

Fachempfehlung DFV-FE-74-2024 vom 23.02.2024

## Gestaltung der Zahlungsbedingungen bei Ausschreibungen vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen

### 1. Einleitung

Mit der Fachempfehlung „Die Ausschreibung und Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen“ des Fachausschuss Technik der deutschen Feuerwehren haben DFV und AGBF praktische Hinweise zum Verfahren gegeben. Bei der Losbildung in Form von Los 1 „*Fahrgestell und Aufbau*“ und Los 2 „*Beladung*“ können bis zur Erfüllung von Los 1 durchaus zwei Jahre vergehen, während Los 2 oftmals zeitnah lieferbar wäre.

Die Entwicklung der globalisierten Weltwirtschaft mit den Einflüssen der Pandemie und des Ukraine-Krieges erzeugen teilweise Probleme bei Lieferketten und erhebliche Schwankungen bei den Preisentwicklungen. Wenn Lieferzeiten inzwischen in der Regel mehrjährig sind, sind die Preisentwicklungen unter Beachtung der Produktionszeiten kaum kalkulierbar. Teils werden Produkte gar nicht mehr angeboten, da Hersteller Lieferbarkeit und Produktionskosten nicht absehen können. Bei den dynamischen Preisentwicklungen sind über mehrere Jahre auch Rückgänge denkbar, die für die Auftraggeber von Vorteil wären. Um bei Ausschreibungen Angebote erhalten zu können, sind Regelungen sinnvoll, die bei den meisten Dienststellen – wenn überhaupt – nur aus mehrjährigen Rahmenverträgen bekannt sind.

Für Auftraggeber und Auftragnehmer soll es vor dem Hintergrund der zuvor kurz beschriebenen Marktlage darum gehen, transparente, nachvollziehbare und für beide Seiten faire Zahlungsbedingungen zu formulieren. Auf diese Weise sollen potenzielle Anbieter motiviert werden, Angebote abzugeben, ohne dabei entweder unkalkulierbare wirtschaftliche Risiken eingehen zu müssen oder andererseits mit zu hohen Sicherheitszuschlägen kalkulieren zu müssen. Das Entfallen von Sicherheitszuschlägen wiederum würde sich zugunsten der Beschaffungsstellen und deren Haushalte auswirken.

Diese Fachempfehlung stellt ausdrücklich keine juristische Betrachtung dar.

## **2. Das Kalkulationsproblem**

Zwischen dem Zeitpunkt der Angebotserstellung und dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung können durchaus einige Wochen, wenn nicht sogar Monate liegen. Der öffentliche Auftraggeber wird – nach einer sicher ausreichenden Frist für die Angebotsöffnung und -prüfung sowie eventueller Rückfragen – sicher immer mindestens zwei Termine seines Gemeinderates in die Zuschlagsfrist einplanen. Erst mit der Zuschlagserteilung kann der Bieter Auftragsbestätigungen seiner Zulieferer einholen und so verbindlich kalkulieren. Das seitherige Verfahren, mit entsprechenden Erfahrungswerten zu kalkulieren, funktioniert aktuell schlicht nicht mehr, was nachfolgend für die beiden Lose etwas genauer dargestellt wird.

### **2.1 Los 1: Fahrgestell und Aufbau**

Der Bau des Feuerwehrfahrzeugs bestehend aus Fahrgestell und Aufbau hängt naturgemäß essenziell von der Lieferung des Fahrgestells an den Aufbauhersteller ab. Die Dauer der Lieferzeiten und auch ihre zuverlässige Einhaltung waren insbesondere in der Pandemie und zu Beginn des Ukraine-Krieges ein Problem. Dadurch entstehen erhebliche Probleme für den Bieter von Los 1 für die Erbringung seiner Leistung.

### **2.2 Los 2: Beladung**

In der Zeit von der Auftragserteilung bis zur Lieferung der Beladung (idealerweise zum Zeitpunkt der Fertigstellung von Los 1) ist immer wieder zu beobachten, dass bestimmte Beladungsteile nicht mehr lieferbar sind, weil es sie schlicht nicht mehr gibt (zum Beispiel bestimmte Ausführungen an Handsprechfunkgeräten) oder weil sie durch Nachfolgetechnik ersetzt werden (zum Beispiel Atemschutzgeräte, hydraulische Rettungsgeräte usw.).

### **3. Mögliche Zahlungsbedingungen in neuen Vergabeverfahren**

Die nachfolgenden, nicht abschließenden Möglichkeiten für die Zahlungsbedingungen stellen ausdrücklich nur Vorschläge dar, über deren Anwendung die einzelne Beschaffungsstelle jeweils selbst entscheidet, und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

#### **3.1 Preisgleitklausel in Los 1 „Fahrgestell und Aufbau“**

Da in diesem Los eine Lieferzeit von über zwei Jahren durchaus nicht mehr ungewöhnlich ist, muss hier eine Lösung gefunden werden, die sehr einfach, aber uneingeschränkt transparent ist und möglichst auf offiziellen Daten basiert. Grundlage sind die Preisindizes der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte, hier

- GP 579 29 10 41 (Lastkraftwagen mit Selbstzündung) und
- GP 582 29 2 (Karosserien, Aufbauten und Anhänger)

des Statistischen Bundesamtes (vergleiche Internetauftritt des Statistischen Bundesamtes: [www.destatis.de](http://www.destatis.de)), bezogen auf

- Zeitpunkt der Angebotseinreichung,
- Zeitpunkt der Lieferung des Fahrgestells an den Aufbauhersteller und
- Zeitpunkt der Abnahmebereitschaft des (Gesamt-) Fahrzeugs

Die Preisgleitklausel sollte erst ab einer Abweichung von etwa plus/minus fünf Prozent (5 von 100) greifen, um einfacher anwendbar zu sein. Die Formulierung in den entsprechenden Vertragsbedingungen könnte lauten:

- Zu dem im Angebot angegebenen Angebotspreis für das Fahrgestell und dem ebenfalls im Angebot anzugebenden Angebotspreis für den Auf-/Aus-/Umbau werden von dem Auftraggeber der jeweilige Preisindex der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte GP 579 29 10 41 (Lastkraftwagen mit Selbstzündung) und GP 582 29 2 (Karosserien, Aufbauten und Anhänger) des Statistischen Bundesamtes zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ermittelt und festgehalten.
- Anhand der Preisindizes festzustellende Kostenänderungen führen zu einer Anpassung des zu zahlenden Preises zu dem unten beschriebenen Zeitpunkt, sofern die Preisänderung mehr als fünf Prozent (5 von 100) des Angebotspreises beträgt.

- Nach der Lieferung des Fahrgestells an den Aufbauhersteller wird anhand GP 579 29 10 41 (Lastkraftwagen mit Selbstzündung) der für das Fahrgestell zu zahlende Preis ermittelt und als Abschlagszahlung beglichen. Das heißt, weicht der Preisindex zum Zeitpunkt der Auslieferung um mehr als fünf Prozent von dem zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung festgehaltenen Indexwert ab, wird der Angebotspreis um die Differenz in Prozent erhöht oder abgesenkt. Die Abschlagszahlung wird Zug um Zug gegen Übergabe einer unbefristeten, selbstschuldnerischen Bürgschaft eines deutschen Kreditinstituts oder eines vergleichbaren Kreditinstituts aus einem Mitgliedsstaat der EU gewährt; Bürgschaften können auch durch andere Bürgen als deutsche Kreditinstitute oder vergleichbare Kreditinstitute aus einem Mitgliedsstaat der EU gestellt werden, sofern der Auftraggeber den Bürgen zuvor als tauglich anerkannt hat.
- Für die frühere Zahlungsfälligkeit des Fahrgestells im Vergleich zur Fertigstellung des Gesamtfahrzeuges muss der Auftraggeber die Verfügbarkeit der Haushaltsmittel entsprechend sicherstellen.

*HINWEIS:*

*Andere Arten der Absicherung von Abschlagszahlungen werden entgegen der Vorversion dieser Fachempfehlung aus den folgenden Gründen nicht mehr empfohlen:*

*a) „Zulassungsbescheinigung Teil 2 (Fahrzeugbrief) des Fahrgestells“ als Sicherungsübereignung:*

*Realsicherheiten bewirken, dass der Sicherungsgegenstand zur Befriedigung der Forderung des gesicherten Gläubigers reserviert ist. Je nach Sicherheit kann der Gläubiger die Verwertung durch andere Gläubiger verhindern oder er wird wenigstens aus dem Verwertungserlös vorrangig befriedigt.*

*Der Sicherungseigentümer ist formal Eigentümer, hat wirtschaftlich gesehen aber nur ein besitzloses Pfandrecht. Diese zwei Seiten seiner Rechtsposition spiegeln sich in seinem Verhältnis zu anderen Gläubigern wider:*

- *In der Zivilprozessordnung (ZPO) ist die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers nicht besonders geregelt. Deshalb billigt ihm die Rechtsprechung – der formalen Eigentümerposition entsprechend*

– die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zu: Er kann die Vollstreckung anderer Gläubiger in den Gegenstand für unzulässig erklären lassen.

- In der Insolvenzordnung (InsO) ist in § 51 Nr. 1 InsO ausdrücklich geregelt, dass der Sicherungsnehmer (genau wie ein Pfandrechtsinhaber) in der Insolvenz des Sicherungsgebers „nur“ ein Absonderungsrecht und kein Aussonderungsrecht hat.

Der Sicherungsgegenstand gehört also zur Insolvenzmasse und wird verwertet (§ 166 InsO). Das heißt der Insolvenzverwalter darf eine bewegliche Sache (das Fahrgestell), an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat.

Mit dem (nach Abzug von Kostenpauschalen für die Verwertung und Feststellung des Gegenstands verbleibenden) Verwertungserlös wird dann der absonderungsberechtigte Gläubiger ausbezahlt (§ 170 Abs. 1 S. 2 InsO).

Das heißt der öffentliche Auftraggeber bekommt nicht das Fahrgestell, sondern wird lediglich aus dem Verwertungserlös bevorzugt befriedigt; jedenfalls so weit, wie der Erlös dann – auch nach Abzügen (siehe oben) reicht. Der Auftraggeber profitiert also nicht von einer etwaigen Wertsteigerung, zum Beispiel bei „Fahrgestellmangel am Markt“, und bei Verwertung in Höhe der Abschlagszahlung oder weniger bekommt er nicht sein gesamtes Geld zurück.

- b) „Zulassungsbescheinigung Teil 2 (Fahrzeugbrief) des Fahrgestells“ als vollwertige Übereignung:

Bei vollwertiger Übereignung des Fahrgestells an den Auftraggeber nach Leisten der Abschlagszahlung gehört das Fahrgestell nicht mehr zur Insolvenzmasse und die Probleme von vorstehend a) bestehen nicht. Denn der öffentliche Auftraggeber hätte nunmehr ein Aussonderungs- und nicht nur ein Absonderungsrecht.

*Allerdings ergeben sich mithin diverse andere Probleme:*

- Der an sich als ein (1) Werkvertrag geschlossene Vertrag wird nachträglich aufgeteilt in einen Kaufvertrag (Fahrgestell) und einen Werkvertrag (Aus-/Aufbau). Dies dürfte eine wesentliche Vertragsänderung i.S.v. § 132 Abs. 1 GWB darstellen.*
  - Des Weiteren wäre das Fahrgestell nunmehr eine Beistellung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, was sich auf die Verantwortlichkeiten für den Erfolg des Gesamtfahrzeugs auswirken kann.*
  - Dies wirkt sich gegebenenfalls bei Haftung und Gewährleistung aus.*
  - Kauft der Auftraggeber das Fahrgestell vom Aufbauhersteller, handelt es sich dann noch um ein Neufahrzeug?*
- Nach der Erklärung der Abnahmebereitschaft des (Gesamt-)Fahrzeugs durch den Auftragnehmer wird anhand GP 582 29 2 (Karosserien, Aufbauten und Anhänger) analog der Regelung für das Fahrgestell der für den Aufbau zu zahlende Preis ermittelt.

Für den Fall, dass der Auftraggeber Fahrgestell und Aufbau in jeweils eigene Lose aufteilt, können die Empfehlungen und die Preisindizes natürlich sinngemäß direkt für die Einzellose angewendet werden.

Die Anwendung der Preisgleitklauseln hat bei Auftraggebern und Auftragnehmern sowohl Vor- als auch Nachteile. Was im Endeffekt bezahlt werden muss, ist dann bei der Auftragsvergabe unklar. In anderen Vergabebereichen ist das aber ständige Praxis. Durch die Preisgleitklauseln kann ein Bieter aber auf Sicherheitszuschläge bei der Kalkulation verzichten, die sonst einen sehr hohen Angebotspreis zur Folge haben können oder zum Ausbleiben von Angeboten führen können.

### **3.2 Geänderte Liefer- und Zahlungsbedingungen für Los 2 – „Beladung“**

Bundesweit gesehen gibt es hier die mit Abstand größten Unterschiede: In Bundesländern mit Projektförderung wird – einschließlich Beladung – ein komplett

neues Feuerwehrfahrzeug beschafft. In anderen Bundesländern wird die vorhandene Beladung aus dem Vorgängerfahrzeug übernommen. Im erstgenannten Fall (neues Komplett-Fahrzeug) lieferte der Auftragnehmer zu Los 2 „Beladung“ seine Leistung üblicherweise an den Auftragnehmer zu Los 1 „Fahrgestell und Aufbau“, wenn der Fertigungsfortschritt des Aufbaus dies zuließ. Bis dahin vergehen aber, wie dargestellt, durchaus bis zu zwei Jahre, in denen sich Technik und/oder Preise so verändern können, dass ein Bieter für die Beladung erhebliche Kalkulationsprobleme bekommt und daher von einem Angebot absieht oder extreme Sicherheitszuschläge einrechnen muss.

### **3.2.1 Variante 1: Separate Ausschreibung „Beladung“**

Je nach zu beschaffender Menge und Art (zum Beispiel Spezialgegenstände wie hydraulische Rettungsgeräte oder Atemschutztechnik) der zu beschaffenden Beladung kann in Erwägung gezogen werden, die Ausrüstung/Beladung in einem oder mehreren Fachlosen auszuschreiben.

Gemäß § 3 Abs. 9 VgV kann dies unter Umständen im Rahmen eines nationalen Vergabeverfahrens geschehen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses unter 80.000 Euro liegt (da Lieferleistung) und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt. Dies dürfte bei den meisten „1-Fahrzeug-Beschaffungen“ der Fall sein. Sodann könnte mit entsprechendem zeitlichem Versatz und nach entsprechender Abstimmung mit dem Fahrzeug-Auftragnehmer die Ausrüstung mehr oder weniger „in time“ beschafft werden.

Aber auch bei Auftragsvolumen, die die Werte des § 3 Abs. 9 VgV überschreiten, ist es dem Auftraggeber unbenommen, die Ausrüstung zeitversetzt auszuschreiben. Er muss dann lediglich auch das zweite Vergabeverfahren – auch, wenn der Auftragswert hierfür ggf. unterhalb des maßgeblichen EU-Schwellenwerts liegt – EU-weit ausschreiben, um nicht gegen § 3 Abs. 2 und Abs. 7 VgV (sog. Stückelungsverbot) zu verstoßen.

Eine § 3 Abs. 2 und Abs. 7 VgV entsprechende Vorschrift gibt es im Übrigen in der UVgO nicht.

### **3.2.2 Variante 2: Sofortige Lieferung „Beladung“**

Der Auftragnehmer bestellt die Beladung sofort nach Auftragseingang. Die Gesamtlieferung wird dem Auftraggeber in möglichst wenig Teillieferungen geliefert. Entsprechend der Teillieferung wird dann bezahlt. Dann gibt es folgende Möglichkeiten:

- Der Auftraggeber lagert die Beladung ein und transportiert sie dann selbst nach Absprache zum Auftragnehmer von Los 1.  
Hinweis: Sehr oft fehlen dafür bei den Feuerwehren schlicht der Platz für die Einlagerung und/oder entsprechende Transportkapazitäten.
- Der Auftragnehmer für die Beladung lagert diese ein und transportiert sie dann nach Absprache zum Auftraggeber von Los 1. Der Transport wird im Angebotspreis für die Beladung einkalkuliert, die Lagerungskosten werden pro Woche im Angebot für die Beladung abgefragt.
- Der Auftragnehmer für die Beladung liefert die Leistung nach Teilabnahme und Absprache zum Auftraggeber von Los 1. Der Transport wird im Angebotspreis für die Beladung einkalkuliert, die Lagerungskosten werden pro Woche auch im Angebot bei Los 1 abgefragt.

Bei den beiden letztgenannten Möglichkeiten dieser Variante mit einer externen Lagerung muss der Auftraggeber jeweils prüfen, wie er mit den prüfpflichtigen Geräten (hier besonders Atemschutztechnik) umgehen will. Eine teilweise Vorablieferung an den Auftraggeber kann eine Lösung sein, ebenso wie die spätere Beschaffung bestimmter Beladungsteile. Der Auftraggeber sollte hier auch die bei ihm für die Geräteprüfung Zuständigen einbinden.

## **4. Föderalismus**

Die je nach Bundesland sehr unterschiedlichen Förderrichtlinien/-bestimmungen für die Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen und landesrechtliche, gegebenenfalls auch kommunale, Vorschriften könnten der Anwendung der hier beschriebenen Verfahren entgegenstehen. Daher sollte die beschaffende Gemeinde sowohl

mit dem Zuwendungsgeber als auch mit ihrer Rechtsaufsicht die Anwendung der Inhalte dieser Fachempfehlung klären.

Erstellt wurde diese Information durch Überarbeitung der Erstfassung vom 31.08.2022 im Auftrag des Fachausschusses Technik der deutschen Feuerwehren durch Jörg Fiebach (Feuerwehr München), Günther Pinkenburg (MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, unter anderem Mitwirkender im FB 2 des LFW Bayern) und Frau Susann Horn (Feuerwehr Leipzig). Der Fachausschuss Technik ist ein gemeinsames Gremium der Arbeitsgemeinschaft der Leiterinnen und Leiter der Berufsfeuerwehren in der Bundesrepublik Deutschland (AGBF Bund) und des Deutschen Feuerwehrverbandes (DFV).

Ihr Kontakt: Carsten-Michael Pix / Telefon (030) 288 848 8-28 / E-Mail [pix@dfv.org](mailto:pix@dfv.org)

Haftungsausschluss: Die Fachempfehlung „*Gestaltung der Zahlungsbedingungen bei Ausschreibungen vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen*“ wurde nach bestem Wissen und unter größter Sorgfalt durch unsere Experten erstellt und durch die zuständigen Fachbereiche und das DFV-Präsidium geprüft. Eine Haftung der Autorinnen und Autoren oder des Deutschen Feuerwehrverbandes ist jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Die Fachempfehlung ist ausdrücklich keine juristische Fachberatung.