denn, der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lief-

rung/Fertigstellung unterschreitet einen Monat oder der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes unterschreitet wertmäßig ein Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme.

Ist die Öffnung der Angebote bereits erfolgt, so ist zu prüfen, ob zur Sicherstellung des Wettbewerbs und zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung die Rückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe in Frage kommt, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und/oder Ausführungsfristen verlängern zu können. Hierbei sind alle Faktoren abzuwägen und der Entscheidungsprozess ist im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Übergeordnetes Ziel der Bauverwaltung muss in jedem Falle sein, zugesagte Fertstellungs- und Übergabetermine einzuhalten.

III. Stoffpreisgleitklausel für Betriebsstoffe

Bei maschinenintensiven Gewerken kann von der Stoffpreisgleitklausel auch Gebrauch gemacht werden, wenn der Wert der Betriebsstoffe ein Prozent der geschätzten Auftragssumme übersteigt. In den Vergabeunterlagen sind die Betriebsstoffe so darzustellen, dass sie sich für die indexbasierte Preisgleitung eignen (eigene Ordnungsziffer).

IV. Bestehende Verträge

Bestehende Verträge sind grundsätzlich einzuhalten. Ein Rechtsanspruch auf Änderung oder Aufhebung eines Vertrages ist gesetzlich nur in besonders begründeten Ausnahmefällen aufgrund der **Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB)**, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhergesehen werden konnte, vorgesehen. Dieses muss substantiiert und nachvollziehbar von dem Auftragnehmer dargelegt und nachgewiesen werden. Zwar weist der Bauvertrag das Materialbeschaffungsrisiko grundsätzlich der Sphäre des Unternehmens zu. Das gilt jedoch nicht in Fällen höherer Gewalt. Insoweit sind die Ereignisse grundsätzlich geeignet, die Geschäftsgrundlage des Vertrages im Sinne von § 313 BGB zu stören. Des Weiteren ist nachzuweisen, dass das Festhalten am Vertrag in seiner ursprünglichen Form für den Auftragnehmer zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren und damit nach Treu und Glauben nicht zumutbaren Ergebnissen führen würde. Die Schwierigkeiten für den Auftragnehmer müssen in der vertraglichen Vereinbarung begründet sein und dürften sich nicht nur lediglich aus einer allgemein schwierigen Situation des Unternehmens ergeben. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Unzumutbarkeit der Preis-

steigerung anzunehmen ist. Im Erlass des BMWSB wird dazu auf die Rechtsprechung hingewiesen, die in einzelnen Entscheidungen eine Unzumutbarkeit bei Werten zwischen 10 und 29 Prozent Mengen- bzw. Preissteigerung angenommen hat. In der baurechtlichen Literatur werden 20 bis 25 Prozent (teilweise bereits 15 Prozent Kostensteigerung) diskutiert (vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, Rn. 66 f.; BeckOK VOB/B, Rn. 34).

Dabei ist nicht auf die einzelne Position, sondern auf eine Gesamtbetrachtung des Vertrages abzustellen. Je geringer der Anteil einer betroffenen Position am Gesamtauftragsvolumen ist, desto höher wird die anzusetzende Schwelle sein. In die Betrachtung sind bereits geschlossene Nachtragsvereinbarungen und bereits vorliegende oder angekündigte Nachtragsangebote einzubeziehen. Eine ohne Vertragsanpassung drohende Insolvenz des Unternehmens ist einerseits zwar nicht Voraussetzung, andererseits genügt es nicht, wenn die höheren Materialpreise den kalkulierten Gewinn aufzehren.

Für die Fälle, in denen sich aus der vertraglichen Vereinbarung aufgrund der geänderten Umstände ein „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ ergibt, entsteht als Rechtsfolge ein Anspruch auf Vertragsanpassung. Die Ausgestaltung dieser Vertragsanpassung ist im Einzelfall zu beurteilen, ein Automatismus zur Kostenübernahme besteht nicht. Eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten wird jedenfalls regelmäßig unangemessen sein. Grundlage der Anpassung sind die reinen Materialpreise. Die Zuschläge für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn bleiben unberücksichtigt.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass, sollte die Zumutbarkeit durch die Preisanpassung nicht wiederhergestellt werden können, dem Unternehmen nach § 313 Abs. 3 BGB ein Rücktrittsrecht vom Vertrag bzw. ein Sonderkündigungsrecht zusteht. Das bedeutet nicht, dass den Forderungen der Unternehmen in vollem Umfang Rechnung getragen werden muss. Das Risiko einer insoweit unberechtigten Kündigung trägt das Unternehmen.

Eine **Anpassung von Verträgen** kommt außerhalb des § 313 BGB nur in besonders sehr eng begrenzten Ausnahmefällen im Rahmen von **§ 61 LHO** in Betracht. Die Vorgaben in der VV zur § 61 LHO sind zu beachten.

Bei tatsächlicher Unmöglichkeit, d.h. wenn es dem Bauunternehmer selbst bei Zahlung höherer Einkaufspreise nicht möglich ist, die Baustoffe zu beschaffen, kann der Fall

der höheren Gewalt oder eines anderen, vom Auftragnehmer nicht abwendbaren Ereignisses im Sinne des **§ 6 Abs. 2 Nr. 1c VOB/B** vorliegen. Dadurch verlängern sich die Vertragsfristen. Als Rechtsfolge wird die Ausführungsfrist verlängert um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Stoffe zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten, § 6 Abs. 4 VOB/B. Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen das Unternehmen entstehen dadurch nicht. Umgekehrt gerät auch der Auftraggeber gegenüber Folgegewerken nicht in Annahmeverzug, wenn sich deren Leistung in der Folge verschieben muss (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2017 – VII ZR 194/13). Beweispflichtig ist derjenige, der sich auf höhere Gewalt bzw. auf das nicht abwendbare Ereignis beruft.

In der Gesamtabwägung des Einzelfalls kann auch die **nachträgliche Einbeziehung einer Stoffpreisgleitklausel** in einen bestehenden Vertrag in Frage kommen. Dabei ist zu beachten, dass eine nachträgliche Vereinbarung nur für solche Verträge in Betracht kommt, bei denen bisher höchstens die Hälfte der Leistungen aus den o.g. Produktgruppen ausgeführt wurde. Preisgleitung kommt dabei nur für noch nicht erbrachte Leistungsteile in Betracht.

Anstelle der in den Vertragsbedingungen Stoffpreisgleitklausel (VV-Bau Anlage 6-121) festgelegten Selbstbeteiligung von 10 Prozent ist mit dem Auftragnehmer in diesem Fall eine Selbstbeteiligung in Höhe von 20 Prozent zu vereinbaren.

Die nachträgliche Vereinbarung erstreckt sich auf alle noch nicht erbrachten Teilleistungen, deren Ausführung in die Laufzeit des Rundschreibens fällt.

Es sei darauf hingewiesen, dass eine etwaige Preisanpassung im bestehenden Vertrag den Anwendungsbereich des § 132 GWB berühren kann.

Nach § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegt eine wesentliche Auftragsänderung u.a. insbesondere dann vor, wenn mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war. Nach dem Vorgesagten dient § 313 BGB gerade dazu, das ursprüngliche wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages wiederherzustellen. Es wird nicht zugunsten des Auftragsnehmers verschoben. Insoweit ist im Umkehrschluss regelmäßig bereits nicht von einer wesentlichen Auftragsänderung auszugehen.

Sollte – hilfsweise - gleichwohl eine wesentliche Vertragsänderung anzunehmen sein, so ist eine solche ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, soweit

die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB).

Davon ist auszugehen, da die Kriegsereignisse in der Ukraine und ihre Folgen für den Auftraggeber in gleicher Weise unvorhersehbar waren wie für den Auftragnehmer.

Der Preis darf in diesem Fall nicht um mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Eine solche Vertragsänderung wäre im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen. Schließlich ist – ebenfalls hilfsweise – die Änderung eines öffentlichen Auftrags zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung (Summe aller Auftragsänderungen) den europäischen Schwellenwert nicht übersteigt und nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. In diesem Fall bedarf es auch keiner Bekanntmachung der Änderung.

Hinweis: Das Bauhandbuch (VV-Bau) und alle damit zusammenhängenden Informationen werden ausschließlich digital zur Verfügung gestellt.