



## Subreport

# 9. Kölner Vergabetage

## Modul VI

# „Aktuelle Vergaberechtsprechung 2021“



**KUNZ**  
RECHTSANWÄLTE

**Katharina Strauß**

Fachanwältin für Vergaberecht  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

[katharina.strauss@kunzrechtsanwaelte.de](mailto:katharina.strauss@kunzrechtsanwaelte.de)

FON 0261 3013-350  
FAX 0261 3013-359

KUNZ Rechtsanwälte  
Mainzer Str. 108  
56068 Koblenz

[www.kunzrechtsanwaelte.de](http://www.kunzrechtsanwaelte.de)

KUNZ Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

1

12-jährige Berufserfahrung im Vergaberecht & verwandten Rechtsgebieten wie dem Zuwendungsrecht und Beihilfenrecht

2

Beratung der öffentlichen Hände auf der Bundes- Landes- und Kommunalebene;  
Beratung der Bieterseite

4

Fachanwältin für Vergaberecht & Verwaltungsrecht

**Rechtsanwältin  
Katharina Strauß**

3

Beratung von der Erstellung der Vergabeunterlagen bis hin zur Vertretung vor den Nachprüfungsinstanzen

## 1. Teil: Aktuelle Rechtsprechung

- I. OLG Düsseldorf: Vertrauensschutz trotz fehlender Eignung
- II. OLG Schleswig: Bauvorhaben unabhängig voneinander nutzbar - Auftragswerte sind nicht zu addieren!
- III. VK Saarland: Stillhaltefrist läuft durch Benachrichtigung auf eVergabe-Plattform
- IV. EuGH zu Höchstmengen in Rahmenverträgen
- V. EU-Kommission: Bekämpfung geheimer Absprachen; Mitteilung im Amtsblatt der EU vom 18.3.2021
- VI. BGH: Hohe Hürden für Schadensersatz nach Aufhebung Urteil vom 08.12.2020 – XIII ZR 19/19
- VII. Unterschwellenvergabe
- VIII. Neues Wettbewerbsregister und Lieferkettengesetz

## 2. Teil: Aktuelle Themen im Vergaberecht

- VI. Exkurs: Temporäre Neuerungen - Covid-19-Pandemie
- VII. Exkurs: Vereinfachte Vergabe in den Hochwassergebieten
- VIII. Exkurs: Preisanpassung wg. steigender Materialpreise

### OLG Düsseldorf: Vertrauensschutz trotz fehlender Eignung

#### Beschluss vom 29.03.2021 – Verg 9/21

- Bieter, deren Eignung fehlerhaft bejaht wurde, genießen Vertrauensschutz – dieser geht dem Grundsatz der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB) vor
  - Die positive Eignungsprüfung für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Bieter schafft einen sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergebenden Vertrauenstatbestand.
  - Ein Bieter müsse nicht damit rechnen, dass der durch Teilnahme am Verfahren entstandene Aufwand nachträglich durch Neubeurteilung der Eignung bei gleichbleibendem Sachverhalt nutzlos wird.
- Mitbieter haben die fehlerhafte Bejahung der Eignung im Ergebnis hinzunehmen

### OLG Düsseldorf: Vertrauensschutz trotz fehlender Eignung

- ABER
  - Fehlerhafte Eignungsprüfung betrifft auch Verhältnis zu anderen Bietern! → Grundsatz der Gleichbehandlung sowie den Anspruch der übrigen Bieter auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 6 GWB)
  - Fehlende Eignung könne dahinstehen ABER zwingender Ausschlussgrund! → Folge: Der nicht ausgeschlossene Bieter stünde besser als bei ordnungsgemäßer Eignungsprüfung
  - Außerdem: BGH: einmalig bejahte Eignung kann erneut geprüft werden

### **OLG Schleswig - Beschluss vom 07.01.2021 (54 Verg 6/20) Bauvorhaben unabhängig voneinander nutzbar - Auftragswerte sind nicht zu addieren!**

- Neubau und die Erweiterung eines Kongresszentrums; Mobile Trennwände
  - Modernisierung des Messegeländes mit einem Auftragswert von ca. 24 Mio. Euro
  - (teil-) ermittelte Kostenrahmen bei 4,3 Mio. Euro
- zwischen zwei Bauvorhaben -> kein ausreichend enger Zusammenhang gegeben ist und sie daher als eigenständige Aufträge zu betrachten
- Messe und Kongresszentrum könnten unabhängig vom jeweils anderen genutzt werden.

#### Fazit:

- Es kommt darauf an, ob verschiedene Bauabschnitte oder Bauprojekte betroffen sind und ob diese in einem funktionalen Zusammenhang stehen.
- Hier kann auf die Nutzbarkeit abgestellt werden.
- Jedoch wird dies wohl nicht das einzige Kriterium sein, es wird wohl dennoch auf den gesamten Zusammenhang ankommen.

### **BGH: Hohe Hürden für Schadensersatz nach Aufhebung Urteil vom 08.12.2020 – XIII ZR 19/19**

- Hebt ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne einen geregelten Grund auf, so stehe dem Bieter nur der Ersatz der Kosten für die Angebotserstellung zu.
- **Entgangener Gewinn** könne nur verlangt werden, wenn ein nicht zuschlagsberechtigtes Konkurrenzangebot bezuschlagt werden soll
- Schadensersatzanspruch: §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)
- Pflichtverletzung: Aufhebung des Verfahrens, ohne das Gründe im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in Gestalt von „anderen schwerwiegenden Gründen“ vorlagen.
- Zwar sei der Wegfall des Beschaffungsbedarfs grundsätzlich im Rahmen schwerwiegender Gründe in Betracht zu ziehen, jedoch habe die Auftraggeberin im vorliegenden Fall **den Beschaffungsbedarf nie vollständig** aufgegeben.



### **BGH: Hohe Hürden für Schadensersatz nach Aufhebung Urteil vom 08.12.2020 – XIII ZR 19/19**

- Ausnahmsweise ist der entgangene Gewinn in Fortführung der bisherigen BGH-Rechtsprechung aber ersatzfähig, wenn der später tatsächlich vergebene Auftrag
  - (1) das gleiche Vorhaben betrifft und
  - (2) das Vergabeverfahren nur aus dem Grund aufgehoben wurde, um gerade eine andere Bieterin zu bevorzugen
    - Situation mit einer fehlerhaften Zuschlagserteilung vergleichbar.

### **VK Saarland: Stillhaltefrist läuft durch Benachrichtigung auf eVergabe-Plattform**

#### **Beschluss vom 22.03.2021 – 1 VK 6/20**

- Hochladen einer Nachricht in den Projektraum reicht zum Fristenlauf nach § 134 Abs. 2 GWB; Hochladen = „Versenden“ i. S. d. Vorschrift
- Verkürzte Wartefrist von zehn Tagen wegen elektronischem Versenden – auf das tatsächliche Abrufen durch den Bieter komme es nicht an
- Gesetzgeber hat AG hinsichtlich des Versendungsmediums Wahlfreiheit eingeräumt
- Auch Textformerfordernis gewahrt

### **VK Saarland: Stillhaltefrist läuft durch Benachrichtigung auf eVergabe-Plattform**

**Beschluss vom 22.03.2021 – 1 VK 6/20**

- Fazit: Mehr Rechtssicherheit bei elektronischer Vergabe!
- Zusätzliches Fax ist entbehrlich, Versand über die einschlägigen Vergabeportale (z. B. subreport) reicht aus

## EuGH zu Höchstmengen in Rahmenverträgen

### EuGH, Urteil vom 17.06.2021 – C-23/20

- Pflicht öffentlicher Auftraggeber zur Angabe von Schätzwert/Schätzmenge sowie Höchstwert/Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen
- Dies war nach dem Urteil des EuGH vom 19.12.2018 – Rs. C 2016/17 noch streitig
- Ausgangspunkt war Art. 33 RI 2014/24/EU, wonach eine Höchstmenge „gegebenenfalls“ anzugeben ist
- VK Bund (Beschluss VK 1-39/19 v. 19.7.2019) wie auch KG Berlin (Beschluss v. 20.3.2020 – Verg 7/19):
  - Angabe einer Höchstmenge lasse sich aus der RL 2014/24/EU gerade nicht ableiten

## EuGH zu Höchstmengen in Rahmenverträgen

### EuGH, Urteil vom 17.06.2021 – C-23/20

- Pflicht öffentlicher Auftraggeber zur Angabe von Schätzwert/Schätzmenge sowie Höchstwert/Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen
- Dies war nach dem Urteil des EuGH vom 19.12.2018 – Rs. C 2016/17 noch streitig
- Ausgangspunkt war Art. 33 RI 2014/24/EU, wonach eine Höchstmenge „gegebenenfalls“ anzugeben ist
- VK Bund (Beschluss VK 1-39/19 v. 19.7.2019) wie auch KG Berlin (Beschluss v. 20.3.2020 – Verg 7/19):
  - Angabe einer Höchstmenge lasse sich aus der RL 2014/24/EU gerade nicht ableiten

## EuGH zu Höchstmengen in Rahmenverträgen

EuGH, Urteil vom 17.06.2021 – C-23/20

- Auswirkungen:
  - rechtssicherer Umgang mit Rahmenvereinbarungen: tendenziell großzügigerer Umgang mit Auftragswertschätzung; Gebrauch von Änderungs- und Erweiterungsmöglichkeiten nach § 132 GWB
  - Geltung auch im Sektorenbereich?

### **EU-Kommission: Bekämpfung geheimer Absprachen; Mitteilung im Amtsblatt der EU vom 18.3.2021**

- Problematik der geheimen Absprachen im Rahmen von Vergabeverfahren:
- Bezug auf die Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2017 „Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa“ (COM(2017) 572)
- Instrumente werden erläutert: angekündigte Leitlinien für Auftraggeber (vgl. Abschnitt 5 der Bekanntmachung)

### EU-Kommission: Bekämpfung geheimer Absprachen; Mitteilung im Amtsblatt der EU vom 18.3.2021

- Ziele:
  - „Unterstützung der Mitgliedstaaten und der öffentlichen Auftraggeber beim Aufbau von Kapazitäten zur Bewältigung des Problems“ (siehe Abschnitt 3)
  - „Förderung der Zusammenarbeit zwischen nationalen zentralen Vergabe- und Wettbewerbsbehörden“ (siehe Abschnitt 4)
  - Dabei sollen die Mitgliedsstaaten durch „**Bereitstellung von [insbesondere personellen] Ressourcen**“, „**Nutzung verfügbarer administrativer Anreize zur Belohnung von Bediensteten**“ (für die Aufdeckung von Absprachen) und „**Organisation von Schulungen und Sensibilisierungsveranstaltungen für mit Auftragsvergaben befasstes Personal**“ unterstützt werden.
  - Die Zusammenarbeit der Wettbewerbs- und Vergabebehörden soll insbesondere durch eine **gemeinsame Datenbank** für (Verdachts-)Fälle geheimer Absprachen sowie besserem Informationsfluss zwischen den Behörden verbessert werden.
  - Außerdem soll Auftraggebern eine Reihe fakultativer Kontrollinstrumente an die Hand gegeben werden



### LG Münster - Schriftform für Verträge

#### LG Münster: Urteil vom 10.02.2021 (116 O 39/20)

- Schlüssigkeit: wichtige Nachweisfunktion der Schriftform!
- Reine Leistungserbringung als Beweis für den Vertragsschluss unzureichend.
- Abstellend auf § 64 Abs. 1 GO NRW (in Rheinland-Pfalz gilt § 49 Abs. 1 GemO RLP). Dieser schreibt vor, dass Erklärungen der Gemeinde nur dann eine Verpflichtung begründen können, wenn sie in Schriftform nach § 126 BGB gemacht werden.

## Unterschwellenvergabe

- Rheinland-Pfalz hat zum 7.9.2021 ebenfalls die UVgO in Kraft gesetzt – diese ersetzt nach fast 100 Jahren die VOL/A
- ABER: die VOB/A bleibt nach wie vor für Bauleistungen unveränderte Verfahrensvorschrift
- Die Rundschreiben vom
  - 29.6. und 11.12.2020 (vergaberechtliche Erleichterungen zur Konjunkturförderung)
  - 19.7.2021 (Erleichterungen zur Bewältigung der Flutkatastrophe)

bleiben anwendbar!

### Unterschwellenvergabe

- Auch Hessen hatte UVgO mit Wirkung vom 1.9.2021 umgesetzt (neues HVTG) → damit nun im Bund und in 14 von 16 Bundesländern
- In einem Zug wurde das Interessenbekundungsverfahren durch den TNW ersetzt und neue Wertgrenzen festgelegt
- Für freiberufliche Leistungen: § 12 Abs. 5 HVTG i. V. m. § 50 UVgO

### Neues Wettbewerbsregister und Lieferkettengesetz

#### Wettbewerbsregister

- Betrieb im März aufgenommen (WRegVO i. V. m. §§ 10, 12 WRegG)
- Aufschluss über Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB
- Registrierung von obersten Bundes- und Landesbehörden sowie übrigen öffentlichen Auftraggebern schon durchgeführt

## Neues Wettbewerbsregister und Lieferkettengesetz

### Lieferkettengesetz

- Amtlich: LieferkettensorgfaltspflichtG (LkSG)
- Ab 2023 für Unternehmen mit über 3.000 Mitarbeitern (aktuell ca. 700 in Deutschland), ab 2024 f für Unternehmen mit einer Mindestgröße von 1.000 Mitarbeitern, immerhin ca. 3.000 in Deutschland
- Ergänzung von § 124 Abs. 2 GWB um weiteren Ausschlussgrund → Ausschluss für bis zu drei Jahre möglich → Voraussetzung: Geldbuße min. 175.000 €
- Neuer § 2 Abs. 4 im WRegG → Bußgeldentscheidungen sind einzutragen!
- Fazit: Anwendungsbereich zunächst beschränkt ABER Indiz-Wirkung in der Gesamtschau bei niedrigeren Bußgeldern

## Aktuelles zum Vergabe- und Vertragsrecht in Zeiten von Corona

1. Pandemiebedingter Bedarf
  - Vergaben oberhalb der Schwellenwerte
  - Vergaben unterhalb der Schwellenwerte
2. Reguläre Beschaffungsverfahren
  - Fristen und Verfahren
  - Nachweise
3. Laufende Beschaffungsverfahren
4. Vertragliche Regelungen
  - Überblick möglicher Probleme
  - Höhere Gewalt
  - Berücksichtigung bei Neuabschluss von Verträgen

## Pandemiebedingter Bedarf

- Eindämmung und kurzfristige Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen
  - z.B. für die Beschaffung von **Heil- und Hilfsmitteln** wie etwa Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Masken, Schutzkittel, Verbandsmaterialien, Tupfer, Bauchtücher und medizinisches Gerät wie etwa Beatmungsgeräte sowie für in diesen Krisenzeiten notwendige Leistungen (etwa mobiles IT-Gerät z. B. zur Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen, Videokonferenztechnik und IT-Leitungskapazitäten)
  - Aufzählung ist aber nicht abschließend.
- vgl. "Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2,, den BMWi vom 19.03.2020

## Pandemiebedingter Bedarf - Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

- In der Regel sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für den Einkauf von Leistungen über **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** gegeben.
- ABER kein gänzlichliches Absehen von einer wettbewerblichen Vergabe! Vielmehr: „Wettbewerb light“ – Direktvergabe nur als *ultima ratio*
- **Ausnahmetatbestand:** Es liegt ein **unvorhergesehenes Ereignis** vor, äußerst dringliche und zwingende Gründe bestehen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen und es besteht ein kausaler Zusammenhang zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit die Fristen anderer Vergabeverfahren einzuhalten.
- Praktisch bedeutet dies:
  - Angebote können formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben (Angebotsfrist 0 Tage) eingeholt werden.
  - Ggf. auch nur bei einem Bieter.



## Pandemiebedingter Bedarf - Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

- Bei öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte bietet sich für eine schnelle und effiziente Beschaffung in Dringlichkeits- und Notfallsituationen die **Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb** nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO an.
- Zudem haben Länder teilweise auch durch gesonderte Erlasse die Anwendung der UVgO ausgesetzt.
- Praktisch bedeutet dies:
  - Angebote können in der Regel formlos und ohne die Beachtung konkreter Fristvorgaben (Angebotsfrist 0 Tage) eingeholt werden.
  - Ggf. auch nur bei einem Bieter.

## Reguläre Beschaffungsverfahren

- Grundsätzlich soll weiter auch regulär beschafft werden. Für den nicht pandemiebedingten Bedarf gelten die Ausnahmen nicht.
  
- Praktische Probleme jedoch bei
  - Fristen
  
  - Verfahren
  
  - Nachweisen

## Wahl der richtigen Verfahrensart – Exkurs: Die COVID-19-Pandemie

### Erleichterungen auf Grund Konjunktur-Förderung

- **Erleichterungen / Lockerungen in Bezug auf:**

Rundschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau vom 29.06.2020 RLP

- Anwendungsbereich:

- Auch für **Fördermittelempfänger**, die über die Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid zur Anwendung von vergaberechtlichen Regelungen gezwungen sind

- Zeitlicher Rahmen:

- bis zum **31.12.2021**
- Die getroffenen Regelungen werden aber ggf. – abhängig von den konjunkturellen und politischen Entwicklungen – verlängert, verschärft oder sogar weiter erleichtert

### Wahl der richtigen Verfahrensart – Exkurs: Die COVID-19-Pandemie

#### Erleichterungen auf Grund Konjunktur-Förderung

- **Erleichterungen / Lockerungen in Bezug auf:**

- Wahl der Verfahrensart/Fristen

- **Bundesebene:**

Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020 sowie der Erlass des BMI vom 27.03.2020:

- ✓ Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen **äußerster Dringlichkeit** nach

- § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV

- § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A

- § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO

- § 12 Abs. 1 Nr. 1b VSVgV) gegeben.

- ✓ **Frist: 0 Tage**

## Wahl der richtigen Verfahrensart – Exkurs: Die COVID-19-Pandemie

### Erleichterungen auf Grund Konjunktur-Förderung

- **Erleichterungen / Lockerungen in Bezug auf:**

- Wahl der Verfahrensart/ Wertgrenzen

- Bundes-Bereich:

Erlass vom 10.07.2020 hat das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI)

	<b>Beschränkte Ausschreibung</b>	<b>Freihändige Vergabe</b>	<b>Direktauftrag</b>
<b>Bauleistung Nach VOB/A</b>	1,0 Mio. Euro	100.000 Euro	5.000 Euro
<b>Liefer- und Dienstleistungen nach VgV</b>	100.000 Euro	100.000 Euro	3.000 Euro

## 3. Wahl der richtigen Verfahrensart – Exkurs: Die COVID-19-Pandemie

### Erleichterungen auf Grund Konjunktur-Förderung

- **Erleichterungen / Lockerungen in Bezug auf:**

- Wahl der Verfahrensart/ Wertgrenzen

- Landes-Bereich:

Rundschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr,  
Landwirtschaft und Weinbau RLP vom 29.06.2020

	<b>Beschränkte Ausschreibung (ohne TNW)</b>	<b>Freihändige Vergabe</b>
<b>Bauleistung Nach VOB/A</b>	1 Mio. Euro (bisher: 200.000 Euro)	100.000 Euro (bisher: 40.000 Euro)
<b>Lieger- und Dienstleistungen Nach VOL/A</b>	100.000 Euro (Bisher: 80.000 Euro)	100.000 Euro (bisher: 40.000 Euro)

## Reguläre Beschaffungsverfahren – Fristen und Verfahren

- Da Bieter in der gegebenen Situation möglicherweise Schwierigkeiten haben, ihr Angebot fristgerecht zu erarbeiten oder die absehen können, dass Binde- oder Vertragsfristen nicht zu halten sind, können Auftraggeber zur Erhaltung des Wettbewerbes die **Angebotsfristen** und ggf. auch die Vertragsfristen **der aktuellen Situation anpassen**.
- Da die Durchführung von Aufklärungs- bzw. Verhandlungsgesprächen vielfach aufgrund der Kontakt- und Annäherungsverbote sowie der unternehmensinternen Richtlinien praktisch unmöglich ist, kann durch den **Einsatz einer Video-Conferencing-Technologie** eine gleichartige Verhandlungssituation geschaffen werden kann.
- **Verhandlungsrunden** können mittels **elektronischer Kommunikationsmittel** durchgeführt werden.
- Auch **Aufklärungsgespräche** können darüber erfolgen.

### Reguläre Beschaffungsverfahren – Nachweise

- Es ist möglich, dass Bieter aufgrund der aktuellen Situation derzeit nicht in der Lage sind, die geforderten Nachweise im Vergabeverfahren vorzulegen.
- Das Rundschreiben des BMI vom 27. März legt den Vergabestellen insoweit nahe, von dem ihnen zustehenden Ermessenspielraum großzügig Gebrauch zu machen. Anforderungen sollen demnach auf ein nötiges Mindestmaß reduziert werden und ggf. Eigenerklärungen der Bieter akzeptiert werden.
- Zudem empfiehlt das Ministerium den Auftraggebern, bei der Berücksichtigung auch kürzlich abgelaufener Bescheinigungen einen großzügigen Maßstab anzulegen.
- Gleiches gilt, wenn die entsprechenden Präqualifizierungsnachweise nicht erbracht werden können oder aufgrund nicht erbringbarer Nachweise nicht verlängert werden können.



## Vertragliche Regelungen - Überblick möglicher Probleme

- Durch die Pandemie kann es zu Schwierigkeiten bei der Abwicklung öffentlicher Aufträge kommen.
- Viele Unternehmen haben in der gegenwärtigen Situation mit vielfältigen Komplikationen zu kämpfen.
- Dazu zählen:
  - Liefer-, Material- und Liquiditätsengpässe,
  - Ausfall von Personal, z. B. durch Quarantäne,
  - Ungewissheiten hinsichtlich möglicher Lieferfristen und Lieferfähigkeit.
- Erlass des BMI zu „Lieferengpässe[n] und Stoffpreisänderungen verschiedener Baustoffe“ vom 21.5.2021 → Hinweis auf Stoffpreisgleitklauseln + Anpassung der Fristen
- Teilweise haben auch Auftraggeber Probleme, Leistungen abzunehmen und die Leistungserbringung ausreichend zu überwachen.

## Vertragliche Regelungen - Höhere Gewalt

*„Höhere Gewalt liegt vor, wenn ein schadenverursachendes Ereignis von außen einwirkt, also seinen Grund nicht in der Natur der gefährdeten Sache hat und das Ereignis auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch unschädlich gemacht werden kann.“*

- Grundsätzlich ist die Pandemie als ein Fall der sog. höheren Gewalt anzusehen.
- Es ist aber in jedem Einzelfall eine konkrete Prüfung der Auswirkungen erforderlich. Höhere Gewalt dürfte nur dann eine Rolle spielen, wenn eine Leistung durch den Virus unmöglich wird – jedoch nicht, wenn es beispielsweise zu Preiserhöhungen kommt.

## Vertragliche Regelungen - Höhere Gewalt – Berücksichtigung bei Neuabschluss

- Problematisch ist, dass bei dem Neuabschluss von Verträgen die Auswirkungen der Pandemie nicht mehr unvorhersehbar sind.
- Der Erlass des BMI vom 23. März führt aus, dass der Tatbestand der höheren Gewalt auch bei Neuverträgen greifen kann, so dass neu abgeschlossene Verträge dann in gleicher Weise behandelt würden wie Bestandsverträge.
- Dies wird aber als riskant angesehen. Sicherer ist es dies ausdrücklich zu vereinbaren.
- Sinnvoll ist auch, das für neu abzuschließende Verträge über Bauleistungen den Ausschreibungsunterlagen das Hinweisblatt des BMI zum Umgang mit Bauablaufstörungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie beizufügen.

- Rundschreiben des BMWi zur Beschaffung von Leistungen zur Bewältigung der Notlage in den Hochwasserkatastrophengebieten vom 17.08.2021
- Privilegierungen bei der Wahl der Verfahrensart und Möglichkeit sehr kurzer Fristen
- Oberhalb der Schwellenwerte:
  - Ohne Begründung Verhandlungsverfahren ohne TNW – ABER nur zur Bewältigung der schlimmsten und akuten Wirkungen
  - Einholung von Vergleichsangeboten wegen sparsamer Mittelverwendung weiter nötig! Gänzlicher Verzicht auf Wettbewerb = *ultima ratio*
  - Vergabefristen bis zu 0 Tagen (unter Berücksichtigung der Angemessenheit nach § 20 VgV)
- Unterhalb der Schwellenwerte:
  - Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO → min. 3 Vergleichsangebote – Ausnahme § 12 Abs. 3 UVgO
- Möglichkeiten zur Vertragsänderung: § 132 Abs. 2 GWB (bzw. im Unterschwellenbereich über § 47 Abs. 1 UVgO)

- Eigenes Rundschreiben vom 19.07.2021 für Rheinland-Pfalz
- Aussetzung des Haushaltsvergaberechts bis Ende des Jahres in den betroffenen Landkreisen
  - ✓ Keine Durchführung förmlicher Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte
  - ✓ Nur Liefer-/Dienst-/Bauleistungen zur unmittelbaren oder mittelbaren Bewältigung der Flutkatastrophe
  - ✓ Oberhalb der Schwellenwerte keine Anpassungen – zulässig wie bei Covid-19: Dringlichkeitsvergabe → Verhandlungsverfahren ohne TNW
  - ✓ ABER höhere Anforderungen an die Begründung mit zunehmendem Abstand zu den Ereignissen
  - ✓ Dennoch: Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit
  - ✓ Geltung auch für Zuwendungsempfänger

## Einleitung – Ausmaß der Steigerungen

- Nach Angaben des Deutschen Baugewerbes sind die Preise für Material teils deutlich gestiegen. Holz sei seit September um 15 bis 20 Prozent teurer geworden, Mineralölerzeugnisse um 15 Prozent und Betonstahl sogar um 30 Prozent.
- Gründe dafür sind zum Teil Produktionsprobleme, zum Teil aber auch eine erhöhte Nachfrage aus dem Ausland.

**Quelle: n-tv, Baustoffkosten massiv gestiegen, 07.06.2021**

## Einleitung - Auswirkungen

### ➤ Unmittelbar:

- fehlende Rentabilität/ Liquiditätsprobleme
- steigende Baupreise
- Lieferschwierigkeiten/ Materialknappheit/ Bauzeitverzögerungen
- Kalkulationsprobleme
- verstärktes Claim-Management

### ➤ Zukünftig:

- weniger Angebote
- erhebliche Sicherheitszuschläge
- unwirtschaftliche Beschaffung

## Auswirkungen

- Unmittelbar
  - fehlende Rentabilität/ Liquiditätsprobleme
  - steigende Baupreise
  - Lieferschwierigkeiten/ Materialknappheit/ Bauzeitverzögerungen
  - Kalkulationsprobleme
  - verstärktes Claim-Management
  
- Zukünftig
  - weniger Angebote
  - erhebliche Sicherheitszuschläge
  - unwirtschaftliche Beschaffung



## 1. Werkvertragliche Grundlagen - Vergütung

### Vergütungsmodelle

Einheitspreisvertrag

Pauschalpreisvertrag

Stundenlohnvertrag

Der einmal vereinbarte Preis, ob beim Einheitspreisvertrag, beim Pauschalvertrag oder beim Stundenlohnvertrag, ist immer ein „**Festpreis**“,

d. h. er verändert sich während der Laufzeit des Vertrages nicht, unabhängig davon, wie sich die Kosten des Auftragnehmers entwickeln.

## 2. Vergaberechtliche Grundlagen – VOB/A

### Nach § 9d VOB/A:

- Muss der öffentliche Auftraggeber eine solche Änderungsmöglichkeit der Vergütung ausschreiben und vereinbaren, wenn „wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss ist“;
- Dann kann eine „angemessene Änderung der Vergütung in den Verdingungsunterlagen vorgesehen werden.
- Die Einzelheiten der Preisänderung sind festzulegen“.

## 2. Vergaberechtliche Grundlagen - BMI

- Entsprechend der Richtlinie zum **Formblatt 225 VHB** ist vor Einleitung der Vergabeverfahren zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln vorliegen.
- Hierbei sind die vom Statistischen Bundesamt erfassten und veröffentlichten Indizes der entsprechenden einzubeziehen.
- Insbesondere Sprünge von mehreren Indexpunkten pro Monat sind ein Indiz eines mit der Vereinbarung fester Preise einhergehenden, besonders hohen Wagnisses der Bieter, das die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln nahelegt.

### **BMI-Erlass vom 21.05.2021, Lieferengpässe und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe**

# Exkurs: Preisanpassung wg. steigender Materialpreise

## 2. Vergaberechtliche Grundlagen - BMI

**225**  
 (Stoffpreisgleitklausel – Einheitliche Fassung)

	Vergabenummer	Datum
Baumaßnahme		
Leistung		

**Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel**

Für die nachstehend aufgeführten Stoffe, begrenzt auf die in den in Spalte 2 genannten Teilleistungen (OZ) verwendeten Stoffe, werden bei Änderung der Preise die Mehr- oder Minderaufwendungen gemäß der "Stoffpreisgleitklausel" erstattet.

**Abrechnungszeitpunkt**

Einbau = Stoff ist mit dem Grundstück (Baugrund) fest verbunden worden.

Lieferung = Stoff ist auf der Baustelle angeliefert worden.

Verwendung = Stoff ist unabhängig von den Begrifflichkeiten des BGB bei der Herstellung einer beweglichen Sache, die nicht mit dem Grundstück (Baugrund) fest verbunden ist, so eingesetzt worden, dass er seine bisherige Eigenständigkeit verloren hat oder der Stoff ist bei der Leistungserbringung als Betriebsstoff verbraucht worden.

Stoffe	Verwendung bei OZ	GP-Nummer	Basiswert 1 [z.B. Euro / t (netto)] nach Nummer 3.1 zum Zeitpunkt: <input style="width: 50px; height: 15px;" type="text"/> [MM/JJJJ]	Abrechnungszeitpunkt, Abrechnungseinheit (z.B. Verbrauch in ltr/m <sup>3</sup> ), Sonstiges
1	2	3	4	5

### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen - allgemein

Regelmäßig verändern sich beispielsweise Stahl- oder Kupferpreise je nach Marktlage innerhalb der Bauzeit gravierend.

Grundsätzlich besteht ein vertraglicher Anspruch auf Preisanpassung nur,

- wenn er entweder ausdrücklich vereinbart worden ist (Preisanpassungsklausel), oder
  - wenn ein Extremfall vorliegt (Wegfall der Geschäftsgrundlage - § 313 BGB).
- Daneben kommt eine Anpassung aus Billigkeitsgründen gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO bzw. LHO in Betracht

### § 313 BGB - Störung der Geschäftsgrundlage

- (1) 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.*
  
- (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*
  
- (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

## Prüfungsaufbau

1.

Zunächst ist erforderlich, dass es sich um die **Geschäftsgrundlage** handelt, mithin um einen Umstand, dessen (Fort-)Bestand von jedenfalls einer Vertragspartei vorausgesetzt wurde – der zwar nicht Vertragsinhalt geworden ist, aber der nach der Intention zumindest einer Partei erforderlich ist, um den Vertrag als sinnvolle Regelung aufrechtzuerhalten.

2.

Dieser Umstand muss entweder **nachträglich weggefallen** sein bzw. sich **schwerwiegend verändert** haben.

...

### Prüfungsaufbau

3.

Weiterhin muss der Umstand, der von der Vertragspartei vorausgesetzt wurde, so **wesentlich** sein, dass sie ohne ihn den Vertrag nicht bzw. zu anderen Konditionen abgeschlossen hätte.

4.

Schließlich ist zu prüfen, ob der Partei das Festhalten am unveränderten Vertrag **zugemutet** werden kann.



### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen Wegfall der Geschäftsgrundlage - praktisch

Dokumentation und Darlegung durch Auftragnehmer

- Kalkulation und tatsächliche Kosten gegenüberstellen
- Darstellung der Gründe, die zu Preissteigerungen geführt haben
- Darstellung der Unzumutbarkeit

### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen Ausschluss von Preisanpassungsansprüchen?

Allein aus der Verwendung des Wortes „**Festpreis**“ lässt sich nicht ableiten, dass der Preis auch dann unverändert bleiben soll, wenn die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage an sich gegeben wären.

### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen Kündigungsrechte - Auftragnehmer

- Grundsätzlich kommt auch eine Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB in Betracht.
- Der Kündigungstatbestand setzt voraus, dass sich "**Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert**" haben und dass dem Auftragnehmer das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.
- Die Hürden sind aber höher als bei einem Anpassungsanspruch und setzen in der Regel zunächst erfolglose Anpassungsbemühungen voraus.

### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen Kündigungsrechte - Auftraggeber

- Grundsätzlich kommt auch seitens des Auftraggebers eine Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB in Betracht.
- Der Kündigungstatbestand setzt ebenfalls voraus, dass sich "Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert" haben und dass dem Auftraggeber das Festhalten am unveränderten oder dem veränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.
- Daneben bestehen die vertraglichen Kündigungsrechte, da der Bieter, wenn er nicht leistet in Verzug gerät.

### Preisanpassungsansprüche bei Bauverträgen Änderung oder Aufhebung ohne Rechtsanspruch

- Anpassung aus Billigkeitsgründen gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO bzw. LHO.
- Kein Verweis auf § 58 LHO in 20 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO), keine entsprechende Regelung in § 23 GemHVO.

### Preissteigerungen als Störung der Geschäftsgrundlage?

Bei Preissteigerungen handelte es sich meist um Fälle der sogenannten **Äquivalenzstörung**:

- Hierbei führt die nachträgliche Veränderung dazu, dass das Verhältnis von **Leistung und Gegenleistung** erheblich und unvorhersehbar **gestört** wird, was dem allgemeinen Gedanken der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung widerspricht.

### Vertragsänderungen

- Anders ist es, wenn sich Materialkosten infolge **auftraggeberseitiger Behinderungen** erhöhen, beispielsweise durch ein verzögertes Vergabeverfahren im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen.
- Ebenso, wenn der Auftraggeber in den Bauablauf eingreift oder einseitige Anordnungen trifft.

### Aktuelle Frage: Wie wird die Mehrvergütungshöhe berechnet?

Haben die Parteien über die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente **keine Einigung** getroffen, ist die Vergütung nach den **tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten** zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021 - 11 U 136/18 (nicht rechtskräftig)

### Zusammenfassung:

- Den Vertragspartnern kann nur empfohlen werden, Materialgleitklauseln oder einen Preisvorbehalt zu vereinbaren, um eine angemessene Risikoverteilung herbeizuführen.
- Bieter sollten auch daran mitwirken und darauf hinweisen.
- Bei bestehenden Verträgen sollte grundsätzlich offen über Liefer- und Preisproblem gesprochen werden.
- Eine Orientierungshilfe bieten die Datensammlungen des statistischen Bundesamtes.

### Fazit:

- Den Vertragspartnern kann deshalb nur empfohlen werden, Materialgleitklauseln oder einen Preisvorbehalt zu vereinbaren, um eine angemessene Risikoverteilung herbeizuführen.





**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !**



**Rechtsanwältin**

**Katharina Strauß**

**Fachanwältin für Vergaberecht**

**Fachanwältin für Verwaltungsrecht**

Kanzlei: Koblenz

Tel.: 0261/ 3013 - 350

Fax: 0261/ 3013 - 359

**[katharina.strauss@kunzrechtanwaelte.de](mailto:katharina.strauss@kunzrechtanwaelte.de)**