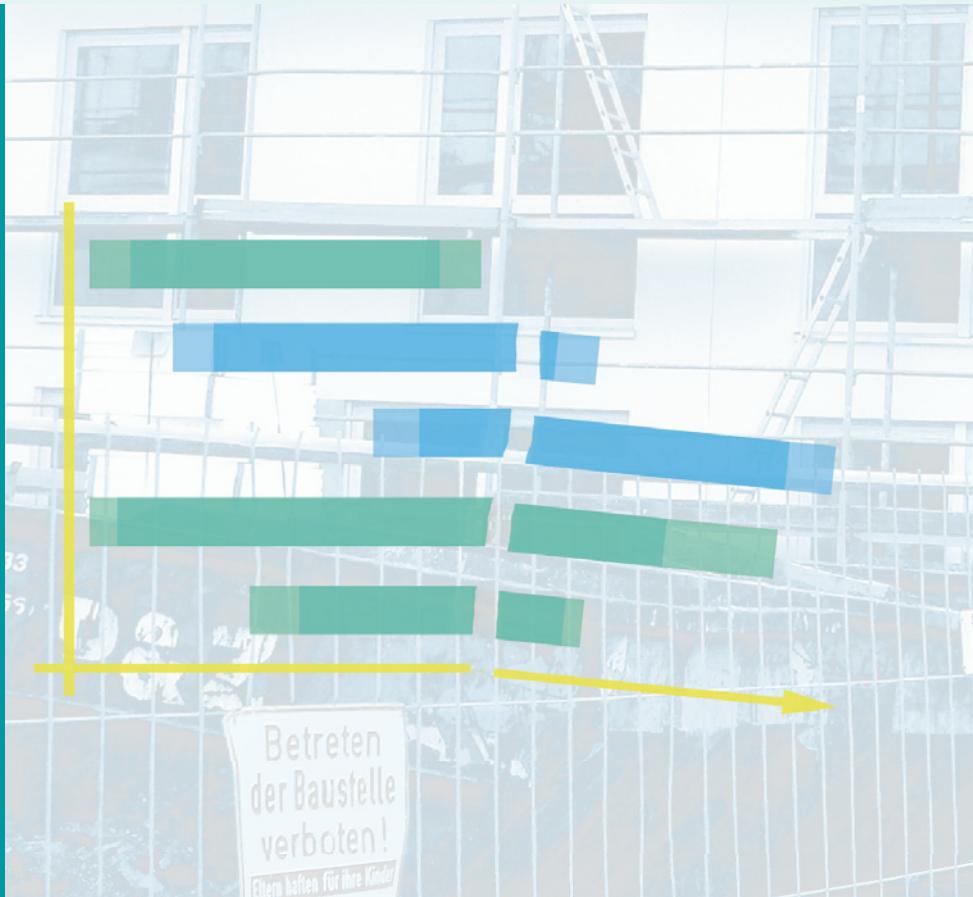


Katrin Rohr-Suchalla

# Der gestörte Bauablauf

Verantwortlichkeiten, Ansprüche und Rechtsfolgen nach **VOB/B**

2., überarbeitete Auflage



Fraunhofer IRB Verlag

Katrin Rohr-Suchalla

## **Der gestörte Bauablauf**

Verantwortlichkeiten, Ansprüche und Rechtsfolgen nach VOB/B



Katrin Rohr-Suchalla

## **Der gestörte Bauablauf**

Verantwortlichkeiten, Ansprüche und Rechtsfolgen nach VOB/B

2., überarbeitete Auflage

Fraunhofer IRB Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

ISBN (Print): 978-3-8167-8969-7

ISBN (E-Book): 978-3-8167-8970-3

Lektorat: Thomas Altmann

Herstellung: Angelika Schmid

Umschlaggestaltung: Martin Kjer

Druck: Druckerei & Verlag Steinmeier GmbH & Co. KG, Deiningen

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist einschließlich aller seiner Teile urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die über die engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes hinausgeht, ist ohne schriftliche Zustimmung des Fraunhofer IRB Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Speicherung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen und Handelsnamen in diesem Buch berechtigt nicht zu der Annahme, dass solche Bezeichnungen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und deshalb von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien (z. B. DIN, VDI, VDE) Bezug genommen oder aus ihnen zitiert werden, kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.

© by Fraunhofer IRB Verlag, 2013

2., überarbeitete Auflage

Fraunhofer-Informationszentrum Raum und Bau IRB

Nobelstraße 12, 70569 Stuttgart

Telefon +49 711 9 70-25 00

Telefax +49 711 9 70-25 08

[irb@irb.fraunhofer.de](mailto:irb@irb.fraunhofer.de)

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

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	9
<b>I      Einleitung .....</b>	<b>11</b>
1      Allgemeines .....	11
2      Störungen/Behinderungen des Bauablaufs .....	12
2.1      Art der Störung sowie Sphäre .....	13
2.2      Rechtsfolgen .....	13
<b>II      Ansprüche des Auftragnehmers bei Störungen des Bauablaufs .....</b>	<b>15</b>
1      Allgemeines .....	15
2      Ansprüche im Falle von Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B .....	17
3      Störungen des Bauablaufs durch Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B .....	21
3.1      Allgemeines .....	21
3.2      Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B .....	23
3.2.1      Im Vertrag vorgesehene Leistung .....	23
3.2.2      Änderung des Bauentwurfs oder sonstige Anordnungen des Auftraggebers ..	24
3.2.3      Rechtsprechungsbeispiele .....	25
3.2.4      Rechtsprechungsbeispiele zur Anordnung .....	27
3.3      Beschleunigungsanordnung .....	28
3.4      Verschiebung des Ausführungszeitraums .....	30
3.5      Auswirkungen der Leistungsänderung auf die Bauzeit .....	32
3.6      Preisvereinbarung/Vergütung .....	33
4      Störungen durch Zusatzleistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B .....	34
4.1      Allgemeines .....	34
4.2      Rechtsprechungsbeispiele .....	35
4.3      Abrechnung .....	36
5      Störung des Bauablaufs durch Behinderungen und Unterbrechungen gemäß § 6 VOB/B .....	36
5.1      Einleitung .....	36
5.1.1      Allgemeines .....	36

5.1.2	Voraussetzungen .....	40
5.1.3	Anwendungsbereich und Abgrenzung .....	43
5.2	Behinderungsanzeige/Offenkundigkeit .....	44
5.2.1	Behinderungsanzeige .....	44
5.2.2	Offenkundigkeit .....	48
5.3	Anspruch auf Bauzeitverlängerung .....	49
5.3.1	Voraussetzungen .....	49
5.3.2	Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B) .....	52
5.3.3	Behinderung durch Streik oder angeordnete Aussperrung .....	54
5.3.4	Höhere Gewalt / Andere unabwendbare Umstände .....	55
5.3.5	Normale Witterungseinflüsse gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B .....	56
5.3.6	Berechnung der Fristverlängerung gem. § 6 Abs. 4 VOB/B .....	57
5.3.7	Weiterführungsverpflichtung/Wiederaufnahmeverpflichtung nach § 6 Abs. 3 VOB/B .....	60
5.3.8	Abrechnung gem. § 6 Abs. 5 VOB/B .....	62
5.4	Kündigung und Abrechnung gem. § 6 Abs. 7 VOB/B .....	65
5.4.1	Voraussetzungen .....	65
5.4.2	Ausschluss der Kündigung .....	66
5.4.3	Abrechnung .....	67
5.5	Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B .....	68
5.5.1	Anwendbarkeit und Abgrenzung .....	68
5.5.2	Verschulden .....	70
5.5.3	Behinderung und Behinderungsanzeige .....	71
5.5.4	Darstellung des Schadensersatzanspruchs dem Grunde nach (haftungsbegründende Kausalität) .....	74
5.5.5	Konkrete Darlegung des Schadens (haftungsausfüllende Kausalität) .....	77
5.5.6	Unwirksame Klauseln (AGB) .....	81
6	Ansprüche gem. § 642 BGB .....	82
6.1	Einleitung .....	82
6.2	Voraussetzungen .....	82
6.3	Entschädigungsanspruch .....	83
7	Sicherungsumfang von gestellten Sicherheiten .....	84
7.1	Allgemeines .....	84
7.2	§ 648a BGB .....	85
7.3	Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB .....	87
7.4	Zahlungsbürgschaft/Zahlungsgarantien .....	88

---

<b>III</b>	<b>Ansprüche des Auftraggebers</b>	
	<b>im Fall von Störungen des Bauablaufs</b>	89
1	Allgemeines .....	89
2	Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B .....	90
3	Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B .....	91
3.1	Allgemeines .....	91
3.2	Vom Auftragnehmer zu vertretende hindernde Umstände .....	91
3.3	Schadensersatz .....	92
3.4	Darlegungs- und Beweislast .....	93
4	Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B / § 13 Abs. 7 VOB/B .....	93
4.1	Einleitung .....	93
4.1.1	Mängel als Ursache von Bauverzögerungen bzw. Schadensersatz .....	93
4.1.2	Abgrenzung § 4 Abs. 7 VOB/B zu § 5 Abs. 4 VOB/B, § 6 Abs. 6 VOB/B, § 8 Abs. 3 VOB/B, § 6 Abs. 7 VOB/B .....	94
4.2	Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B .....	96
4.2.1	Einführung .....	96
4.2.2	Der Mangelbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 7 VOB/B .....	96
4.2.3	Sonstige Ansprüche des Auftraggebers nach § 4 Abs. 7 VOB/B .....	97
4.2.4	Zusammenfassung .....	100
4.3	Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 VOB/B .....	100
4.3.1	Einführung .....	100
4.3.2	Kleiner Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B) .....	101
4.3.3	Großer Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B .....	104
4.3.4	Zusammenfassung .....	105
5	Ansprüche gem. § 5 Abs. 4 VOB/B .....	106
5.1	Einleitung .....	106
5.2	Vertragsfristen .....	106
5.3	Verzögerung des Baubeginns .....	108
5.4	Verzögerung der Vollendung des Bauvorhabens .....	109
5.5	Unzureichendes Personal/Arbeitsmittel .....	110
5.6	Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B .....	111
5.7	Kündigung .....	111
6	Vertragsstrafenansprüche .....	112
6.1	Voraussetzungen und Folgen nach § 11 VOB/B .....	112
6.1.1	Vertragsstrafenvereinbarung .....	112
6.1.2	Vertragsstrafe für nicht erfüllte oder nicht ordnungsgemäße Bauleistungen ..	113
6.1.3	Verzug .....	113
6.1.4	Vorbehalt bei Abnahme .....	114

6.1.5	Vertragsstrafenhöhe	115
6.1.6	Beweislast	115
6.1.7	Verschiebung der Bautermine	115
6.2	Vertragsstrafe als Allgemeine Geschäftsbedingung	116
6.2.1	Einführung	116
6.2.2	Allgemeine Geschäftsbedingung	117
6.2.3	VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung	118
6.2.4	Entscheidungen zu Vertragsstrafenregelungen	118
6.3	Wegfall der Vertragsstrafenregelung	119
<b>IV</b>	<b>Dokumentation und Darstellung des gestörten Bauablaufs</b>	<b>121</b>
1	Einleitung	121
2	Nachträge gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B/Mengenmehrungen bei einem Einheitspreisvertrag nach § 2 Abs. 3 VOB/B	125
3	Darstellung eines Schadensersatzanspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B	126
3.1	Herangehensweise	126
3.2	Vertragliche Ausgangslage	127
3.3	Dokumentation während der Bauphase	128
3.3.1	Behinderungsanzeigen	128
3.3.2	Bautagebuch	128
3.3.3	Sachverständigengutachten	129
3.3.4	Bauablaufpläne	130
3.3.5	Foto/Videos	130
3.4	Darstellung dem Grunde nach	131
3.4.1	Herangehensweise	131
3.4.2	Stillstandskosten	131
3.4.3	Produktivitätsminderungen	132
3.4.4	Bauzeitverlängerung	133
3.5	Der Höhe nach	133
4	Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB	134
<b>V</b>	<b>Anhang</b>	<b>135</b>
	Die VOB/B im Volltext	135
	Quellenverzeichnis	149
	Stichwortverzeichnis	151

## Abkürzungsverzeichnis

AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
d. h.	das heißt
DIN	Deutsche Industrienorm
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GU	Generalunternehmer
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Nr.	Nummer
NU	Nachunternehmer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
VOB/A/B/C	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, Teil B und Teil C
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung



## I

# Einleitung

## 1 Allgemeines

Der gestörte Bauablauf ist der schwierigste Bereich des privaten Baurechts, da häufig eine Vielzahl von sich überlagernden Störungen vorliegt, die zudem häufig aus unterschiedlichen Sphären stammen (Auftraggeber, Auftragnehmer oder Dritter) und die die unterschiedlichsten Auswirkungen in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht auf den Bauablauf nach sich ziehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Darstellung nach den Anspruchsgrundlagen getrennt werden muss und häufig sehr viele unterschiedliche Störungen die Bauzeitverlängerung herbeigeführt haben. Der gestörte Bauablauf betrifft letztlich jede Form denkbarer Vertragskonstellationen, sowohl den Einheitspreisvertrag als auch den Pauschalpreisvertrag sowie den garantierten Maximalpreisvertrag (GMP) oder Bauvorhaben auf der Basis eines PPP-Vertrages.

Das Streitpotenzial in diesem Bereich hat sich in den letzten Jahren stetig erhöht, bedingt dadurch, dass die Bauzeiten (und damit einkalkulierte Pufferzeiten) immer geringer geworden sind und sich zugleich auch die Renditen/Margen deutlich reduziert haben bzw. seit Jahren sehr gering sind. Die hohe Baugeschwindigkeit in der Bauausführung, die mittlerweile regelmäßige Baupraxis ist, korrespondiert häufig auch unter Berücksichtigung zwangsläufiger Störungen nicht mehr mit den technisch notwendigen Gegebenheiten.

Während Störungen des Bauablaufs durch Nachträge relativ einfach darstellbar und auf der Basis der Kalkulation zu ermitteln sind, sind Ansprüche auf der Basis von so genannten Behinderungen (§ 6 VOB/B) sehr schwierig darzustellen. Auch bei einer Vielzahl von Behinderungen muss eine konkrete Darstellung des Schadens dem Grunde und der Höhe nach erfolgen, woran es in vielen Fällen fehlt.

Da die Darstellung von Ansprüchen auf der Basis des § 6 VOB/B die schwierigste Form ist, wird hier auch der Schwerpunkt auf § 6 VOB/B gelegt. Folgerichtig müssen zwei oberste Prämissen eingehalten werden:

- Um einen gestörten Bauablauf juristisch durchsetzen zu können, müssen während der Bauausführung begleitend die hierfür zwingend notwendige Dokumentation erstellt und

die notwendigen Schreiben an den Auftraggeber gesendet werden (z. B. Behinderungsanzeigen, der Verweis auf Bauzeitverlängerung bedingt durch Nachträge etc.).

- Bei auftretenden Störungen des Bauablaufs sollte auf der Basis der Kooperationsverpflichtung beider Bauvertragsparteien versucht werden, die wirtschaftlichen (häufig bauzeitverlängernden) Einflüsse möglichst zu minimieren, damit ein erhebliches Streitpotenzial vermieden werden kann. Das wird häufig nicht umgesetzt, so dass die Folge bei zahlreichen und streitgeladenen Störungen erhebliche Bauzeitverlängerungen sind, die wiederum zu sehr hohen Bauzeitverlängerungskosten führen. Dies bedingt sich teilweise dadurch, dass die möglichen Planungsfehler bzw. zu spät gelieferten Pläne naturgemäß durch die eingeschalteten Planer des Auftraggebers zurückgewiesen werden. Letztlich will niemand die Ursache gesetzt haben. Eine lösungsorientierte Kooperation beider Vertragspartner könnte diese Bauzeitverlängerung und die damit einhergehenden Kosten deutlich minimieren. Häufig verbleibt es aber schlicht dabei, dass sich beide Vertragspartner auf den Standpunkt stellen, dass sie keine Ursache gesetzt haben. Auf die Einzelheiten, was in diesen Fällen sinnvollerweise getan werden sollte, wird im Folgenden noch eingegangen.

Der Begriff der Störung des Bauablaufs wird in der Folgezeit unabhängig von der Anspruchsgrundlage und von dem Verursacher verwendet.

Es ist auch zwischen Vergütungs- und Schadensersatzansprüchen und davon losgelösten Bauzeitverlängerungsansprüchen zu entscheiden. Ein Vergütungsanspruch setzt voraus, dass Leistungsänderungen, Mengenmehrungen oder Zusatzleistungen beauftragt wurden. Der Schadensersatzanspruch setzt wiederum voraus, dass ein schuldhaftes Verhalten des Vertragspartners vorliegt.

Davon wiederum losgelöst ist der Bauzeitverlängerungsanspruch nach § 6 Abs. 4 VOB/B, der auch dann eingreifen kann, wenn der Vertragspartner die Ursache der Störung nicht gesetzt hat. Der Bauzeitverlängerungsanspruch ist insbesondere wichtig für die Frage, ob der Auftragnehmer mit seiner Leistung in Verzug gerät, wenn er den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin störungsbedingt nicht einhalten kann.

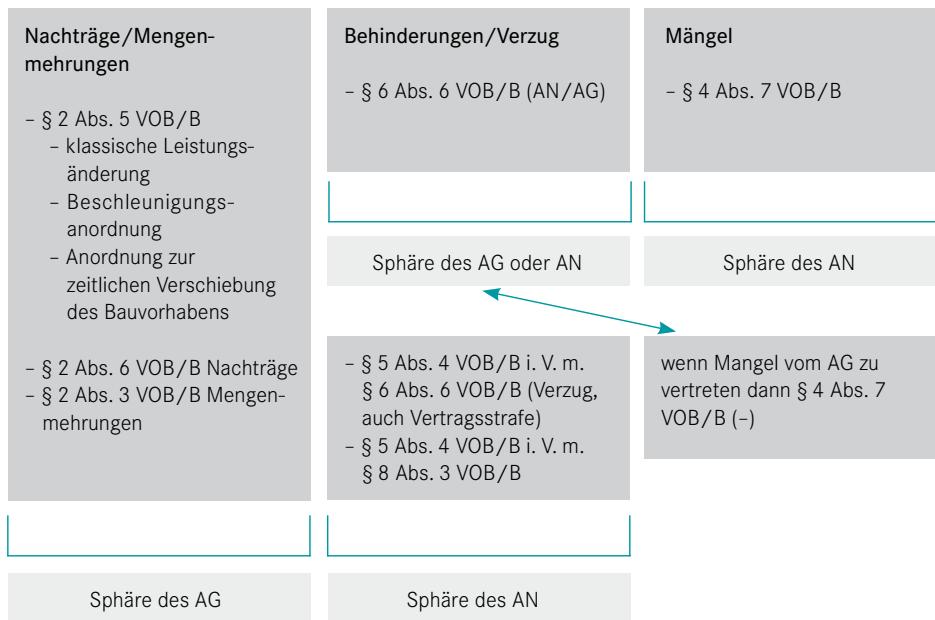
## 2 Störungen/Behinderungen des Bauablaufs

Es ist zwischen der Art der Störung, der jeweils verursachenden Sphäre und den einzelnen Rechtsfolgen zu unterscheiden. Störungen können unterschiedliche Ursachen haben. Es ist daher nach der Art der Störung zu unterscheiden:

- Leistungsmehrungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B
- Leistungsänderungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B
- Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B
- Behinderungen gem. § 6 Abs. 6 VOB/B
- Verzugsansprüche gem. § 5 Abs. 4 VOB/B
- Mängelansprüche vor Abnahme gem. § 4 Abs. 7 VOB/B.

Die Art der Störung entscheidet letztlich über die Rechtsfolgen, d. h. in welcher Art und Weise Ansprüche geltend gemacht werden können. Des Weiteren ist zu unterscheiden, aus welcher Sphäre die Störung stammt, d. h. wer (ob Auftraggeber, Auftragnehmer oder Dritte) Ansprüche gegen den jeweils anderen Vertragspartner geltend machen kann:

## 2.1 Art der Störung sowie Sphäre



## 2.2 Rechtsfolgen

Je nachdem, welche Störungsart vorliegt, sind auch die Rechtsfolgen zu differenzieren. Folge einer Störung kann ein Vergütungsanspruch, ein Schadensersatzanspruch oder ein Bauzeitverlängerungsanspruch sein.

Sofern ein Vergütungsanspruch geltend gemacht wird, ist dieser auf der Basis der vertraglichen und kalkulatorischen Grundlagen zu ermitteln. Demgegenüber muss ein Schadens-

ersatzanspruch ausnahmslos konkret ermittelt werden, d. h. die gesamten Auswirkungen der einzelnen Störungen auf den Bauablauf müssen konkret dargestellt werden (Anspruch dem Grunde nach), um dann in der Folgezeit den Anspruch ebenfalls konkret hinsichtlich der Höhe, d. h. des tatsächlich eingetretenen Schadens, zu ermitteln. Hinsichtlich der Höhe des Anspruches kommt jedoch bei ausreichend konkreter Darlegung auch eine Schätzung gem. § 287 ZPO durch das Gericht in Betracht. Zur Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:

#### Vergütungsansprüche

- § 2 Abs. 3 VOB/B
- § 2 Abs. 5 VOB/B
- § 2 Abs. 6 VOB/B

#### Schadensersatzansprüche

- § 6 Abs. 6 VOB/B
- § 4 Abs. 7 VOB/B  
(nur bezogen auf zeitliche und damit  
»störende« Auswirkung der Mängel auf  
den Bauablauf)
- § 5 Abs. 4 VOB/B

Der Vergütungsanspruch ist auf der Basis der vertraglichen und kalkulatorischen Unterlagen zu ermitteln.

Schadensersatzansprüche sind konkret auf der Basis der Auswirkungen auf den Bauablauf zu ermitteln; konkrete Darlegung dem Grunde und der Höhe nach.

## II

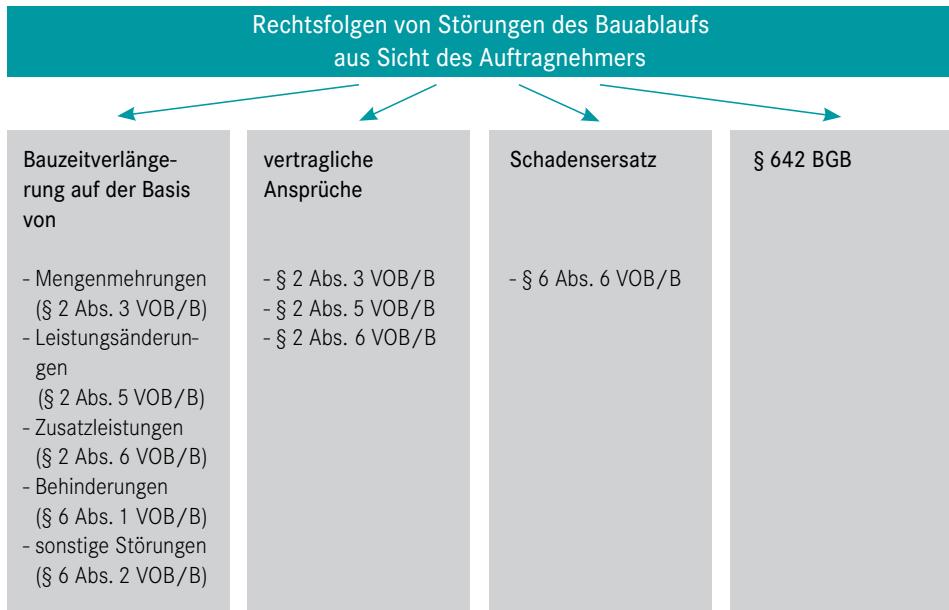
# Ansprüche des Auftragnehmers bei Störungen des Bauablaufs

## 1 Allgemeines

Wie bereits vorstehend dargestellt, ist zwischen unterschiedlichen Störungen und Sphären zu unterscheiden, aus denen die Störung resultiert, d. h. ob sie aus der Sphäre des Auftraggebers oder aber des Auftragnehmers resultiert. Danach unterscheiden sich die einzelnen Anspruchsgrundlagen der VOB/B bzw. des BGB. Da sich aus Sicht des Auftragnehmers häufig eine Vielzahl von Störungen überlagern und er die Darlegungs- und Beweislast für seine Ansprüche (vertragliche Ansprüche / Schadensersatzansprüche) trägt, wird nachstehend eingehend dargelegt, auf welcher Basis im Falle der einzelnen Störungen Ansprüche geltend gemacht werden können und was dabei zu beachten ist. Insbesondere sind folgende Ansprüche zu unterscheiden:

- Anspruch auf Bauzeitverlängerung
- vertragliche Ansprüche
- Schadensersatzansprüche
- § 642 BGB.

Zur Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



Wie sich aus der vorstehenden Übersicht ergibt, kann ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung sowohl aus Mengenmehrungen, Leistungsänderungen, Zusatzleistungen, aber auch auf der Basis von Behinderungen resultieren. Zu beachten ist – was noch eingehend nachstehend dargestellt wird –, dass auch ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung bestehen kann, ohne dass ein vertraglicher Anspruch bzw. ein Schadensersatzanspruch oder ein Anspruch nach § 642 BGB besteht. Das ist zum Beispiel bei Ansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B der Fall, wenn zwar gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B eine Behinderung vorliegt, die gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B zu einer Bauzeitverlängerung führt, die Behinderungen jedoch nicht vom Auftraggeber zu vertreten sind. Das ist beispielsweise im Falle der höheren Gewalt anzunehmen oder sonstiger für den Auftragnehmer unabwendbarer Umstände, auf die im Folgenden noch vertiefend eingegangen wird. Grundvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist, dass der Auftraggeber die Behinderung zu vertreten hat (Verschulden). Dessen ungeachtet sieht die VOB/B nach § 6 Abs. 2 auch dann eine Bauzeitverlängerung in den eng umgrenzten Fällen vor, wenn die eingetretene Behinderung weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer zu vertreten ist. Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass es beispielsweise im Falle höherer Gewalt oder vergleichbarer unabwendbarer Umstände für den Auftragnehmer nicht möglich ist, ohne erhebliche Beschleunigung das Bauvorhaben innerhalb der ursprünglich vereinbarten Frist fertig zu stellen. Würde man in diesem Falle keine Bauzeitverlängerung vorsehen, bestünde die Folge darin, dass der Auftragnehmer Verzugsschäden oder einen Vertrags-

strafenanspruch des Auftraggebers begleichen müsste, obwohl die hindernden Umstände außerhalb seiner Risikosphäre liegen.

Nachstehend werden die einzelnen Ansprüche (§ 2 Abs. 3 VOB/B, § 2 Abs. 5 VOB/B, § 2 Abs. 6 VOB/B, § 6 VOB/B, § 642 BGB) im Einzelnen dargestellt, unter Einschluss der Rechtsfolgen. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei unter Berücksichtigung des Schwierigkeitsgrades bei der Darstellung von Ansprüchen nach § 6 VOB/B.

Die Problematik und Schwierigkeit der Darstellung und Geltendmachung von Ansprüchen auf der Basis eines gestörten Bauablaufs beruhen insbesondere auf Folgendem:

- der Vielzahl der sich teilweise überlagernden Störungen
- den unterschiedlichen Sphären, aus denen die einzelnen Störungen herrühren, z. B. aus der Sphäre des Auftraggebers, Auftragnehmers, eines Dritten
- unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, die wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen (Vergütungsansprüche/Schadensersatzansprüche) und Voraussetzungen separat dargestellt und geltend gemacht werden müssen
- Es erfolgt häufig der Einwand durch den Auftraggeber, die Störung habe sich nicht ausgewirkt, da der Unternehmer an anderer Stelle hätte weiterarbeiten können oder wegen eigener Störungen des Auftragnehmers und Verzögerungen gar nicht hätte weiter bauen können.
- Eine konkrete Darstellung der Behinderungen mit dem konkret zugrunde liegenden Sachverhalt und den konkreten Auswirkungen auf den Bauablauf lässt sich bei komplexen Bauvorhaben häufig nur schwierig darstellen.
- Der Schaden kann zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten, z. B. Bauzeitverlängerung, Produktivitätsminderungen, Mehrpersonal zu bestimmten Zeitpunkten bzw. in bestimmten Zeiträumen, Mehrstunden.
- Gerade bei Großbauvorhaben ist die Darstellung sehr schwierig, weil bis zu 36 Gewerke auf der Baustelle tätig sind und technologisch und zeitlich ineinander greifen; darüber hinaus sind häufig unterschiedliche Bauabschnitte und Bauteile (in sich geschlossene Bauvorhaben) Gegenstand des Vertrages.

## 2 Ansprüche im Falle von Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B

### Allgemeines

§ 2 Abs. 3 VOB/B, der Mengenänderungen regelt, gilt ausnahmslos für den Einheitspreisvertrag. Im Falle von Leistungsänderungen bzw. Zusatzleistungen bei der Vereinbarung eines Einheitspreisvertrages gelten § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B.

Die grundsätzliche Abrechnung bei einem Einheitspreisvertrag ist relativ einfach. Die tatsächlich ausgeführte Menge ist mit dem vereinbarten Einheitspreis zu multiplizieren.

Die Grundsätze etwaiger Mehr- oder Minderkosten bei Über- oder Unterschreitung der in den Vertragsgrundlagen ausgewiesenen Mengen sind in § 2 Abs. 3 VOB/B geregelt. Es liegt eine abschließende Regelung für den Einheitspreisvertrag vor, wobei von drei Varianten auszugehen ist:

- Abweichungen unter 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)
- Erhöhung um mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)
- Reduzierung um mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B).

Abweichungen unter 10% (d. h. Erhöhung um bis zu 10% bzw. Reduzierung der Mengen) lassen den vereinbarten Einheitspreis gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B unberührt. Dies gilt auch im Falle von Spekulationspreisen. Bei Mengenreduzierungen um mehr als 10% kann grundsätzlich ein neuer Einheitspreis vereinbart werden. Mengenreduzierungen führen häufig zur Erhöhung der Einheitspreise, da eine Umlage der Baustellengemeinkosten und allgemeinen Geschäftskosten auf die Gesamtmenge (d. h. auf alle Einheitspreispositionen und die gesamte Menge) erfolgt. Dadurch wird sich regelmäßig jedoch keine Bauzeitverlängerung ergeben, so dass dieser Fall nicht weiter dargestellt wird.

### **Mengenüberschreitungen von mehr als 10%**

Falls Mengenüberschreitungen von mehr als 10% vorliegen, gilt zunächst Folgendes: Die ausgeführte Menge bis 110% ist nach den vertraglich vereinbarten Einheitspreisen abzurechnen. Für die um über 110% hinausgehende Menge kann auf Verlangen sowohl des Auftragnehmers als auch des Auftraggebers ein neuer Preis vereinbart werden, wobei sich sowohl Mehr- als auch Minderkosten ergeben können. Der Regelfall besteht jedoch darin, dass sich geringere Kosten ergeben, da die Baustelleneinrichtung, d. h. Fixkosten, auf eine größere Menge umgelegt werden können.

Ausgangspunkt der Ermittlung des neuen Einheitspreises ist die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation, wobei auch hier gilt, guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis. Häufige Folge ist die Reduzierung des Einheitspreises aus den gerade dargelegten Gründen. Es kommt jedoch in Einzelfällen auch die Erhöhung eines Einheitspreises in Betracht, wenn sich z. B. durch die angeforderten Mengen die Transportwege erhöhen (z. B: Die ursprünglich vorgesehene Deponie kann wegen der deutlichen Erhöhung der Mengen der Erdstoffe nicht mehr genutzt werden. Es muss eine weiter entfernte Deponie herangezogen werden, wobei der Transportweg in dieser Form nicht kalkuliert wurde. Es ist in diesem Fall dezidiert die Kalkulation offen zu legen und es sind die einzelnen Preisansätze zu benennen, um auf dieser Basis den neuen Einheitspreis zu bilden.).

Durch Mengenmehrungen können Bauzeitverlängerungen eintreten, beispielsweise dann, wenn sich die Mengen derart erhöhen, dass allein die Ausführung der Mehrmengen zu einer Bauzeitverlängerung führt. Die Bauzeitverlängerung kann auch daraus resultieren, dass größere Materialmengen verwendet werden müssen und das Unternehmen auf der Basis der ausgeschriebenen Mengen Vorbestellungen getätigt hat. Hier sind Lieferfristen für manche Materialien von sechs bis zwölf Wochen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn spezielle Anfertigungen erfolgen müssen. Vor diesem Hintergrund können auch kostenmäßig überschaubare Erhöhungen der voraussichtlichen Vergütungssumme des Einheitspreisvertrages erhebliche Auswirkungen nach sich ziehen.

Eine Verlängerung der Bauzeit ist regelmäßig mit höheren Kosten verbunden. Die Bauzeit ist die wichtigste Komponente der Kalkulation, da sich Personal- und Baustellenkosten in erheblichem Umfang linear zur Bauzeit erhöhen. Hier sind die Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen. Dazu gehören beispielsweise Gerätekosten (Vorhaltekosten), Transportkosten, Baustelleneinrichtung (längere Vorhaltung der Container etc.), das vorgehaltene Personal etc. Ebenso können sich die allgemeinen Geschäftskosten erhöhen.

Folge einer Mengenüberschreitung ist damit, dass die Kosten der Bauzeitverlängerung, sofern sie durch die Mengenüberschreitung entstehen, mit in den neu zu vereinbarenden Einheitspreis eingerechnet werden müssen.

Sofern eine Bauzeitverlängerung die Folge einer Mengenerhöhung ist, sollte der Auftraggeber zwingend rechtzeitig schriftlich darauf hingewiesen werden, damit rechtzeitig etwaigen Verzugsansprüchen und Vertragsstrafenansprüchen des Auftraggebers entgegengewirkt werden kann.

Die Berücksichtigung dieser Kosten für eine etwaige Bauzeitverlängerung ist auch bei einer Vielzahl weiterer Störungen (§§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B insbesondere im Zusammenhang mit Behinderungsansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B) von erheblicher Bedeutung, da § 2 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 VOB/B für den Einheitspreisvertrag eine abschließende Aufzählung enthält. Sofern der Auftragnehmer diese Kosten hier nicht erfasst, kann er sie nicht ohne weiteres bei weiteren Behinderungsschäden nach § 6 Abs. 6 VOB/B abrechnen. Dies folgt u. a. daraus, dass § 2 Abs. 3 VOB/B einen Vergütungsanspruch darstellt und § 6 Abs. 6 VOB/B einen Schadensersatzanspruch.

### Unterschreitungen über 10%

Unterschreitungen über 10% haben sicherlich regelmäßig keine negativen Auswirkungen auf die Bauzeit, jedenfalls führen sie nicht zu einer Bauzeitverlängerung. Sie sind jedoch ggf. zu berücksichtigen. Hierzu gilt Folgendes:

Wenn anstelle der im Vertrag festgelegten Menge weniger als 90% ausgeführt wird, kann gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B ein neuer Einheitspreis vereinbart werden. Mengenunterschreitungen oberhalb 10% führen regelmäßig zu einer Erhöhung des Einheitspreises. Der Grund besteht darin, dass die benannten allgemeinen Geschäftskosten und Baustellengemeinkosten

bei Vertragsabschluss auf 100% der ausgeschriebenen Menge umgelegt wurden, so dass eine Mengenreduzierung dazu führt, dass die Baustellengemeinkosten und allgemeinen Geschäftskosten eine Unterdeckung aufweisen.

Voraussetzung ist jedoch, dass kein Ausgleich auf einem anderen Weg, z. B. Erhöhung anderer Ordnungspositionen, vorhanden ist. Dies können Mehrmengen, aber auch Nachträge sein d. h. auch Mengenunterschreitungen müssen wie im Fall von Mengenüberschreitungen bei der Abrechnung berücksichtigt werden.

### **Abweichungen +/- 10%**

Abweichungen +/- 10% lassen den vereinbarten Einheitspreis gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B unberührt. Dies bedeutet in Bezug auf das Bauvorhaben, dass allgemeine Geschäftskosten und Baustellengemeinkosten bei Abweichung +/- 10% linear erhöht (im Falle der Erhöhung bis 10%) bzw. linear reduziert werden (im Falle der Reduzierung bis 10%) und ansonsten keine weiteren Auswirkungen auf die Vergütung und auf die Umlage von allgemeinen Geschäftskosten und Baustellengemeinkosten haben.

### **Abgrenzung zu § 2 Abs. 5 VOB/B**

Bei Mehrmengen ist eine Abgrenzung zu § 2 Abs. 5 VOB/B notwendig. Dies resultiert daraus, dass § 2 Abs. 3 VOB/B nur dann Anwendung findet, wenn sich die Mehrmengen ohne Leistungsänderung (§ 2 Abs. 5 VOB/B) oder ohne beauftragte Zusatzleistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B) ergeben. Wenn die Mehrmengen ihre Ursache in einer Leistungsänderung haben (§ 2 Abs. 5 VOB/B), ist § 2 Abs. 5 VOB/B die speziellere Norm, d. h. die Abrechnung erfolgt nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Diese Differenzierung ist auch deswegen wichtig, da § 2 Abs. 3 VOB/B für Abweichungen +/- 10% keine Änderung des Einheitspreises vorsieht. Dem gegenüber kommt für weitere ausgeführte Mengen, die ihre Ursache in einer Leistungsänderung haben, von vornherein die Vereinbarung eines entsprechenden Preises gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ohne Begrenzung (+/-10%) zur Anwendung.

### **Wirksamer Formularausschluss von Preisanpassung gemäß VOB/B bei Mengenänderung im Einheitspreisvertrag**

Als individualvertragliche Vereinbarung kann zwischen den Parteien vereinbart werden, dass Mengenänderungen keine Änderungen des Einheitspreises nach sich ziehen. Die nachstehend benannte Klausel ist nach einer Entscheidung des BGH (NJW 1993 S. 2738) auch als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam:

»Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit und behalten auch dann ihre Gültigkeit, wenn Massenänderungen im Sinne § 2.3 VOB/B eintreten.«

Die Klausel ist deswegen wirksam, weil sie gleichermaßen für Herauf- als auch für Herabsetzungen von Einheitspreisen gilt. Zu beachten ist jedoch, dass kein Vergütungsanspruch besteht, sofern diese Klausel vereinbart wurde und ein Teil einer möglicherweise eingetretenen Bauzeitverlängerung auf eine Mengenerhöhung der vereinbarten Einheitspreispositionen zurückzuführen ist. Da die Klausel jedoch eine Abweichung von der VOB/B enthält, bedeutet die Vereinbarung, dass die VOB/B nicht mehr im Ganzen gilt und damit der Inhaltskontrolle der Regelung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) unterworfen ist.

Anders zu beurteilen ist die Frage, inwieweit dann ein vereinbarter Fertigstellungstermin verschoben wird bzw. Vertragsstrafenansprüche durch den Auftraggeber geltend gemacht werden. Auch in diesen Fällen sollte zwingend der Auftraggeber darauf hingewiesen werden, dass eine Bauzeitverlängerung Folge der Mengenmehrung ist, damit die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2, 4 VOB/B eingehalten werden.

### 3 Störungen des Bauablaufs durch Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B

#### 3.1 Allgemeines

Auch durch Leistungsänderungen gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B können Störungen des Bauablaufs eintreten, die Vergütungsfolgen (Mehrkosten aber auch Minderkosten) nach sich ziehen. Da hier der gestörte Bauablauf dargestellt werden soll, beschränken sich die nachstehenden Ausführungen im Wesentlichen auf die Mehrkosten, insbesondere im Hinblick auf eine Bauzeitverlängerung. Ausgangspunkt ist damit die Feststellung des Bau-Solls im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und dann die Fertigstellung des Bau-rls (die tatsächliche Bauausführung) und die sich daraus ergebenden Folgen aufgrund einer nach Vertragsabschluss durch den Auftraggeber ausgesprochenen Anordnung. Ganz entscheidend ist damit die Ermittlung des Bau-Solls. Dies ist häufig im Rahmen eines Einheitspreisvertrages, in dem die Leistungen in den Einheitspreispositionen enthalten sind, einfacher. Insbesondere können dann die Leistungen entsprechend der ausgeführten Menge nach den vereinbarten Einheitspreisen (vorbehaltlich der drei dargestellten Varianten nach § 2 Abs. 3 VOB/B) abgerechnet werden. Nebenleistungen gehören, anders als besondere Leistungen nach den DIN-Normen, auch ohne namentliche Erwähnung, zu dem geschuldeten Leistungsumfang. Im Falle der Vereinbarung eines Pauschalpreisvertrages ist die Bausollbestimmung häufig deutlich schwieriger. Sie muss jedoch Ausgangspunkt für die Frage sein, ob hier eine vergütungspflichtige Leistungsänderung vorliegt. Bei dem Abschluss eines Pauschalpreisvertrages ist zwischen einem Detailpauschalpreisvertrag (d. h. die Leistung ist eindeutig und detailliert beschrieben) und einem Globalpauschalpreisvertrag (funktionale Beschreibung der Leistung) zu unterscheiden. Häufig liegen Mischformen vor. Da hier der gestörte Bauablauf dargestellt werden soll, wird

davon abgesehen, die Einzelheiten zu den Pauschalpreisarten darzustellen. Die Feststellung ist jedoch Grundvoraussetzung für die Bestimmung des Bau-Solls und mithin auch für die Frage einer Leistungsänderung oder, wie nachstehend noch darzustellen sein wird, die Frage, ob Zusatzleistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B vorliegen.

§ 2 Abs. 5 VOB/B gilt unmittelbar für den Einheitspreisvertrag und über § 2 Abs. 7 VOB/B auch für den Pauschalpreisvertrag. Für den Pauschalpreisvertrag sind in § 2 Abs. 7 VOB/B zudem unterschiedliche Varianten geregelt:

- Wird eine Pauschalsumme vereinbart, so bleibt grundsätzlich die Vergütung gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 1 VOB/B unverändert.
- Weicht hingegen die ausgeführte Leistung so gravierend von der vertraglich vorgesehenen Leistung ab, so dass der Bestand der Pauschalsumme nicht mehr zumutbar ist (§ 313 BGB), kann auf Verlangen unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten ein Ausgleich gewährt werden (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Dies betrifft den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wobei erhebliche Abweichungen notwendig sind.
- Des Weiteren ist in § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B geregelt, dass die §§ 2 Abs. 5 VOB/B und 2 Abs. 6 VOB/B von den beiden vorstehend dargestellten Varianten unberührt bleiben, d. h. Zusatzleistungen und Leistungsänderung sind auch bei einem Pauschalpreisvertrag nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B abzurechnen.
- Ebenso wird in § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B klargestellt, dass der Fall einer Teilkündigung in § 2 Abs. 4 VOB/B auch für den Pauschalpreisvertrag gilt.
- Schließlich gilt § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B auch für vereinbarte Teilpauschalen bei einem Einheitspreisvertrag.

Es bleibt damit festzuhalten, dass § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B auch für den Pauschalpreisvertrag gelten.

Die nachstehenden Ausführungen gelten gleichermaßen unabhängig von der Vertragsart, d. h. ob ein Einheitspreisvertrag oder aber ein Pauschalpreisvertrag vorliegt.

Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 VOB/B im Falle der Leistungsänderung sind:

- Änderungen des Bauentwurfs oder sonstige Anordnungen des Auftraggebers
- Durch die Leistungsänderung müssen die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden.
- Nach Möglichkeit soll vor Ausführung ein neuer Preis unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten vereinbart werden. Die Einzelheiten werden nachstehend dargestellt.

Leistungsänderungen können Auswirkungen auf die Bauzeit haben, weil die geänderte Leistung beispielsweise einen weitergehenden Ausführungszeitraum einnimmt als die ursprüng-

lich im Vertrag vorgesehene Leistung. Eine Leistungsänderung kann aber auch darin bestehen, dass der Auftraggeber eine Verschiebung der Bauzeit in eine andere Jahreszeit, z. B. Winterzeit, anordnet. Ebenso kann die Leistungsänderung darin bestehen, dass eine Beschleunigungsanordnung durch den Auftraggeber erfolgt, weil andere Störungen andernfalls zu einer Verlängerung der Bauzeit führen würden. All diese Leistungsänderungen sind vergütungspflichtige Leistungen, und zwar vertragliche Ansprüche, die durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer zu ersetzen sind, anders als bei § 6 Abs. 6 VOB/B.

Hierbei handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch. In der Praxis macht gerade die Abgrenzung zwischen Vergütungsansprüchen nach § 2 Abs. 5 VOB/B und Ansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B Schwierigkeiten. Da die Darstellung von Behinderungsschäden nach § 6 Abs. 6 VOB/B deutlich schwieriger ist als die Darstellung eines Anspruchs nach § 2 Abs. 5 VOB/B, versucht auch eine Vielzahl der Sachverständigen, die sich speziell mit dem gestörten Bauablauf beschäftigen, Ansprüche anstatt nach § 6 Abs. 6 VOB/B nach § 2 Abs. 5 VOB/B darzustellen. Die Folge ist, dass auf der Basis dieser Gutachten keine Ansprüche durchgesetzt werden können. Gerade die Abgrenzung, wann tatsächlich eine Anordnung des Auftraggebers zur Verschiebung der Bauzeit anstelle einer Behinderung vorliegt, scheint in der Praxis häufig problematisch zu sein.

Unter Berücksichtigung der bereits angerissenen Schwierigkeiten zur Darstellung von Behinderungsschäden versuchen sehr viele Sachverständige und Anwälte, diese Ansprüche über § 2 Abs. 5 VOB/B auf der Grundlage einer angeblichen Anordnung zur Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit zu subsumieren. Die Folge ist die bereits dargestellte, d. h. die Ansprüche sind nicht substantiiert dargestellt. Eine Vielzahl von Prozessen geht deswegen verloren.

## 3.2 Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B

### 3.2.1 Im Vertrag vorgesehene Leistung

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 VOB/B ist, dass eine im Vertrag vorgesehene Leistung nach Vertragsabschluss durch eine Anordnung oder eine Änderung des Bauentwurfs durch den Auftraggeber geändert wird, d. h. der ursprüngliche Leistungsinhalt wird durch eine Anordnung des Bauherrn geändert. Geändert werden können das Material, die Geräte oder der Personaleinsatz. Der klassische Fall ist, dass der technische Leistungsinhalt geändert wird.

### 3.2.2 Änderung des Bauentwurfs oder sonstige Anordnungen des Auftraggebers

Weitere Voraussetzung für § 2 Abs. 5 VOB/B ist, dass eine Änderung des Bauentwurfs erfolgt oder aber eine Anordnung des Auftraggebers, gleich welcher Art, die Grundlage der Leistungsänderung ist. Kurz skizziert können dies z. B. sein:

- Planungsänderungen
- vorgegebene Ausführungsänderungen
- Einflussnahme des Auftraggebers auf das Wahlrecht des Auftragnehmers hinsichtlich unterschiedlicher Ausführungsmöglichkeit (kann auch ein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B sein)
- Anordnung des Auftraggebers, das Bauvorhaben zu einem anderen Zeitpunkt, möglicherweise verschoben in die Winterzeit, auszuführen
- Es kann auch eine Beschleunigungsanordnung des Auftraggebers vorliegen, wonach eingetretene, vom Auftraggeber zu vertretene Verzögerungen durch eine Beschleunigung aufgefangen werden sollen, damit das Bauvorhaben innerhalb der ursprünglich vereinbarten Frist oder einer zumindest kürzeren Frist, als sich nach den Störungen ergeben würde, auszuführen ist.

Voraussetzung ist damit, dass der Auftraggeber durch ein ihm zurechenbares Verhalten auf die Bauausführung in der Form einwirkt, dass der Leistungsinhalt (technischer Inhalt, Material, Geräte, Ausführungsdauer etc.) geändert wird. Bloße Erschwernisse, die sich während der Bauausführung zeigen und die ohne Einwirkung des Auftraggebers entstanden sind, stellen keine Anordnung dar (OLG Düsseldorf, BauR 1991 S. 774; LG Aachen, BauR 1986 S. 698; KG, BauR 2000 S. 575–578). Ebenso wenig liegt eine Anordnung bzw. Leistungsänderung vor, wenn die geänderte Leistung bei einem Pauschalpreisvertrag von vornherein notwendig war, um das Leistungsziel zu erfüllen (BGH, BauR 1992 S. 759).

In dem gerade benannten Fall des BGH ging es um eine Wasserhaltung. Im Vertrag war keine bestimmte Art der Wasserhaltung vorgesehen, sondern nur pauschal darauf verwiesen, dass eine Wasserhaltung notwendig ist. Der Auftragnehmer ging von einer wirtschaftlich günstigeren offenen Wasserhaltung aus, die letztlich jedoch nicht durchgeführt werden konnte. Es bedurfte einer geschlossenen und damit deutlich teureren Wasserhaltung. Hier wurde eine Anordnung durch den BGH (BauR 1992 S. 759) verneint. Insbesondere ist auch zu berücksichtigen, dass den Auftragnehmer ggf. vor Abgabe seines Angebotes zumindest eine Obliegenheit trifft, sich nach den Einzelheiten der geplanten Bauausführung vor Ort zu erkundigen, wenn er aus den Vertragsgrundlagen (z. B. Leistungsverzeichnis, Leistungsbeschreibung, sonstige Planunterlagen oder Vertragsgrundlagen) für die Kalkulation notwendige Eckdaten nicht entnehmen kann (KG, BauR 2000 S. 575–578). Auch hier ist zu überprüfen, ob die notwendige Leistungsänderung nicht von vornherein vertragsgegenständlich war, weil der geschuldete Erfolg eben nicht ohne die Leistungsänderung zu erreichen war (BGH,

NJW-RR 1992 S. 1046; KG, BauR 2000 S. 575–578). Erforderlich bleibt, dass die Leistungsänderung einem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen ist (OLG Düsseldorf, BauR 1991 S. 774; KG, BauR 2000 S. 575–578).

Auch steht der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 VOB/B nicht entgegen, wenn die ursprünglich im Vertrag vorgesehene Ausführung begonnen wurde, bevor das Änderungsverlangen durch den Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B geltend gemacht worden ist. Hier ist jedoch zu prüfen, wer für die ggf. nicht notwendige begonnene, ursprüngliche Leistung die Vergütung trägt. Dies dürfte regelmäßig der Auftraggeber sein. Sollte jedoch die ursprüngliche Variante nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, spricht viel für die Mangelhaftigkeit. Wenn der Auftragnehmer seiner Bedenkenhinweispflicht gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B nicht nachgekommen ist, bleibt er möglicherweise auf den Kosten für diese begonnene Ausführung sitzen (OLG Nürnberg, BauR 2001 S. 409–412).

Ein Anspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist auch dann nicht gegeben, wenn der Auftragnehmer die in der Bauausführung erkannten Erschwernisse bereits bei Vertragsabschluss anhand der Vertragsunterlagen erkennen konnte (KG, IBR 2000 S. 222).

Eine leistungsändernde Anordnung des Auftraggebers ist insbesondere nicht darin zu sehen, wenn dieser während der Bauausführung darauf verweist, dass die vom Auftragnehmer beabsichtigte Ausführungsvariante nicht vertragsgerecht sei. In einem vom Landgericht Magdeburg (Entscheidung vom 22.10.2002/Az.: 9 O 1419/01) entschiedenen Fall war die Tondichtung einer Kanalsohle ausgeschrieben; während der Bauausführung wollte der Auftragnehmer eine nicht vertragsgerechte Variante ausführen. Darauf hat der Auftraggeber hingewiesen. Hierin ist keine Leistungsänderung zu sehen.

§ 2 Abs. 5 VOB/B setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber den Leistungsinhalt eindeutig ändert. Dies kann, wie bereits dargestellt, sowohl ausdrücklich aber auch konkludent erfolgen. Die Tatsache, dass der Architekt des Bauherrn sich mit einer vorgeschlagenen Änderung der Ausführungsform durch den Auftragnehmer einverstanden erklärt, reicht für eine Anordnung nicht aus (OLG Karlsruhe, IBR 2006 S. 81).

### 3.2.3 Rechtsprechungsbeispiele

Die nachfolgenden Rechtsprechungsbeispiele sollen einen Überblick vermitteln, wann eine Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegt bzw. in Abgrenzung dazu, wann sie von der Rechtsprechung abgelehnt wurde:

- Bloße Erschwernisse, die völlig ohne Einflussnahme des Auftraggebers eintreten, stellen keine Leistungsänderung dar, wie z. B. eine erschwerte Ausführung in Folge einer Bodenbeschaffenheit (vgl. Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 2 Abs. 5 Rn. 11). Wenn demgegenüber in den Vertragsgrundlagen von einer anderen Bodenbeschaffenheit ausgegangen

wurde, als tatsächlich vorgefunden wird, ist durchaus Raum für § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B.

- Wenn der Auftraggeber nach vorausgegangenen Streitigkeiten, die die Parteien nicht einvernehmlich beendet haben, einen anderen derartigen Fertigstellungstermin hinnimmt, bedeutet dies nicht, dass er auf den ursprünglichen Fertigstellungstermin bzw. die Fertigstellungsfrist verzichtet (BGH, BauR 2012 S. 949–951).
- Kein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer annimmt, den Erdstoff der Klasse 3 als Kies oder Füllkies verkaufen zu können und sich diese Annahme nach Vertragsabschluss und während der Bauausführung als unzutreffend herausstellt (OLG Düsseldorf, BauR 1991 S. 337).
- Ebenfalls kein Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B liegt vor, wenn eine ausgeschriebene Bodenklasse nicht durchgängig vorgefunden wurde und sich dies letztlich aus dem Baugrundgutachten ergibt, auf das im Leistungsverzeichnis Bezug genommen worden ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit der Einsichtnahme hat und hiervon keinen Gebrauch gemacht hat (OLG Düsseldorf, BauR 1991 S. 743; NJW-RR 1999 S. 1566).
- Sofern die Straßenverkehrsbehörde eine vom ursprünglich vertraglich vorgesehenen Leistungsumfang abweichende Verkehrsführung anordnet und dadurch Mehrmengen bei verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses entstehen, liegt ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vor (OLG Düsseldorf, BauR 1996 S. 267 ff.).
- Wenn in den Vertragsgrundlagen zunächst die Verlegung einfacher Betonpflastersteine vereinbart ist und nach Vertragsabschluss die Verwendung von Pflastersteinen mit Granitvorsatz vorgegeben wird, liegt ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vor (OLG Karlsruhe, BauR 2006 S. 1946).
- Das OLG Koblenz (BauR 2006 S. 852–854) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Abgrenzung zwischen § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 3 VOB/B ging. Grundlage war, dass nach den Vertragsgrundlagen davon auszugehen war, dass zur Erreichung eines tragfähigen Bodens ca. 22 000 m<sup>2</sup> abzutragen waren. Tatsächlich mussten dann jedoch zur Erreichung der Tragfähigkeit des Bodens mehr als 31 000 m<sup>3</sup> abgetragen werden. Das OLG Koblenz (BauR 2006 S. 852–854) hat einen Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B angenommen, weil sich der Leistungsinhalt geändert hat.
- Ein Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B demgegenüber scheidet aus, wenn die tatsächlich vorgefundenen Bodenverhältnisse letztlich aus dem vorliegenden Baugrundgutachten erkennbar, zumindest aber vorhersehbar waren (OLG Düsseldorf, BauR 2002 S. 1853–1855).
- Wenn sich demgegenüber nach Vertragsabschluss die Kalkulationsgrundlagen ändern, z. B. dadurch, dass entgegen den vertragsgegenständlichen Statikunterlagen ein breiteres Fundament ausgeführt werden muss, liegt ein Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B vor (OLG Köln, IBR 2002 S. 2, 7; nachgehend BGH, Beschluss vom 08.11.2001, Az.: VII ZR 450/00, Nichtannahmebeschluss).

- Wenn bei dem Verfüllen von so genannten Bodennägeln im Verhältnis zu dem vertraglich ausgeschriebenen ein Vielfaches an Material verwendet werden muss, weil unerwartet große Klüfte vorliegen, ist ein Fall nach § 2 Abs. 3 VOB/B gegeben und § 2 Abs. 5 VOB/B nicht einschlägig. Das gilt zumindest insoweit, als dass nach dem Bodengutachten mit Klüften zu rechnen war (OLG Stuttgart, IBR 2002 S. 3; nachgehend BGH, Beschluss vom 25.10.2001, Az.: VII ZR 145/00, Nichtannahmebeschluss).
- Bei einem Einheitspreisvertrag muss der Auftragnehmer zumindest bei dem Abbruch einer Brücke ohne einen ausdrücklichen Hinweis in der Leistungsbeschreibung nicht davon ausgehen, dass der vereinbarte Einheitspreis auch die gesonderte Trennung und Entsorgung einer verlorenen Holzschalung in den Verdrängungskörpern im Brückenbau umfassen soll. Es liegt ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vor (OLG Zweibrücken, IBR 2000 S. 416).
- Wenn der Auftraggeber in einem geänderten, neuen Leistungsverzeichnis während der Bauausführung die zwischenzeitlich ebenfalls geänderten Herstellervorgaben für die Fugenbildung berücksichtigt, ist ein Fall gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B gegeben. In dem beschriebenen Fall ist zum einen der Fugenverguss entfallen, so dass insoweit Minderkosten zu berücksichtigen sind. Zum anderen musste die Herstellung der Anschlüsse mittels schmelzbarer Fugenbänder erfolgen, so dass Mehrkosten die Folge waren. Es war damit entsprechend § 2 Abs. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der entstehenden Mehr- und Minderkosten ein neuer Preis zu vereinbaren (OLG Düsseldorf (Entscheidung vom 01.04.1992, Az.: 19 U 33/91).
- Wenn in der Ausschreibung eine falsche Bodenklasse angegeben wurde als tatsächlich ausgeführt werden muss, liegt ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vor (Nicklisch/Weick, VOB/B, § 2, Rn. 65 und 62; Beck'scher VOB/B-Kommentar, § 2 Abs. 5 Rn. 45 und 46; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 2 VOB/B, Rn. 113 und 135).

### 3.2.4 Rechtsprechungsbeispiele zur Anordnung

Die nachfolgenden Rechtsprechungsbeispiele dienen zur Verdeutlichung, wann von einer Anordnung auszugehen ist und wann eine Anordnung des Auftraggebers fehlt:

- Wenn sich nach den Vertragsgrundlagen eindeutig die Risikozuweisung an den Auftragnehmer für das Vorhandensein von kontaminiertem Material findet, kann er die Mehrkosten für die Entfernung des kontaminierten Materials nicht nach § 2 Abs. 5 VOB/B geltend machen, weil es an einer Anordnung fehlt. Es handelt sich um eine vertragsgegenständliche Leistung (KG, BauR 2006 S. 836–842).
- Wenn ein Auftragnehmer wegen Abweichen vorgefundener Bodenverhältnisse ein Nachtragsangebot einreicht und der Auftraggeber zwar mitteilt, dass er davon ausgeht, dass dieses vertragsgegenständlich sei, gleichzeitig wegen der geänderten Leistung jedoch die Weiterarbeit fordert, trifft er eine Änderungsanordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B

(OLG Dresden, IBR 2006 S. 127; nachgehend BGH, Beschluss vom 12.01.2006, Az.: VII ZR 2/05, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

- Wenn sich das Baugrundrisiko dahingehend verwirklicht, dass während der Ausführung von Tiefbauarbeiten ein Bagger im Erdreich einsinkt und beschädigt wird, kann der Auftragnehmer keine Mehrkosten gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B geltend machen. In Betracht kommt allenfalls ein Schadensersatzanspruch (OLG Zweibrücken 2005 S. 73–76).
- Eine konkludente Anordnung des Auftraggebers kann darin bestehen, dass er den Auftragnehmer trotz der erschweren Ausführungsbedingungen zur Weiterarbeit anhält. Im entschiedenen Fall ging es um die Fahrbahnerneuerung auf einer Brücke, auf der ein ungewöhnlich unebener Betonuntergrund vorgefunden wurde, so dass ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B gegeben war. Das Gleiche gilt für die Änderung der Verkehrsführungsbedingungen (OLGR Köln 2004 S. 92–96).

### 3.3 Beschleunigungsanordnung

Die Beschleunigungsanordnung ist ebenfalls ein Fall der Anordnung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Sie ist gegeben, wenn der Auftraggeber wegen eingetretener Störungen, die aus seiner Sphäre oder aus der Sphäre eines Dritten stammen, die dadurch bedingte Zeitverzögerung durch eine beschleunigte Ausführung des Bauvorhabens ausgleichen möchte. Er kann im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B den Auftragnehmer (Ausnahme Unzumutbarkeit) auffordern, das Bauvorhaben im Rahmen der technischen Möglichkeiten beschleunigt fertig zu stellen, um die durch die eingetretenen Störungen zu erwartende Bauzeitverlängerung gänzlich auszuschließen oder zumindest zum Teil auszugleichen. Liegt eine klassische Beschleunigungsanordnung vor, sollte der Auftragnehmer vor Ausführung eine Beschleunigungsvergütung vereinbaren. Da es sich in diesem Fall um einen klassischen Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B handelt, kann die vereinbarte Beschleunigungsvergütung im Rahmen der Abschlagszahlungen gemäß § 16 VOB/B geltend gemacht werden (OLG Köln, BauR 2006 S. 1143–1147). Die Leistungsänderung besteht in diesem Fall darin, dass Grundlage des Vertrages und der Kalkulation eine bestimmte Bauzeit ist und damit auch ein bestimmter technologischer Ablauf. Wenn durch äußere Umstände dieser Bauablauf gestört wird, ist die regelmäßige Folge u. a. die Bauzeitverlängerung. Diese Bauzeitverlängerung soll durch eine Beschleunigungsanordnung zumindest weitestgehend kompensiert werden.

Bei der Vereinbarung einer Beschleunigungsvergütung sollten sowohl die Preise als auch die Eckdaten der zusätzlich auszuführenden Leistungen dezidiert vereinbart werden, um Streitpotenzial zu vermeiden. Es sollte auch festgehalten werden – vorausgesetzt es treten keine weiteren Störungen ein – bis zu welchem Zeitpunkt die beschleunigte Leistung fertig zu stellen ist, d. h. es sollten Fertigstellungsfristen vereinbart werden. Wird es versäumt, Fertigstellungsfristen zu vereinbaren und wird nur die Beschleunigungsvergütung zwischen den

Parteien vereinbart, hat der Auftragnehmer zumindest dann Anspruch auf die Beschleunigungsvergütung, wenn er nachweisen kann, dass er seine Leistungen tatsächlich beschleunigt hat und in welcher Form dies geschah. (OLG Köln, BauR 2006 S. 1143–1147). In derartig gelagerten Fällen dürfte es jedoch deutlich schwieriger sein nachzuweisen, dass die Beschleunigungsvergütung in vollem Umfang berechtigt ist, da der Bezugsmaßstab im Unklaren bleibt. Hier sollten Rechtsunsicherheiten vermieden werden, und zwar im Interesse beider Parteien. Der Auftraggeber dürfte ein nachhaltiges Interesse daran haben, zu wissen, wann die Leistung unter Berücksichtigung der vereinbarten Beschleunigungsanordnung fertig gestellt wird. Das gleiche Interesse sollte der Auftragnehmer haben.

Von den Fällen der Beschleunigungsanordnung, die in der Praxis selten sind, sind die Fälle abzugrenzen, in denen aus Sicht des Auftraggebers ein Verzug eingetreten ist und er den Auftragnehmer auch mit der Begründung des aus seiner Sicht eingetretenen Verzuges zur Beschleunigung auffordert. Dies kann beispielsweise nach § 5 Abs. 3 VOB/B der Fall sein, wenn er den Auftragnehmer auffordert, die Baustelle mit ausreichend Personal zu besetzen. In diesen Fällen ist nicht von einer Beschleunigungsanordnung, sondern von einem Verzugs schreiben und einer Mahnung auszugehen (OLG Schleswig, IBR 2007 S. 359).

Unter Berücksichtigung der erheblichen Probleme bei der Darstellung eines gestörten Bauablaufs greifen sowohl Sachverständige als auch Anwälte häufig dazu, dass sie bewusst Verzugsschreiben als Beschleunigungsanordnung auslegen, um bestimmte Kostenansätze geltend machen zu können, für die es bei der Geltendmachung gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B an den notwendigen Voraussetzungen, z. B. Behinderungsanzeige oder Verschulden, fehlt. Des Weiteren ist die Darstellung eines Anspruchs nach § 2 Abs. 5 VOB/B im Verhältnis zu einem Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B deutlich einfacher, da es sich um einen vertraglichen Anspruch handelt und anders als bei Ansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B weder Behinderungsanzeigen vorliegen noch nachweisbare Belege für entstandene Schäden übergeben und dargestellt werden müssen. Dieser Versuch scheitert jedoch regelmäßig, da sich die Auftraggeber auf dieser Basis häufig außergerichtlich nicht verständigen. Für den Fall eines Gerichtsverfahrens wird nicht nur der gegnerische Anwalt, sondern auch das Gericht darauf hinweisen, dass ein Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B vorliegt und die Voraussetzungen nicht substantiiert dargestellt und vorgetragen wurden.

Eine Beschleunigungsanordnung ist damit in der Praxis der Ausnahmefall. Sofern eine Beschleunigungsanordnung erfolgt, sollten die Parteien Folgendes berücksichtigen und schriftlich dokumentieren:

- Was ist Gegenstand der Beschleunigung, d. h. soll innerhalb bestimmter Fristen das Bauvorhaben trotz eingetretener Störung fertig gestellt werden? Diese Fristen sollten schriftlich dokumentiert werden.
- Die einzelnen Preisansätze, d. h. die Zusammensetzung der Beschleunigungsvergütung, sollten sich aus dem Nachtrag ergeben, damit für den Fall, dass weitere Störungen auf-

treten, hier eine Abgrenzung der Maßnahmen oder entstandenen Schäden (Abgrenzung zu § 6 Abs. 6 VOB/B) möglich wird. Andernfalls droht die Gefahr, dass kein Anspruch, d. h. weder der Anspruch auf die Beschleunigungsvergütung noch später auf einen Schaden nach § 6 Abs. 6 VOB/B, der hinzutreten könnte, ausreichend substantiiert dargestellt werden kann oder aber zumindest Teile der Ansprüche nicht durchgesetzt werden können.

- Die Leistungen sollten zumindest nach den Eckdaten dargestellt werden, d. h. ob Personal aufgestockt wird oder aber ein erhöhter Materialeinsatz oder möglicherweise ein Mehrschichtbetrieb ausgeführt wird, d. h. die Leistungsinhalte der Beschleunigungsvereinbarung sollten so aufgebaut werden, dass sie im Prozessfall im Hinblick auf die ausgeführten Leistungen durch einen Dritten überprüft werden können.
- Zur Vermeidung eines weiteren Streitpotenzials sollte auch hier sichergestellt werden, dass deziert dokumentiert wird, welche Leistungen der Beschleunigungsvereinbarung in welchen Zeiträumen ausgeführt werden. Dies könnte insbesondere auch anhand des Bauagebuchs erfolgen, wenn die Maßnahmen dort detailliert beschrieben werden.

### 3.4 Verschiebung des Ausführungszeitraums

Auch die vom Bauherrn verlangte Verschiebung des Ausführungszeitraums kann eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B mit den sich daraus ergebenen Folgen sein.

Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn ursprünglich das Bauvorhaben Anfang April beginnen und die Bauzeit zwölf Monate betragen sollte. Wird der Ausführungsbeginn von Anfang April auf Anfang November verlegt, dann wird die Bauzeit in die Winterzeit verschoben. Die Verschiebung der Bauzeit in die Winterzeit ist auch der klassischste Fall der Anordnung im Hinblick auf den Ausführungszeitraum durch den Auftraggeber. Auch hier ist zu beachten, dass die Fälle, in denen von außen oder auch möglicherweise aus der Sphäre des Auftraggebers hindernde Umstände eintreten, die dazu führen, dass das Bauvorhaben anstelle von Anfang April erst Anfang November begonnen werden kann, keine Anordnung darstellen. Hier ist jeweilig zu prüfen, ob hier tatsächlich eine Anordnung des Auftraggebers vorliegt.

In diesen Fällen werden häufig Störungen, insbesondere auch Behinderungen, herangezogen, und es wird dann der Versuch unternommen, ohne Anordnung einen Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu konstruieren. Dieser Versuch schlägt regelmäßig fehl, da dann, wenn § 6 Abs. 6 VOB/B einschlägig ist und damit ein Schadensersatzanspruch einzig denkbare Grundlage ist, auch auf dieser Basis abgerechnet werden muss.

Durch die Verschiebung des Ausführungsbeginns bzw. des Ausführungszeitraums, ob nun zu Anfang oder während des Bauvorhabens in die Winterzeit, können erhebliche Mehrkosten entstehen, die die Ausführung deutlich verteuern können. Das Gleiche kann für die eingesetzten Materialien (z. B. Warmbeton/Baustellenbeheizung) entstehen.

Wenn der Auftraggeber bedingt durch Planungsänderungen ausdrücklich einen späteren Baubeginn als den vereinbarten Baubeginn anordnet, dann liegt ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B

vor (OLG Düsseldorf, BauR 1995 S. 706–708). Wenn bedingt durch Planungsänderungen wiederum der Auftragnehmer seine Leistungen zunächst nicht beginnen kann, ohne dass eine Anordnung des Auftraggebers erfolgt, findet ggf. § 6 Abs. 6 VOB/B Anwendung.

Bei einer Verzögerung des Zuschlags im Rahmen eines Vergabeverfahrens sind unterschiedliche Fälle zu differenzieren:

- Eine mehrkostenauslösende Bauzeitverlängerung liegt nicht vor, wenn im Rahmen eines modifizierten Zuschlags (Umfang und Preis) des Auftraggebers auch die Bauzeit geändert worden ist und der Zuschlag, der gemäß § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot gilt, vom Auftragnehmer angenommen wird. In diesem Fall liegt eine Vereinbarung zwischen den Parteien auch über die Bauzeitveränderung vor, so dass dem Auftragnehmer kein Anspruch auf eine Mehrkostenerstattung zusteht (BGH, BauR 2012 S. 939–942).
- Anders liegt der Fall, wenn mit den Ausführungen der Arbeiten z.B. 14 Tage nach Zuschlagserteilung begonnen werden soll (BGH Urteil vom 08.03.2012–VII ZR 202/09) und sich der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit einer mehrmaligen Verlängerung der Bindefrist einverstanden erklärt. Wenn dann im Anschluss der Zuschlag erteilt wird und die Ausführung durch einen Nachunternehmer erfolgen sollte, der dann in der Folgezeit einer Verlängerung der Bindefrist abgelehnt hat, und der Auftragnehmer diesen Nachunternehmer dann zu höheren Preisen beauftragen muss, liegt ein Fall des § 2 Nr. 5 VOB/B vor. Der BGH (BauR 2012 S. 939–942) stellt klar, dass die Nachunternehmer-Mehrkosten hier in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B zu begleichen sind, da nicht nur eine Vergabeverzögerung vorliegt, sondern diese zugleich zu einer Verschiebung des Ausführungszeitraums führt und diese nun wiederum ursächlich für die Mehrkosten des Auftragnehmers sind, da der Nachunternehmer nur noch zu höheren Kosten ausführt. Die erstattungsfähigen Mehrkosten ermitteln sich dahingehend, dass man die Differenz der Kosten, die dem Auftragnehmer bei Ausführung der Leistung im ausgeschriebenen Zeitraum entstanden werden und denjenigen Kosten, die ihm nun im verschobenen Ausführungszeitraum tatsächlich entstanden sind, errechnet. Die Kosten, die dem Auftragnehmer im ausgeschriebenen Zeitraum entstanden wären, beurteilen sich grundsätzlich nach den Marktpreisen oder vorrangig, sofern der Auftragnehmer, wie im vorliegenden Fall, schlüssig darlegen kann, dass er die Nachunternehmerleistungen zu einem anderen (günstigeren) Preis einkaufen konnte, nach diesem.
- Der BGH (BGH, BauR 2009 S. 1901–1908) geht bei einer Zuschlagsverzögerung grundsätzlich davon aus, dass die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B nur dann anwendbar sind, wenn die verzögerte Vergabe »eine Änderung der Leistungspflichten zur Folge hat«. Der Auftragnehmer kann sich jedoch nicht allein darauf stützen, dass ihm ein Anspruch deswegen zusteht, dass durch die verspätete Zuschlagserteilung eine Änderung der Kalkulationsgrundlagen stattgefunden haben soll. Voraussetzung für einen Anspruch ist insoweit

auch, dass die durch die verspätete Vergabe resultierende Bauzeitverschiebung ursächlich ist für die behaupteten Mehrkosten (BGH, BauR 2009 S. 1901–1908).

### 3.5 Auswirkungen der Leistungsänderung auf die Bauzeit

Leistungsänderungen gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B haben häufig Auswirkungen auf die Bauzeit, was man sich anhand einfacher Beispiele einfach vorstellen kann. Wenn bedingt durch die Leistungsänderung anstatt von 10 000 m<sup>3</sup> Erdaushub 100 000 m<sup>3</sup> Erdaushub abtransportiert werden muss, so ist die Ausführungszeit durch die leistungsänderungsbedingte Mehrmenge zu berücksichtigen und kann je nach Vertragsgestaltung (Vertrag auf den Erdaushub beschränkt oder aber Generalunternehmervertrag mit einer Vielzahl von Bauleistungen) zu erheblichen Auswirkungen auf die Bauzeit führen.

Dasselbe gilt für den Fall, dass ein Materialwechsel vorgenommen wird und das nach der Leistungsänderung auszuführende Material z. B. Bestellfristen von drei Monaten hat. Folgt dieser Materialwechsel kurz vor dem ursprünglich angedachten Ausführungstermin, kann hier durch einen Materialwechsel bedingt eine Ausführungsverzögerung von drei Monaten entstehen, soweit währenddessen keine anderen Arbeiten ausgeführt werden können. D. h. für die Frage, welche Auswirkungen welche Leistungsänderung auf den Bauablauf hat, ist immer die Frage von Bedeutung, ob hier ein Gesamtauftrag vorliegt oder nur ein Teilauftrag für das Gewerk, und selbst wenn nur ein Teilauftrag für das Gewerk vorliegt, welche technologischen Abhängigkeiten zu allen übrigen Gewerken bestehen. Die Frage, inwieweit eine Bauzeitverlängerung eintritt, kann damit nie losgelöst von dem Einzelfall betrachtet werden, insbesondere im Hinblick auf die technologischen und zeitlichen Gegebenheiten. Sollte der Materialwechsel zu Beginn des Bauvorhabens in den ersten zwei Monaten erfolgen und soll das geänderte Material erst im zehnten Monat ausgeführt werden, resultiert durch den Materialwechsel, d. h. die Leistungsänderung, gar keine Auswirkung auf den Bauablauf. D. h. es ist in jedem Fall zu prüfen, wann welche Anordnung erfolgte und zu welchen vergütungsrechtlichen Folgen sie führt.

Diese Auswirkungen der Leistungsänderung auf die Bauzeit sollten zwingend vom Auftragnehmer dem Auftraggeber mitgeteilt werden, damit dieser sich bewusst wird, zu welchen auch finanziellen Auswirkungen die Leistungsänderung führt. Dies betrifft nicht nur die Frage der zu vergütenden Leistungsänderung, sondern auch die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Auftraggeber möglicherweise dem Enderwerber das Objekt übergeben muss.

Insbesondere muss bei der Frage der Nachtragseinreichung nicht nur auf die Bauzeitverlängerung verwiesen werden, sondern es müssen auch die Kosten, die für die Bauzeitverlängerung entstehen, in den Nachtrag eingerechnet werden. Der Verweis darauf, dass durch die Leistungsänderung, d. h. den Nachtrag, eine Bauzeitverlängerung eintritt, ist für einen Bauzeitverlängerungsanspruch nach § 6 Abs. 4 VOB/B von Bedeutung. In der Praxis wird dieser Hinweis jedoch häufig übersehen.

### 3.6 Preisvereinbarung/Vergütung

Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B soll vor Ausführung ein neuer Preis vereinbart werden. Es handelt sich damit bei § 2 Abs. 5 VOB/B um eine Sollvorschrift, d. h. wenn vor Ausführung kein neuer Preis vereinbart wird, ändert dies nichts an der Möglichkeit, Mehr- bzw. Minderkosten geltend zu machen. Es bedarf, anders als bei § 2 Abs. 6 VOB/B, keiner Mehrkostenanzeige.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheiten vorgebeugt werden sollte. Hier bestehen insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B, wo ein Mehrkostenhinweis vor Auftragsausführung notwendig ist. Um diesen Rechtsunsicherheiten zu begegnen, sollte auf jeden Fall schriftlich vor Ausführung der Leistungsänderung ein Mehrkostenhinweis erfolgen.

Dessen ungeachtet sollte dieser auch aus weiteren Gründen erfolgen, und zwar insbesondere zunächst deswegen, damit dem Auftraggeber vor Augen geführt wird, zu welchen finanziellen Folgen seine Anordnung der Leistungsänderung führt. In der Praxis kommt häufig der Fall vor, dass dem Auftraggeber die Kosten für die Leistungsänderung sehr spät mitgeteilt werden und er dann, wenn er feststellt, wie teuer die Leistung wird, nicht bereit ist, diese zu bezahlen. Im eigenen Interesse sollte der Auftragnehmer damit vor Ausführung – auch wenn dies nicht nach § 2 Abs. 5 VOB/B vorgeschrieben ist – den Auftraggeber auf die entstehenden Kosten hinweisen, damit er zu diesem Zeitpunkt die Entscheidung treffen kann, ob er diese Leistungsänderung tatsächlich ausführt oder ob es bei der ursprünglich ausgeführten Leistung verbleibt oder er zu einer anderen Leistungsänderung übergehen möchte.

Im Interesse aller am Bau Beteiligten sollte darauf geachtet werden, dass vor Ausführung der Leistungsänderung dem Bauauftraggeber die Mehrkosten mitgeteilt werden und nach Möglichkeit in allen Vertragsketten bereits eine Einigung zumindest den Eckpunkten nach getroffen wird. Es ist dann entsprechend des Wortlautes des § 2 Abs. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten ein neuer Preis zu bilden, d. h. der ursprünglich kalkulierte Preis muss in den Einzelbestandteilen offen gelegt und dem Preis gegenüber gestellt werden, der aus der Leistungsänderung resultiert. Grundlage ist hier die Kalkulation, so dass auch hier gilt »guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis«.

Auch dies ist ein gravierender Unterschied zu einem Schadensersatzanspruch. Dort kann nur der tatsächlich entstandene Schaden geltend gemacht werden.

## 4 Störungen durch Zusatzleistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B

### 4.1 Allgemeines

Zur Abgrenzung zu einem Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B wird auf die vorausgegangenen Ausführungen zu § 2 Abs. 5 VOB/B Bezug genommen. Auch für Zusatzleistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B gilt, dass sie sich bauzeitverlängernd auswirken können, so dass dadurch bedingt neben den Kosten für die bislang nicht im Vertrag vorgesehene Leistung zusätzliche Kosten entstehen. Darüber hinaus handelt es sich auch hierbei um einen vertraglichen Anspruch, der sowohl für Einheitspreisverträge als auch über § 2 Abs. 7 VOB/B für Pauschalpreisverträge gilt. Die Voraussetzungen für einen Anspruch gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B sind Folgende:

- im Vertrag nicht vorgesehene Leistung (Abgrenzung zu § 2 Abs. 5 VOB/B)
- auf Verlangen des Auftraggebers
- schriftliche Mehrkostenanzeige vor Ausführung.

Gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B ist die Mehrkostenankündigung eine echte Anspruchsvoraussetzung, ohne deren Einhaltung der Anspruchsverlust droht. In diesem Fall kommt allenfalls noch eine GoA (Geschäftsführung ohne Auftrag) in Betracht. Hiervon hat der BGH (BGH, BauR 1996 S. 542) jedoch eine Ausnahme entschieden und zwar für den Fall, dass dem Auftraggeber nach den Umständen des Einzelfalls klar erkennbar ist, dass die Zusatzleistung nur gegen Vergütung ausgeführt wird.

Auch wenn § 2 Abs. 6 VOB/B keine Schriftform vorschreibt, sollte die Mehrkostenanzeige zu Beweiszwecken zwingend schriftlich erfolgen, und zwar vor Beginn der Ausführung. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich gerade bei komplexen Bauvorhaben die später benannten Zeugen häufig nicht mehr auf den Tag genau erinnern können, wann, wem gegenüber, mit welchem Inhalt die Mehrkostenanzeige übermittelt bzw. besprochen worden ist. Des Weiteren muss man auch während eines Prozesses damit rechnen, dass sich häufig die Vertragsparteien nicht an die prozessuale Wahrheitspflicht halten. Ein Urkundenbeweis ist deutlich sicherer als ein Zeugenbeweis.

Die Ausführung muss auf Anordnung des Auftraggebers erfolgen. Die Anordnung kann beispielsweise auch in einer Planungsänderung bestehen. Da es sich um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, muss berücksichtigt werden, dass der Architekt ohne Sondervollmacht hierzu nicht bevollmächtigt ist. In diesem Fall sollte sich der Auftragnehmer zwingend vom Auftraggeber eine entsprechende Vollmacht für rechtsgeschäftliches Handeln für den Architekten übergeben lassen, aus der sich entnehmen lässt, dass dieser berechtigt ist, Nachträge, und wenn ja in welchem Umfang, zu bestätigen. Auch bei § 2 Abs. 6 VOB/B ist zunächst das

Bau-Soll zu ermitteln, um festzustellen, ob die vom Auftraggeber angeordnete Leistung nicht bereits vertragsgegenständlich ist. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Pauschalpreisverträgen, die häufig – so sie wirksam vereinbart werden – Vollständigkeitsklauseln, Komplettheitsklauseln, Schlüsselfertigkeitsklauseln und funktionale Beschreibungen enthalten. Sofern die – wenngleich möglicherweise nicht ausdrücklich beschriebene Leistung – nach Wertung der Vertragsgrundlagen gegenständlich ist, scheidet eine Zusatzleistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B aus.

## 4.2 Rechtsprechungsbeispiele

Die nachstehend benannten Rechtsprechungsbeispiele sollen verdeutlichen, wann von einer Zusatzleistung auszugehen ist bzw. wann davon nicht ausgegangen werden kann.

- War ein Werkunternehmer damit beauftragt, auf Dächern liegende Wellasbestzementplatten abzutragen, zu übernehmen und abzutransportieren sowie eine vorschriftsmäßige Entsorgung des anfallenden Bauschuttés über eine Deponie sicherzustellen, und wurde hierfür ein Festpreis vereinbart, kann eine Zusatzvergütung nur dann verlangt werden, wenn ihm nachträglich aufgegeben wird, auch unbeschädigt abgetragene Asbestplatten (die zunächst wieder verwendet werden sollten) über eine Deponie zu entsorgen (OLG Oldenburg, BauR 1993 S. 228).
- Wurde der Auftragnehmer zunächst mit der Lieferung und Ausübung von drei Stahlträgern mit einem Gesamtgewicht von 3 651,40 kg zu einem Preis von DM 14 520,00 beauftragt, und sollten dann durch eine spätere Planungsänderung bedingt stattdessen sechs Stahlträger mit einem Gesamtgewicht von 14 673,96 kg eingebaut werden, wobei dann jedoch die Stahlträger bauseits geliefert werden sollten, ist dieser Fall nach dem OLG Düsseldorf (Baur 1995 S. 712) wie folgt zu entscheiden: Hinsichtlich der ursprünglich zu liefernden Stahlmenge liegt ein Fall der Kündigung gemäß §§ 2 Abs. 4, 8 Abs. 1 VOB/B vor, so dass der Firma N die ursprünglich vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht. Hinsichtlich der in der Folgezeit dann zu montierenden Stahlträger liegt eine Zusatzleistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B vor.
- Bohrungen zur Befestigung von Konsolen und Halterungen für Heizungsanlagen, die ein Heizungsinstallateur ausführt, fallen gemäß Ziffer 4.2.5 der DIN 18380 unter die besonderen Leistungen. Wenn nach den übrigen Vertragsgrundlagen unklar bleibt, ob diese vertragsgegenständlich sein sollen, sind diese nach § 2 Abs. 6 VOB/B zu vergüten.

Eine Zusatzleistung liegt auch vor, wenn in dem Vertrag klar definiert ist, welche Heizkörper wie zu befestigen sind und später dann weitere hierfür (für die ursprüngliche Ausführung) nicht notwendige Bohrungen erbracht werden sollen (OLG Düsseldorf, BauR 1999 S. 412).

- Einer Entscheidung des OLG Koblenz (IBR 2003 S. 181) lag folgender kurz skizzierter Sachverhalt zugrunde:

Der Auftragnehmer wurde mit der Trockenlegung und Trockenhaltung einer Pressstrecke eines Vorflutkanals beauftragt. Unklar waren Anzahl, Abstand, Größe und Tiefe der Brunnen. Diese waren vom Auftragnehmer selbst zu wählen. Die vorliegende Leistungsbeschreibung barg damit erhebliche Risiken, wobei das OLG Koblenz festgehalten hat, dass es keinen Rechtsgrundsatz dahingehend gibt, dass ein Auftragnehmer riskante Leistungen nicht übernehmen könne. In dem vorliegenden Fall hat das Bodengutachten auf konkrete Risiken hingewiesen (ungenauer Schichtenverlauf der Erdoberfläche und deshalb bestehendes Grundwasserrisiko). Folgerichtig durfte der Auftragnehmer nicht davon ausgehen, dass sich dieses Risiko nicht verwirklichen würde (Wassereinbrüche infolge hoher Bodendurchlässigkeit) (OLG Koblenz, IBR 2003 S. 181).

## 4.3 Abrechnung

Auch bei der Abrechnung nach § 2 Abs. 6 VOB/B ist entsprechend den Ausführungen zu § 2 Abs. 5 VOB/B zwingend zu berücksichtigen, dass die durch die Zusatzleistung eintretende Bauverzögerung mit in den Nachtrag eingerechnet werden muss. Auch hier sollte der Auftraggeber zwingend darauf hingewiesen werden, wenn, und wenn ja in welchem Umfang, eine Bauzeitverlängerung mit welchen daraus resultierenden Kosten eintritt, damit man im Sinne der Kooperationsverpflichtung ggf. noch einen anderen Weg aus Sicht des Auftraggebers beschreiten kann. Dies führt auch häufig dazu, dass sich Streitfälle im Nachhinein verhindern lassen.

## 5 Störung des Bauablaufs durch Behinderungen und Unterbrechungen gemäß § 6 VOB/B

## 5.1 Einleitung

### 5.1.1 Allgemeines

Gerade die Darstellung von Schadensersatzansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. die dafür notwendige Darlegung einer Bauzeitverlängerung nach § 6 Abs. 2 VOB/B stellt sich in der Praxis als äußerst schwierig dar, da kaum ein Bauvorhaben ohne Störung durch Behinderung (in seltenen Fällen mit Unterbrechung) durchgeführt werden kann. Der Hintergrund ist häufig darin zu sehen, dass die Bauzeiten äußerst knapp bemessen sind, so dass Störungen angesichts fehlender Pufferzeiten sich deutlich gravierender auswirken. Ein weiterer, letztlich der zentrale Punkt besteht darin, dass häufig baubegleitend geplant wird. Gerade bei großen

Einkaufszentren oder bei Objekten, bei denen die Vermietung nicht abschließend geklärt ist, erfolgen bedingt durch Mieterwünsche oder aber technisch notwendige Umplanungen zahlreiche Änderungen des Leistungsinhalts. Diese bestehen teilweise in Leistungsänderungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B, teilweise in Zusatzleistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B, bei Einheitspreisen auch in Mehrmengen oder nach § 2 Abs. 3 VOB/B. Häufig kann die Planung ungetrennt der Frage von Nachträgen auch dem geänderten Bau-Soll nicht schnell genug angepasst werden. Dabei ist mit einzubeziehen, dass neben der Architekturplanung auch die Tragwerksplanung, die Ausführungsplanung und Werksplanung erstellt werden muss. Häufig wird bei einem Materialwechsel auch unberücksichtigt gelassen, dass teilweise erhebliche Lieferzeiten bestehen.

Der Auftragnehmer muss auch darstellen, welche technologischen Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Gewerken bestehen und welcher technologische Ablauf des Gesamtbauvorhabens unter Einschluss der einzelnen Gewerke durchgeführt werden soll. Dies muss auch möglichst pragmatisch und einfach dargestellt werden, damit dies auch für Juristen einfach nachvollziehbar ist. Diejenigen, die nicht regelmäßig mit Bausachen zu tun haben oder aber denen das technische Verständnis fehlt, gehen häufig davon aus, dass dann, wenn man eine Bauzeit von zwölf Monaten hat und zu Beginn bestimmte Änderungen erfolgen, man diese Änderungen im Rahmen der Bauzeit ausgleichen kann. Es wird häufig übersehen und unberücksichtigt gelassen, dass die Gewerke ineinander greifen, d.h. dass die Ausführung z.B. des Estrichs voraussetzt, dass die Konstruktion erstellt worden ist und dass ohne den Estrich – so er vorgesehen ist – auch der Bodenbelag nicht ausgeführt werden kann.

Ein häufiges Problem besteht mithin darin, dass es gerade für Juristen, aber offenkundig auch für eine Vielzahl von Sachverständigen – anders sind die häufig juristisch unverwertbaren und teilweise auch inhaltlich nicht verständlichen Gutachten nicht zu verstehen – nicht nachvollziehbar ist, dass es zwingend notwendig ist, darzulegen, in welcher Art und Weise Gewerke ineinander greifen und bestimmte Behinderungen/Unterbrechungen dazu geführt haben, dass sich die gesamte Bauausführung nach hinten verschiebt, d.h. dass sich die Bauausführung verlängert. Darüber hinaus kommt es auch häufig vor, dass eine Vielzahl der dargestellten Behinderungen sich tatsächlich effektiv gesehen auf den Bauablauf nicht auswirkt, weil z.B. die verspätete Planübergabe nicht relevant war, obwohl Verzug von zwei Monaten (Zeitraum der Verspätung der Planübergabe) vorlag, weil die Pläne erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt benötigt werden. Ein Teil der geschlossenen Verträge sieht beispielsweise vor, dass nahezu sämtliche Pläne in den ersten zwei Monaten übergeben werden, obwohl die Ausführung für einen Großteil der Leistungen mehrere Monate später erst ansteht. Um also klären zu können, ob tatsächlich eine Behinderung vorlag, bedarf es der Darstellung der technischen Abhängigkeiten und der Darstellung, worin die Behinderung zu sehen ist. Wenn also die verspätete Übergabe von Plänen moniert wird, muss auch dargestellt werden, dass und wann die Pläne wofür benötigt wurden.

Des Weiteren kommt hinzu, dass man zwischen unterschiedlichen Ansprüchen und Rechtsfolgen des § 6 VOB/B unterscheiden muss, insbesondere zwischen den Folgenden:

- Anspruch auf Bauzeitverlängerung gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B
- Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B
- Anspruch auf zwischenzeitliche Abrechnung im Falle einer längeren Unterbrechung nach § 6 Abs. 5 VOB/B
- Möglichkeit zur Kündigung, sofern die Unterbrechung mehr als drei Monate andauert gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B.

Die Rechtsfolgen von Behinderungen und Unterbrechungen nach § 6 Abs. 1 VOB/B werden nachstehend zunächst in knapper Form dargestellt, damit der Überblick und der Zusammenhang verdeutlicht wird. Die Einzelheiten werden dann im Anschluss anhand der einzelnen Ansprüche und Rechtsfolgen dargestellt.

Die beiden zentralen Ansprüche betreffen die Bauzeitverlängerung gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B und die Frage von Schadensersatzansprüchen gem. § 6 Abs. 6 VOB/B, der sowohl für den Auftragnehmer, aber auch für den Auftraggeber gilt und eine Haftungsbegrenzung (entgangenen Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit) als Grundvariante vorsieht. Eine derartige Haftungsbegrenzung wäre im Falle der Anwendbarkeit des BGB nicht gegeben.

Ebenfalls ist von erheblicher Bedeutung, dass der Umstand, dass ein Einspruch auf Bauzeitverlängerung gegeben ist, nicht zwangsläufig bedeutet, dass auch ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B gegeben ist. § 6 Abs. 2 VOB/B betrifft sämtliche hindernde Umstände und Unterbrechungen des Bauablaufs, die negative, d. h. bauzeitverlängernde Auswirkungen auf den Bauablauf haben. Diese hindernden Umstände können sowohl aus der Sphäre des Auftraggebers herrühren, aber auch eines Dritten oder aber ihre Ursache auch in völlig unvorhersehbaren (höhere Gewalt / unabwendbare Umstände) Umwelteinflüssen haben. Demgegenüber setzt ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B ein Verschulden des Anspruchsgegners, der sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber sein kann, voraus. Dessen ungeachtet ist die Frage, ob ein Bauzeitverlängerungsanspruch gegeben ist, auch unabhängig von der Frage, ob der Auftragnehmer beispielsweise Schadensersatz gegenüber dem Auftraggeber geltend machen kann. Trotzdem ist in der Praxis der Bauzeitverlängerungsanspruch auch dann von entscheidender Bedeutung, wenn die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht vorliegen. Dies beruht darauf, dass die Parteien regelmäßig einen verbindlichen Fertigstellungstermin vereinbaren, bei dessen Verstreichen (so ein bestimmter Termin vereinbart wurde) automatisch der Verzug des Auftragnehmers die Folge wäre. Wenn nun hindernde Umstände, die zwar nicht vom Auftraggeber zu vertreten sind, sondern von einem Dritten, nicht dazu führen würden, dass eine berechtigte Bauzeitverlängerung die Folge wäre, müsste z. B. der Auftragnehmer für die ein-

getretene Überschreitung haften. Dies können Verzugsansprüche des Auftraggebers oder auch Ansprüche auf Vertragsstrafe sein.

Hindernde Umstände können neben klassischen Behinderungen wie Planlieferverzögerungen, fehlerhafte Planung, verspätete Übergabe des Baugrunds, auch Nachträge sein. Deswegen ist es auch zwingend erforderlich – wie bereits dargestellt –, dass im Rahmen von eingereichten Nachträgen (§§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B) zwingend auf eine eintretende Bauzeitverlängerung hingewiesen wird, damit die Folgen des § 6 Abs. 2 VOB/B, d. h. der Anspruch auf eine berechtigte Bauzeitverlängerung, ausgelöst wird.

Die Tatsache, dass eine Vielzahl von hindernden Umständen mit unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen (§§ 2 Abs. 3, 2 Abs. 5, 2 Abs. 6, 6 Abs. 6 VOB/B) ineinander greifen können und die Tatsache, dass bei größeren Bauvorhaben ca. 35 Gewerke tätig sind, führt dazu, dass gerade Schadensersatzansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B schwer darstellbar sind. Hinsichtlich der Darstellung im Detail wird auf den anschließenden Abschnitt III verwiesen.

Kurz skizziert setzt ein Einspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B nach ständiger Rechtsprechung (BGH, BauR 2005 S. 857; BGH, BauR 2005 S. 861; BGH, NJW 2000 S. 1336; KG Berlin, BauR 2012 S. 951–958; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 18.08.2009, 11 W 25/08; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.01.2009, I-23 U 47/08, 23 U 47/08; KG Berlin, BauR 2012 S. 951–958; BGH, BauR 2002 S. 1249–1252) voraus, dass das Bau-Soll unter Einschluss der technischen Abhängigkeiten dargestellt wird. Die Darstellung der technischen Abhängigkeiten bedeutet, dass dargelegt werden muss, welche Leistungen in welcher Reihenfolge ausgeführt werden sollten. Dem gegenüber zu stellen ist dann der tatsächliche Bauablauf (das Bau-Ist). Es muss dann konkret anhand des Einzelfalls dargelegt werden, welche hindernden Umstände welche Auswirkungen auf die technischen Abhängigkeiten und technischen Leistungen hatten. Hierzu gehört auch ggf. die Darstellung, dass bestimmte Leistungen, z. B. der Estrich, erst zu einem späteren Zeitpunkt eingebracht und bedingt durch Austrocknungszeiten dann wiederum der Bodenbelag erst zu einem späteren Zeitpunkt eingebaut werden konnte. Dieses kurze Beispiel zeigt, wie schwierig die Darstellung ist, wenn eine Vielzahl, teilweise mehrere hundert Behinderungen im Rahmen eines komplexen Bauvorhabens eingetreten sind. Selbst dann, wenn nur ein einziges Gewerk ausgeführt wird und erhebliche Störungen eingetreten sind, ist die Darstellung schwierig. Dies betrifft nicht nur die Darlegung der einzelnen aufgetretenen Behinderungen und konkreten Auswirkungen auf den Bauablauf, sondern darüber hinaus beispielsweise auch eingetretene Schadenspositionen, wie z. B. Produktivitätsminderungen. Hieraus wird deutlich, dass zwingende Voraussetzung für die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B ist, dass eine sorgsame Dokumentation erfolgt. Dies betrifft nicht nur ein ordnungsgemäß und detailliert ausgefülltes Bautagebuch, sondern einen ggf. auch sehr umfangreichen Schriftwechsel und eine ausreichende Beweissicherung.

Es kann sich insoweit anbieten, dass ein speziell für den Bereich des gestörten Bauablaufs qualifizierter Sachverständiger hinzugezogen wird. Bei der Auswahl sollte jedoch beachtet

werden, dass eine Vielzahl von Sachverständigen nicht in der Lage ist, ein justiziables, d. h. gerichtlich durchsetzbares Gutachten zu erstellen. In diesem Zusammenhang sollte man sich vor Beauftragung eines Sachverständigen zumindest ein bis zwei Referenzgutachten zeigen lassen und überprüfen, inwieweit eine justiziable Begutachtung erfolgt ist. Sofern Sachverständige schon darauf verweisen, dass hypothetische Abläufe und hypothetische Kausalitäten dargestellt werden, sollte dieser Sachverständige nicht beauftragt werden, da hypothetische Abläufe nicht gerichtlich durchsetzbar sind. Auch erfolgt häufig der Hinweis auf § 287 ZPO, wonach das erkennende Gericht schätzen könnte. § 287 ZPO betrifft aber ausnahmslos die Schadenshöhe, nicht die Frage, inwieweit eine konkrete Darstellung der Behinderungen und Auswirkungen auf den Bauablauf erfolgt ist. Diese müssen konkret sein. Hypothetische Abläufe sind nicht geeignet, den Anspruchsgrund darzulegen, d. h. § 287 ZPO betrifft ausnahmslos die Anspruchshöhe, aber nicht den Anspruchsgrund. Ist der Anspruchsgrund nicht hinreichend dargelegt, droht hier ein Anspruchsverlust. Nicht ausreichend ist jedoch für einen Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. nach § 642 BGB, dass sich jeder Auftragnehmer auf ein Privatgutachten zurückzieht, das lediglich »herausgegriffene Aspekte des Baugeschehens« zur Grundlage der eigenen Schätzung durch den Sachverständigen macht (KG Berlin, BauR 2012 S. 951–958).

### 5.1.2 Voraussetzungen

Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 6 VOB/B sind kurz skizziert folgende:

- Behinderungsanzeige oder Offenkundigkeit
  - eingetretene Behinderung (bei einem Schadensersatzanspruch auch Verschulden des Antragsgegners)
  - konkrete Darlegung der Auswirkungen der Behinderung auf den Bauablauf und Darstellung des Anspruchs (z. B. Bauzeitverlängerung oder Schadensersatz).
- Diese Voraussetzungen müssen eingehend und detailliert dargestellt werden.

#### Behinderungsanzeige/Offenkundigkeit

§ 6 Abs. 1 VOB/B regelt den Grundsatz, wonach eine Behinderungsanzeige gegenüber dem Vertragspartner zur Geltendmachung von Ansprüchen nach § 6 VOB/B Grundlage ist. Die Behinderungsanzeige muss des Weiteren unverzüglich im Sinne des § 121 BGB, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen. Andernfalls kann eine verspätete Behinderungsanzeige sich zu Lasten des Anspruchstellers auswirken. Zu beachten ist auch – was auch eindeutig für die schriftliche Dokumentation spricht – dass in der Behinderungsanzeige den Informations-, Schutz- und Warnfunktionen des Auftraggebers genüge getan werden muss. Das heißt es müssen alle Tatsachen benannt werden, damit der Anspruchsgegner (regelmäßig Auftrag-

geber, kann aber auch der Auftragnehmer sein) mit hinreichender Klarheit die Gründe der Behinderung versteht und ggf. Abhilfe schaffen kann. Wenn also eine Behinderungsanzeige nur mündlich erfolgt, ist der Auftragnehmer in der Folgezeit ausnahmslos auf Zeugen angewiesen, und ob sich diese bei einer Vielzahl von Behinderungen daran noch erinnern können bzw. wollen, ist nicht zu erwarten.

Grundsätzlich ist die Behinderungsanzeige unmittelbar an den Vertragspartner zu richten. Es kann ausnahmsweise auch ausreichen, dass die Anzeige gegenüber dem Architekten des Auftraggebers erfolgt. Ausnahme wiederum ist, die Behinderungsanzeige richtet sich gerade gegen Behinderungen, die durch den Architekten des Auftraggebers gesetzt wurden und er verschließt sich den Darlegungen. Bereits diese Frage, inwieweit Behinderungsanzeigen auch an den Architekten oder andere vergleichbare vom Auftraggeber beauftragte Personen gerichtet werden können, wird in der Literatur und Rechtsprechung streitig beurteilt, worauf im Folgenden noch eingehend eingegangen wird. Neben dem Grundsatz, d. h. der Behinderungsanzeige, regelt § 6 Abs. 1 VOB/B auch die Ausnahme. Es bedarf ausnahmsweise keiner Behinderungsanzeige, wenn ein Fall der Offenkundigkeit vorliegt. Dieser ist gegeben, wenn z. B. der Auftraggeber oder aber Auftragnehmer über die hindernden Tatsachen unterrichtet ist und diese für ihn ohne weiteres wahrnehmbar sind (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 6 Abs. 1 VOB/B, Rn. 11). Dies ist jedoch ein geregelter Ausnahmefall. Selbst dann, wenn der Anspruchsteller annimmt, hier läge ein Fall der Offenkundigkeit vor, sollte zur Beweissicherung und auch unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers immer eine schriftliche Behinderungsanzeige an den Auftraggeber gerichtet werden, damit eine gerichtliche Durchsetzung nicht von der Frage abhängt, ob die hindernden Tatsachen dem Anspruchsgegner offenkundig bekannt waren. Hier ist neben der Frage der Darlegungs- und Beweislast auch die Prozessdauer zu berücksichtigen.

In Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast muss der Anspruchsteller immer die für seinen Anspruch notwendigen Voraussetzungen nicht nur darlegen, sondern auch beweisen. Wenn eine Beweisaufnahme dazu führt, dass die Beweise vom Anspruchsteller und Anspruchsgegner zu einem *non liquet* führen, dann führt dies dazu, dass der Darlegungs- und Beweispflichtige die Position verliert. Ein *non liquet* bedeutet juristisch, dass der Beweispflichtige die Tatsache nicht bewiesen hat, sondern dass nach der Beweisaufnahme unklar bleibt, welche der beiden Darstellungen den Tatsachen entspricht. Die Prozessdauer ist zudem immer auch davon abhängig, wie viele Tatsachen in der Folgezeit noch durch Beweisaufnahmen geklärt werden müssen.

Nach einer Entscheidung des OLG Koblenz (IBR 2012 S. 254) liegt keine Behinderung vor, wenn der Auftraggeber nachweisen kann, dass der Auftragnehmer bei Anzeige dieses Problem hätte binnen weniger Stunden beseitigen können. Ebenso ist es Aufgabe des Auftragnehmers, vor Vertragsabschluss zu klären, inwieweit er die beauftragten Materialien rechtzeitig beschaffen kann (OLG Koblenz, IBR 2012 S. 254).

## Behinderungen

Des Weiteren können gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B kurz skizziert folgende Behinderungen eintreten, wobei zu beachten ist, dass im Falle der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ein Verschulden des Anspruchsgegners (Auftraggeber oder Auftragnehmer) hinzukommen muss, was im Einzelnen noch ausgeführt wird:

Die Behinderung kann verursacht sein

- durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers
- durch einen Streik oder durch eine von der Berufsvertretung des Auftraggebers angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb
- durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände (z. B. Naturereignisse wie Erdbeben, Blitzschlag, Überschwemmungen, Fluten, Orkane, aber auch Brandstiftung, Explosionen, mutwillige Sachbeschädigung) (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 6 Abs. 2 VOB/B, Rn. 19). § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B enthält eine Sonderregelung für Witterungseinflüsse, wonach sich *»normale Witterungseinflüsse«* nicht bauzeitverlängernd auswirken. Diese sind von vornherein durch den Auftragnehmer einzukalkulieren.

## Rechtsfolgen

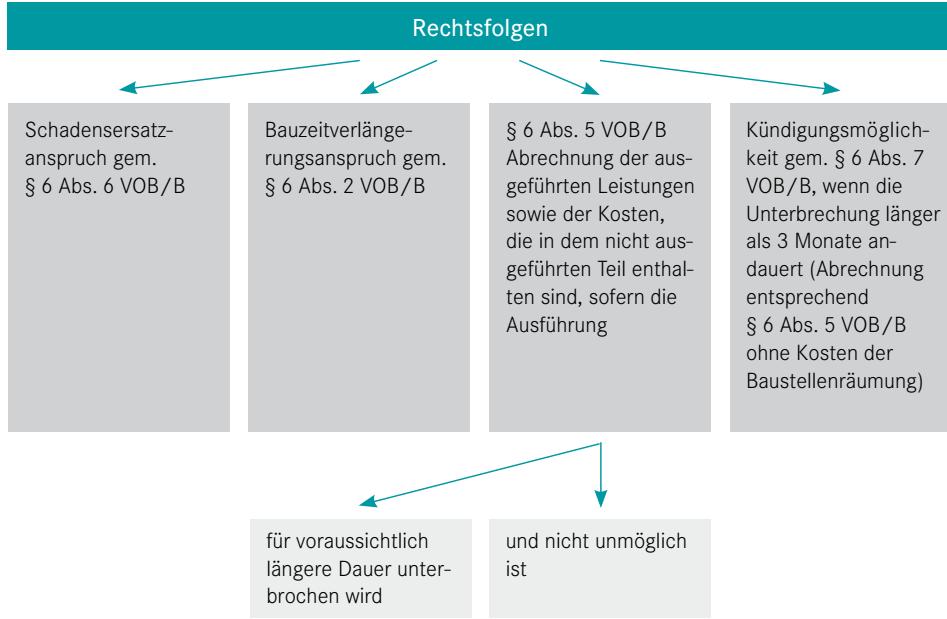
§ 6 VOB/B geht von unterschiedlichen Rechtsfolgen aus:

- Bauzeitverlängerungsanspruch gemäß § 6 Abs. 2/4 VOB/B
- Abrechnung der ausgeführten Leistungen im Falle einer länger dauernden Unterbrechung nach § 6 Abs. 5 VOB/B
- Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B
- Kündigungsmöglichkeit und Abrechnung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B.

Zu beachten ist insbesondere, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B sowohl zugunsten des Auftragnehmers als auch des Auftraggebers bestehen kann. Demgegenüber wendet sich § 6 Abs. 1 VOB/B, wonach eine Behinderungsanzeige zu formulieren ist, an den Auftragnehmer, der sie gegenüber dem Auftraggeber geltend machen muss. Ebenso geht § 6 Abs. 2 VOB/B zugunsten des Auftragnehmers davon aus, dass unter den geregelten Voraussetzungen eine Bauzeitverlängerung die Folge ist. Auch § 6 Abs. 3 VOB/B richtet sich an den Auftragnehmer, wonach eine Fortführungsverpflichtung besteht. Nach § 6 Abs. 5 VOB/B kann ebenso der Auftragnehmer eine Zwischenabrechnung im Falle einer länger dauernden Unterbrechung vornehmen.

Neben § 6 Abs. 6 VOB/B richtet sich demgegenüber auch § 6 Abs. 7 VOB/B an beide Vertragspartner, d. h. im Falle einer Unterbrechung, die länger als drei Monate dauert, kann jeder

der beiden Vertragspartner (Auftragnehmer/Auftraggeber) den Vertrag mit den dort geregelten Folgen kündigen. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen.



### 5.1.3 Anwendungsbereich und Abgrenzung

§ 6 VOB/B erfasst jede Form von rechtlichen und tatsächlichen Behinderungen sowie die Unterbrechung der Bauausführung. Zu den rechtlichen Hinderungsgründen zählen sowohl der Schuldnerverzug nach §§ 283 ff. BGB als auch der Annahmeverzug des Gläubigers nach den §§ 293 ff. BGB sowie die positive Vertragsverletzung, die in den §§ 241 Abs. 2, 280 BGB geregelt ist. Soweit § 6 VOB/B einschlägig ist, sind die Behinderungen/Unterbrechungen allein nach § 6 VOB/B zu beurteilen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt nicht von § 6 VOB/B erfasst wird. Dann ist auf die vorbenannten Normen ein Rückgriff möglich (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 6 VOB/B, Rn. 5). Insbesondere ist § 6 Abs. 6 VOB/B eine abschließende Regelung für alle Ansprüche, die aus Behinderungen oder Unterbrechungen resultieren. Ansprüche können auf dieser Basis insgesamt nur bis zur Abnahme geltend gemacht werden.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass § 642 BGB ausdrücklich neben § 6 Abs. 6 VOB/B anwendbar ist.

Da § 6 Abs. 6 VOB/B auch zugunsten des Auftraggebers gilt, ist eine Abgrenzung zu den §§ 5 Abs. 4 VOB/B, 4 Abs. 7 VOB/B notwendig, worauf im Folgenden noch eingegangen wird. Soweit der Verzug des Auftragnehmers Grundlage des Schadensersatzanspruches des Auf-

traggebers nach § 5 Abs. 4 VOB/B ist, müssen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B nicht eingehalten werden (BGH, Urteil vom 08.06.1997, Az. VII ZR 16/65; OLG Celle, BauR 1995 S. 552). Das Gleiche gilt für § 4 Abs. 7 VOB/B.

## 5.2 Behinderungsanzeige/Offenkundigkeit

### 5.2.1 Behinderungsanzeige

#### Anforderungen

Gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B ist Voraussetzung für Ansprüche generell und damit für Ansprüche auf Bauzeitverlängerung gemäß § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B sowie aus einem Behinderungsschaden nach § 6 Abs. 6 VOB/B, dass entsprechende Behinderungsanzeigen gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B an den Auftraggeber gerichtet werden. Die einzige Ausnahme besteht für den Fall, dass die Behinderung offenkundig ist. In diesem Fall wäre eine Behinderungsanzeige entbehrlich. Da jedoch die Rechtsprechung die Frage, wann Offenkundigkeit vorliegt, einzelfallabhängig entscheidet und folgerichtig erhebliche Risiken bestehen, sollte der Auftragnehmer im Eigeninteresse immer darauf achten, dass erkannte Behinderungen auch angezeigt werden. Der Fall der Offenkundigkeit sollte als absolute Ausnahme gesehen werden. Der Auftragnehmer sollte jedoch nie einfach davon ausgehen, dass ein Fall der Offenkundigkeit vorliegt. Wenn er erkennt, dass hindernde Umstände bestehen, sollte er diese im eigenen Interesse immer schriftlich dem Auftraggeber anzeigen.

#### Behinderung

§ 6 Abs. 1 VOB/B geht davon aus, dass der Bauablauf behindert wird und der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber dies schriftlich anzeigt. Anders als § 6 Abs. 6 VOB/B, der gleichermaßen für den Auftraggeber und Auftragnehmer gilt, bezieht sich § 6 Abs. 1 VOB/B hinsichtlich der Anzeigeverpflichtung ausnahmslos auf den Auftragnehmer. Der Hintergrund besteht darin, dass der Auftraggeber regelmäßig mit dem Auftragnehmer einen Fertigstellungstermin vereinbart oder aber ein solcher nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 VOB/B zugrunde zu legen ist. Die Ausführung der Leistung ist die originäre Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer hat sämtliche Umstände als behindernd anzuzeigen, die aus seiner Sicht nach objektiven Gesichtspunkten die Besorgnis bieten, dass die Umstände zu einer Leistungsverzögerung führen. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass der Auftragnehmer die Behinderungsanzeige oder die Anzeige auf die drohende Unterbrechung stellt, nachdem die Behinderung oder Unterbrechung eingetreten ist. Er kann die Behinderungsanzeige auch an den Auftraggeber senden, bevor die Behinderung eingetreten ist, d. h. um den Auftraggeber rechtzeitig auf die drohende Behinderung hinzuweisen. Voraussetzung ist hierbei jedoch, dass die von dem Auftragnehmer angezeigte Behinderung kurzfristig eintreten wird, d. h. unmittelbar bevorsteht (BGH, BauR 2000 S. 722).

Die Behinderungsanzeige dient dem Auftraggeber als Information, aber zugleich auch als Warnung vor der drohenden Bauzeitverlängerung, und sie soll dem Auftraggeber die Möglichkeit bieten, Abhilfe zu schaffen (BGH, BauR 2000 S. 722–725; KG, IBR 2005 S. 470). Da § 6 VOB/B jede Art von Behinderung oder Unterbrechung eines Bauablaufs betrifft, sind sowohl rechtliche als auch rein tatsächliche Behinderungen (oder Unterbrechungstatbestände) dem Auftraggeber anzuzeigen. Dies betrifft nach ständiger BGH-Rechtsprechung sowohl den Schuldnerverzug, den Annahmeverzug als auch die positive Vertragsverletzung (BGH, BauR 1974 S. 208; Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 6 VOB/B, Rn. 5; KG, IBR 2005 S. 470). Selbst ein rechtlich zulässiges Handeln des Auftraggebers kann behindernd auf den Bauablauf einwirken – wie bereits dargestellt. Dazu zählt insbesondere die Beauftragung von Nachträgen (§§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B), da dem Auftraggeber die Rechte nach §§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B zustehen (Heiermann/Riedl/Rusam, § 6 VOB/B, Rn. 10; Thode, ZfBR 2004 S. 214; Kemper, NZBau 2001 S. 238).

§ 6 Abs. 1 VOB/B gilt insbesondere auch ohne ausdrückliche Erwähnung für den Fall der Unterbrechung der Ausführung. Auch wenn in diesen Fällen Offenkundigkeit gegeben ist, sollte der Auftragnehmer aus den bereits benannten Gründen darauf achten, dass die Unterbrechung entsprechend dem Auftraggeber angezeigt wird.

Insbesondere ist es für die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 1 VOB/B nicht von Bedeutung, inwieweit die Behinderung oder die Gründe für die Unterbrechung vom Auftraggeber zu vertreten sind. Um die Rechtsfolgen des § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B auszulösen, d. h. die Bauzeitverlängerung, müssen sämtliche hindernde Umstände dem Auftraggeber entsprechend angezeigt werden, unabhängig davon, ob sie rechtlich tatsächlich vom Auftraggeber oder einem Dritten zu vertreten sind.

Die Behinderungsanzeige muss grundsätzlich gegenüber dem Auftraggeber gestellt werden.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Großteil der Behinderungen in der Baupraxis auf fehlerhafte Planungen bzw. zu spät übergebene Planung oder spätere Leistungsänderungen des Auftraggebers zurückzuführen sind, so dass die beschriebene Ausnahme selten vorliegt. Da sich in der Baupraxis ohnehin die Ausführung und Abwicklung eines Bauvorhabens in den letzten 15 Jahren deutlich beschleunigt hat und zugleich der Personalumfang heruntergefahren worden ist – bedingt durch die schlechten Baupreise – ist es sicherlich nicht zweckmäßig, den Projektleiter des Auftragnehmers mit Fragen dieser Art zu konfrontieren. Er wird sie rechtlich zuverlässig auch nicht prüfen können. Es sollte Stand bei der Ausführung jedes Bauvorhabens sein, dass eine Behinderungsanzeige immer zwingend neben dem Auftraggeber auch an den bauleitenden Architekten gerichtet wird. Zur Beschleunigung sollte diese Behinderungsanzeige zusätzlich an den bauaufsichtführenden Architekten oder Projektsteuerer des Auftraggebers gerichtet werden.

### **Schriftform/unverzüglich**

§ 6 Abs. 1 VOB/B geht von der Schriftform aus. Da die Schriftform lediglich Beweiszwecken dient, ist eine mündliche Behinderungsanzeige nicht von vornherein wirkungslos und unwirksam. Die Rechtsprechung und Kommentarliteratur entnimmt aus dem Umkehrschluss des § 125 Satz 2 BGB zu Recht, dass auch eine mündliche Anzeige ausreicht, um im Einzelfall die Voraussetzungen zu erfüllen (BGH, WM 1985 S. 949–950; OLG Koblenz, NJW-RR 1988 S. 851; OLG Köln, BauR 1981 S. 472; Heiermann/Riedl/Rusam, § 6 VOB/B, Rn. 7). Eine mündliche Anzeige kann jedoch nur den Ausnahmefall bieten. Der Grundsatz »Wer schreibt, der bleibt« sollte bei der Ausführung und Umsetzung eines Bauvorhabens zwingend gelten. Es ist zu berücksichtigen, dass häufig eine Vielzahl von Gewerken ineinander greift und selbst dann, wenn nur ein einzelnes Gewerk ausgeführt wird, der Umfang des Baustellenschriftverkehrs und die Vielzahl der Handlungen dazu führen, dass sich im Zweifelsfall der benannte Zeuge schwer erinnern kann. Da der Auftragnehmer für Ansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B und nach § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B darlegungs- und beweispflichtig ist, ist auch zu berücksichtigen, dass dann, wenn der Zeuge der Gegenseite ebenso glaubwürdig behauptet, diese mündliche Anzeige sei nie ausgesprochen worden, der Auftragnehmer darlegungs- und beweisfällig ist, d. h. diesen Anspruch vor Gericht nicht durchsetzen kann. Darüber hinaus muss auch nachgewiesen werden, dass behindernde Umstände unverzüglich im Sinne des § 121 BGB dem Auftraggeber mitgeteilt wurden, d. h. ohne schuldhaftes Zögern. Dies wiederum bedeutet, dass unmittelbar nach erkennen der hindernden Umstände der Auftraggeber die Möglichkeit erhalten muss, hier Abhilfe zu schaffen.

### **Inhalt der Behinderungsanzeige**

Die Behinderungsanzeige dient der Information des Auftraggebers und auch der Warnung, damit er die Möglichkeit hat, schnellstmöglich Abhilfe zu schaffen, um die Behinderung möglichst gering zu halten und ggf. auch Auswirkungen auf den Bauablauf ausschließen zu können (BGH, WM 1985 S. 949–950; BGH, BauR 2000 S. 722–725; KG, IBR 2005 S. 470). Aus diesen Informations-, Schutz- und Warnfunktionen zugunsten des Auftraggebers ist auch der Inhalt der jeweiligen Behinderungsanzeige abzuleiten, wobei auch hier nur allgemeine Leitlinien aufgestellt werden können, da das, was zur Information und Warnung für den Auftraggeber notwendig ist, zwangsläufig anhand des Einzelfalls zu ermitteln ist. Es ist in der Behinderungsanzeige detailliert der Sachverhalt darzustellen, der entsprechende bauzeitverzögernde Auswirkungen auf den Bauablauf hat. Darüber hinaus muss auch beschrieben werden, welche Auswirkungen dieser Sachverhalt, d. h. die Behinderung, auf den Bauablauf hat. Dies kann eine Bauzeitverzögerung bedeuten, die dann in den Kernpunkten auch dargestellt werden muss, d. h. welche konkreten Auswirkungen eintreten. Eine Behinderung kann auch dazu führen, dass keine Bauzeitverzögerung, sondern ein Schaden eintritt, und zwar dahingehend, dass bestimmte Mitarbeiter nicht eingesetzt werden können und deswegen Stillstandskosten eintreten. Auf diese Folgen muss – in gebotener Kürze – hingewiesen werden und zwar so,

dass der Kausalzusammenhang für den Auftraggeber ersichtlich wird und ihm insbesondere klar wird, welche Auswirkungen drohen, damit dieser wiederum die Möglichkeit hat, Abhilfe zu schaffen (BGH, BauR 2000 S. 722–725). Zur möglichen Schadenshöhe muss der Auftragnehmer in der Behinderungsanzeige keine Stellung nehmen, zumal sich häufig diese Kosten zu diesem Zeitpunkt gar nicht ermitteln lassen, da der Auftragnehmer nicht weiß, ob die Behinderung möglicherweise sehr kurzfristig beseitigt wird oder länger andauert (BGH, BauR 1990 S. 210–212).

Die Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B ist von entscheidender Bedeutung, da sie Grundlage für Ansprüche auf Bauzeitverlängerung gemäß § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B und auf Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B sind (BGH, BauR 1999 S. 645–648; Beck'scher VOB/B-Kommentar/ Motzke, § 6 Abs. 1, Rn. 82; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 6 Rn. 9; Nicklisch/Weick, VOB/B, § 6, Abs. 21). Andernfalls droht damit aus Sicht des Auftragnehmers ein für ihn gravierender Anspruchsverlust.

Dem Auftraggeber kann es verwehrt sein, z. B. gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B die Kündigung auszusprechen, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B zwar nicht vorliegen, aber die Behinderung letztlich von ihm selbst zu vertreten ist (BGH, BauR 1999 S. 645–648; Saarländisches OLG, BauR 1999 S. 787). Das Gleiche gilt für den Fall der Geltendmachung einer Vertragsstrafe (Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 6, Rn. 17).

Des Weiteren ist gerade im Falle der Vereinbarung von Vertragsstrafenansprüchen oder Verzugsschäden zu berücksichtigen, dass eine Verschiebung bzw. Bauzeitverlängerung dazu führt, dass eine Vertragsstrafe bzw. die Geltendmachung von Verzugsschäden einer verzugsbegründenden Mahnung bedarf (OLG Dresden, BauR 2000 S. 1881–1883; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 11, Rn. 12, 18; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2081 f.).

## Beispiele

Zur Vereinfachung für das Verständnis, welchen Inhalt eine Behinderungsanzeige haben muss, sollen die nachstehend benannten Beispiele dienen:

- Der reine Hinweis des Auftragnehmers in seiner Behinderungsanzeige darauf, dass ihm Pläne fehlen, reicht nicht aus. Er muss vielmehr darlegen, welche Pläne fehlen und warum das Fehlen der Pläne welche störenden, bauzeitverlängernden, schadensersatzträchtigen Auswirkungen auf den Bauablauf hat (BGH, BauR 2002 S. 1229; BGH, BauR 2000 S. 722; BGH, BauR 1990 S. 210; BGH BauR 1983 S. 73).
- Auch ein allgemein gehaltenes Schreiben, wonach der Auftragnehmer den Auftraggeber auffordert, dass die rechtzeitige und pünktliche Übergabe der Pläne Voraussetzung für eine rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens ist, reicht nicht aus (OLG Köln, BauR 1981 S. 472).
- Ebenso wenig reicht eine Behinderungsanzeige dahingehend aus, dass bedingt durch eine schlechte Bauplanung und nicht fertig gestellte Vorgewerke die Ausführung der Leistungen

behindert sei. Hier fehlt es an dem Vortrag, welche Vorgewerke für welchen Zeitraum und wodurch behindert wurden (OLG Rostock, BauR 2005 S. 440).

- Eine fehlende Baugenehmigung stellt grundsätzlich eine Behinderung dar, da es dem Auftragnehmer nicht zuzumuten ist, einen Schwarzbau zu erstellen (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 11 Abs. 3 Rn. 33; KG Berlin, Entscheidung vom 27.05.2002, Az. 24 U 9/01).
- Wenn jedoch eine Baugenehmigung vorliegt und lediglich eine Nachtragsbaugenehmigung fehlt, kann nicht zwangsläufig von einer Behinderung ausgegangen werden. Das ist nur dann der Fall, wenn die Nachtragsbaugenehmigung zu dem Zeitpunkt der Behinderungsanzeige bzw. bis zu ihrem Vorliegen sich tatsächlich hindernd auswirkt. Wenn jedoch auf der Basis der vorliegenden Baugenehmigung die Bauausführung fortgesetzt werden kann und die Regelungen, die Inhalt der Nachtragsbaugenehmigung sind, sich insoweit nicht auswirken, liegt inhaltlich keine Behinderung vor (KG Berlin, Entscheidung vom 27.05.2002, Az. 24 U 9/01).
- Es reicht auch nicht aus, dass der Auftragnehmer in der Behinderungsanzeige nur allgemein darauf verweist, dass die Erd- und Gründungsarbeiten witterungsbedingt, d. h. durch Frost bedingt, zunächst unterbrochen werden mussten und darüber hinaus ein zusätzlicher Bodenaustausch notwendig wurde. Es sind zwingend die Auswirkungen auf den Bauablauf hinsichtlich der zeitlichen, d. h. konkreten Verzögerung darzustellen (OLG Köln, BauR 2001 S. 1105–1108).

## 5.2.2 Offenkundigkeit

### Anforderungen

§ 6 Abs. 1 VOB/B normiert im Grundsatz, dass eine schriftliche Behinderungsanzeige an den Auftraggeber zu senden ist. Gleichzeitig wird jedoch ein Ausnahmetatbestand normiert, und zwar der Fall der Offenkundigkeit. Dem Fehlen der schriftlichen Behinderungsanzeige ist damit der Fall gleichzusetzen, in welchem dem Auftraggeber die hindernden Umstände unter Einschluss der Auswirkungen auf den Bauablauf offenkundig waren. Offenkundig ist nur etwas, was für den Auftraggeber ohne weiteres wahrnehmbar ist. Dies kann im Einzelfall durch Zeitungen, Rundfunk, Fernsehen geschehen, für den Fall, dass Auswirkungen von außen (z. B. höhere Gewalt) oder öffentlich-rechtliche Anordnungen) vorliegen. Dies kann auch dadurch geschehen, dass er sich vor Ort auf der Baustelle selbst informiert hat.

Voraussetzung ist damit, dass dem Auftraggeber erstens die hindernden Umstände bekannt sind und zweitens er auch die Auswirkungen erkannt hat oder hätte eindeutig erkennen müssen (OLG Koblenz, NJW-RR 1988 S. 851). Hierbei ist jedoch jeweils darauf abzustellen, ob es sich bei dem Auftraggeber um einen technisch erfahrenen Bauherrn oder aber um einen technischen Laien handelt. Nicht erforderlich ist jedoch, dass der Auftraggeber erkannt hat, welche finanziellen Folgen die Behinderung hat bzw. dass die finanziellen Folgen für ihn

offenkundig sein müssen (BGH, BauR 1990 S. 210). Dies folgt daraus, dass auch in der schriftlichen Behinderungsanzeige die wirtschaftlichen Folgen nicht abschließend benannt werden müssen, da sie zu diesem Zeitpunkt häufig nicht feststehen. Folgerichtig kann auch im Fall der Offenkundigkeit nicht verlangt werden, dass dem Auftraggeber offenkundig ist, d. h. von ihm klar erkannt worden ist, dass wirtschaftliche Folgen in einer bestimmten Höhe eintreten. Da Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 VOB/B eine Informations-, Warn- und Schutzfunktion ist, kann allgemein formuliert Offenkundigkeit dann angenommen werden, wenn diesen Interessen des Auftraggebers nicht mehr nachgekommen werden muss, weil sie ihm bereits bekannt sind (BGH, BauR 2000 S. 722).

Welche Anforderungen an die Offenkundigkeit zu stellen sind, ist wieder eine Frage des Einzelfalls. Kleinere Behinderungen, die regelmäßig bei einem Bauvorhaben eintreten und nur geringe Auswirkungen haben, sind regelmäßig keine taugliche Grundlage für die Annahme der Offenkundigkeit. Offenkundigkeit setzt etwas ins Auge springendes voraus.

### Beispiele

Die nachstehenden Beispiele sollen der näheren Verdeutlichung dienen:

- Der reine Verweis des Auftragnehmers auf den notwendigen Abschluss der technischen Vorgewerke (im entschiedenen Fall Kälte, Lüftung, Heizung und Sanitär) führt nicht zur Entbehrlichkeit einer Behinderungsanzeige, da dem Auftraggeber die Behinderung unter Einschluss der Auswirkungen nicht offenkundig ist (BGH, NZBau 2000 S. 187–189).
- Wenn der Ausfall eines Vorunternehmers vorliegt, der die Deckenarbeiten ausführen sollte, kann – bezogen auf die Deckenarbeiten – davon ausgegangen werden, dass es dem Auftraggeber offenkundig war, dass zumindest insoweit hindernde Umstände eingetreten sind (BGH, BauR 2003 S. 531–532).

## 5.3 Anspruch auf Bauzeitverlängerung

### 5.3.1 Voraussetzungen

In § 6 Abs. 2 VOB/B ist der Anspruch auf Bauzeitverlängerung zugunsten des Auftragnehmers geregelt. In § 6 Abs. 3 VOB/B ist demgegenüber die Fortführungsverpflichtung des Auftragnehmers im Falle von eingetretenen Behinderungen und Unterbrechungen geregelt und in § 6 Abs. 4 VOB/B wiederum die Frage der Fristberechnung im Falle eines Bauzeitverlängerungsanspruchs gem. § 6 Abs. 2 VOB/B.

§ 6 Abs. 2 VOB/B regelt drei Fallgruppen, deren Rechtsfolge eine Bauzeitverlängerung sein kann, wenn die jeweilige Fallgruppe vorliegt und ursächlich für die eingetretene Behinderung ist:

- Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B)
- durch Streik oder Aussperrung von der Berufsvertretung des Arbeitgebers im Betrieb des Auftragnehmers oder eines unmittelbar für ihn arbeitenden Betriebes (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 b VOB/B)
- höhere Gewalt oder sonstige unabwendbare Umstände (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 c VOB/B).

Da die Errichtung eines Bauvorhabens regelmäßig »im Freien« stattfindet und damit Witterungseinflüsse zu berücksichtigen sind, ist in § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B festgelegt, dass normalerweise im Zeitraum der vereinbarten Ausführung anzutreffende Witterungsverhältnisse vom Auftragnehmer bereits bei Vertragsabschluss zu berücksichtigen sind und sich folgerichtig nicht bauzeitverlängernd auswirken. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn, bedingt durch Behinderungen, eine Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit erfolgt und dadurch bedingt wiederum zu einem deutlich höheren Anteil Schlechtwettertage oder eine ungünstige Witterung vorliegen, die nicht Gegenstand der vertraglichen Kalkulation waren, die als maßgebliches Kriterium auch die Bauzeit beinhaltet. Die bauzeitabhängigen Kosten (Baustellengemeinkosten und allgemeine Geschäftskosten) umfassen einen wesentlichen Anteil der Kalkulation und sind für die Frage, ob ein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden kann, von entscheidender Bedeutung.

In § 6 Abs. 3 VOB/B wird die Fortführungsverpflichtung des Auftragnehmers normiert, d. h. er hat unmittelbar nach Wegfall der hindernden Umstände alle notwendigen Maßnahmen zur Förderung des Bauvorhabens zu ergreifen.

§ 6 Abs. 4 VOB/B betrifft die Art und Weise der Fristberechnung, wobei auch eine Wiederanlaufzeit einzelfallabhängig zu berücksichtigen ist, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass unmittelbar nach Wegfall der Behinderung die Arbeiten zu 100 % wieder begonnen werden können. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass gerade bei länger dauernden Behinderungen, bei denen unklar bleibt, wann die Behinderung wegfällt, beispielsweise das Personal anderweitig eingesetzt wird, so dass folgerichtig bei einer Berechnung der Fristverlängerung für eine Bauzeitverlängerung dieser Zeitraum zu berücksichtigen ist, d. h. der Zeitraum, den der Auftragnehmer benötigt, um das z. B. anderweitig eingesetzte Personal wieder baustellenbezogen einzusetzen.

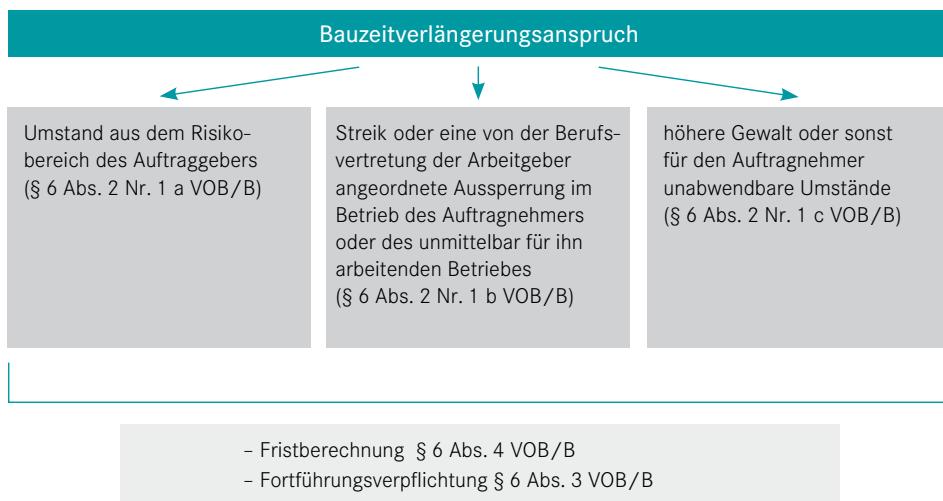
Der Bauzeitverlängerungsanspruch gem. § 6 Abs. 2 VOB/B setzt anders als ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B kein Verschulden voraus. Verschulden ist nur bei einem Schadensersatzanspruch erforderlich. Gleichzeitig bedingt dies, dass in den Fällen, in denen kein Verschulden des Auftraggebers vorliegt, auch kein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber vorliegen kann. In diesen Fällen kommt jedoch ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht. Nach § 642 BGB kann der Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung verlangen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Auftraggeber durch eine ihm verbotene Mitwirkungshandlung, die er unterlässt, in Verzug gerät (KG Berlin, BauR 2009 S. 1450–1452).

Sofern ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung gem. § 6 Abs. 2 VOB/B vorliegt, kann es trotz entstehender Mehrkosten oder eines entstehenden Schadens die Folge sein, dass nur der Anspruch auf Bauzeitverlängerung besteht. Hierbei ist zu beachten, dass § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B auch nach den Sphären differenziert, aus denen die Behinderung resultiert. § 6 Abs. 1 Nr. 1 a VOB/B geht davon aus, dass die Behinderung aus dem Bereich des Auftraggebers stammt. § 6 Abs. 2 Nr. 1 b VOB/B geht davon aus, dass für den Fall des Streiks oder einer durch den Arbeitgeber angeordneten Aussperrung letztlich der hindernde Umstand aus der Sphäre des Auftragnehmers stammt. Demgegenüber geht § 6 Abs. 2 Nr. 1 c VOB/B von einer Verursachung durch Natur-, Umwelteinflüsse oder jedenfalls von Umständen aus, die außerhalb des Zugriffs und Herrschaftsbereichs und damit der Sphäre des Auftraggebers und Auftragnehmers liegen.

Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, dass nicht jeder Fall der berechtigten Bauzeitverlängerung dazu führen kann, dass dem Auftragnehmer Ansprüche auf Ersatz der dadurch bedingt entstehenden Kosten zustehen. Ungeachtet dessen ist der Anspruch auf Bauzeitverlängerung für den Auftragnehmer von erheblicher Bedeutung, um Verzugsansprüche des Auftraggebers auch in Form von Vertragsstrafen abzuwehren.

In den Fällen, in denen § 6 Abs. 2 VOB/B dem Auftragnehmer einen Bauzeitverlängerungsanspruch gewährt, kann die bloße Überschreitung der ursprünglich vereinbarten Fertigstellungsfrist nicht zu einem Verzugsanspruch bzw. Vertragsstrafenanspruch des Auftraggebers führen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob sich die tatsächliche Fertigstellung nicht im Rahmen der Ansprüche des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 2, 4 VOB/B hält.

Bei der gesamten Dokumentation des Bauvorhabens, d. h. den notwendigen Behinderungsanzeigen und der Darlegung der Auswirkungen auf den Bauablauf und daraus resultierender Bauzeitverlängerung, ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 2 Rn. 2).



### **5.3.2 Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B)**

§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B betrifft den Fall, dass ein Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers die Behinderung verursacht hat. Wie bereits dargestellt, setzt diese Fallvariante für das Vorliegen eines Bauzeitverlängerungsanspruchs gerade nicht voraus, dass dieser aus der Sphäre des Auftraggebers resultierende Umstand auch vom Auftraggeber zu vertreten ist. Das Vertretenmüssen/Verschulden ist nur für einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B von Bedeutung. Es ist beispielsweise allgemein gegeben, wenn:

- der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten verletzt
- Eingriffsrechte (z. B. Nachtragsbeauftragung) wahrgenommen werden
- Vorunternehmerleistungen nicht rechtzeitig erbracht werden.

#### **Verletzung von Mitwirkungspflichten**

Der Auftraggeber hat diverse Mitwirkungspflichten während der Bauausführung zu berücksichtigen und auch zu erfüllen. Eine Mitwirkungspflicht kann insbesondere darin bestehen – wenn die Parteien dies ausdrücklich so vereinbart haben – dass der Auftraggeber das Baugrundstück zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung stellen muss. Eine weitere Mitwirkungspflicht kann darin zu sehen sein, dass der Auftraggeber das Baugrundstück nicht nur als solches zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung stellen muss, sondern in einer entsprechend technisch vorbereiteten Form, d. h. z. B. nach Herstellung der Baugruben, Herstellung der Grundwasserhaltung oder bestimmter technischer Vorleistungen, beispielsweise des gesamten Rohbaus, wenn nur die Ausbauleistungen geschuldet sind. Mitwirkungspflichten betreffen auch die Übergabe von ausführungsfähigen Plänen. Welche Pläne zu welchem Zeitpunkt übergeben werden müssen, richtet sich nach dem geschlossenen Vertrag und/oder nach den ausdrücklichen Vereinbarungen aufgrund technologischer und vertraglicher Gegebenheiten. Gerade diese Frage, zu welchem Zeitpunkt, d. h. inwieweit vom Bauherren zu stellende Pläne rechtzeitig an den Auftragnehmer übergeben werden, ist der ausschlaggebende Gesichtspunkt in den Fällen des gestörten Bauablaufs. Da häufig baubegleitend geplant wird, werden oft zentrale Pläne verspätet übergeben. Inwieweit sich diese verspätete Übergabe störend, d. h. behindernd auf den Bauablauf auswirkt, ist im Einzelfall zu überprüfen. Wenn ein Gesamtkomplex erstellt werden muss und im Vertrag vereinbart ist, dass binnen vier Wochen nach Vertragsabschluss bei einer angenommenen Bauzeit von zwölf Monaten sämtliche Pläne zur Verfügung zu stellen sind, und nicht sämtliche Pläne vorliegen, kann nicht automatisch von einer Bauzeitverlängerung ausgegangen werden. Selbst in diesen Fällen ist zu prüfen, ob es tatsächlich vier Wochen nach Bauvertragsabschluss zwingend der Übergabe sämtlicher Pläne bedurfte. Wenn in diesem Beispielsfall die Ausführungspläne für den Ausbaubereich fehlten, wird sich kaum eine Bauzeitverzögerung ergeben können, da zu Beginn

des Bauvorhabens mit einer Bauzeit von zwölf Monaten die Ausbaupläne nicht zwangsläufig benötigt werden. Eine Mitwirkungspflichtverletzung kann auch daraus resultieren, dass das vom Auftraggeber geschuldete Abstecken der Hauptachsen fehlerhaft erfolgt und sich dadurch negative Auswirkungen auf die Bauzeit ergeben (OLG Düsseldorf, BauR 1998 S. 340). Dasselbe gilt, wenn beispielsweise die Dachstatik nicht rechtzeitig übergeben wurde (OLG Saarbrücken, BauR 1998 S. 1010). Letztlich ist bei jedem fehlenden Plan zu überprüfen, ob sich hier hindernde Auswirkungen auf den Bauablauf ergeben. Auch fehlerhafte, d. h. mangelfache Pläne sind Mitwirkungspflichtverletzungen des Auftraggebers. Mitwirkungspflichtverletzungen bestehen beispielsweise auch in Folgendem:

- Wenn zwischen den Parteien vereinbart ist, dass der Auftragnehmer für den Abtransport von Aushub (im entschiedenen Fall Schlamm) verpflichtet ist und gleichzeitig der Auftraggeber die Deponie bereitzustellen hat und er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, muss er sich dieses Verschulden der Deponie als seinem Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen (BGH, ZfBR 1992 S. 31).
- Wenn der Auftraggeber verpflichtet ist, bestimmte Materialien beizustellen und er diese nicht rechtzeitig beistellt.
- Wenn er Bemusterungstermine versäumt oder Bemusterungen nicht rechtzeitig vornimmt.
- Wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Baugrundstück nicht wie bestimmt zur Verfügung stellt oder aber die durch ein Drittunternehmen zu erbringenden Vorarbeiten nicht innerhalb der vereinbarten Frist erbringt (KG Berlin, BauR 2009 S. 1450–1452; LG Cottbus, IBR 2010 S. 260). Sofern keine Vereinbarung vorliegt, kommt auch ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht (KG Berlin, BauR 2009 S. 1450–1452; LG Cottbus, IBR 2010 S. 260).

### **Eingriffsrechte des Auftraggebers**

Darüber hinaus stehen dem Auftraggeber gem. § 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 5, 6 VOB/B diverse Eingriffsrechte in den Bauablauf zu. Der Auftraggeber kann sowohl Leistungsänderungen inhaltlicher Natur als auch in zeitlicher Hinsicht anordnen. Hinsichtlich der Möglichkeiten der beauftragten Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B und keine Zusatzleistungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Die Leistungsänderungen können sich aber auch auf die zeitliche Schiene auswirken. So kann der Auftraggeber beispielsweise anordnen, dass der Baubeginn nicht der 01.04.2008, sondern der 01.11.2008 ist. Dies hat naturgemäß erhebliche Auswirkungen auf den Bauablauf und führt zu einer gravierenden Bauzeitverlängerung.

### **Nicht rechtzeitige Leistung eines Vorunternehmers**

Auch die nicht rechtzeitige Leistung eines Vorunternehmers stammt aus der Sphäre des Auftraggebers. Sie ist jedoch ohne ausdrückliche Vereinbarung mit dem Nachunternehmer

nicht als sein Verschuldens nach §§ 276, 278 BGB dem Auftraggeber zuzurechnen, da ein Vorunternehmer grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist (BGH, NJW 2000 S. 1336–1337; BGH, NJW 1985 S. 2475). Trotz der Tatsache, dass die verspätete Fertigstellung dem Auftraggeber nicht im Sinne eines Verschuldens zuzurechnen ist, stammt sie dennoch gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B aus dem Risikobereich des Auftraggebers, so dass ein Bauzeitverlängerungsanspruch gegeben ist. Des Weiteren kommt in diesen Fällen ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht (OLG Dresden, IBR 2012 S. 9, 12; OLG Dresden, IBR 2012 S. 380; LG Cottbus, BauR 2012 S. 690).

### **Mitverschulden des Auftragnehmers**

Liegt ein Umstand vor, der aus der Sphäre des Auftraggebers stammt und der zu der Behinderung geführt hat und zugleich ein Mitverschulden an diesem Umstand auf Seiten des Auftragnehmers, ist dieses Mitverschulden gem. § 254 BGB zu berücksichtigen. Dies bedeutet allein bezogen auf den Bauzeitverlängerungsanspruch (zu dem Schadensersatzanspruch später), dass bei dem Umfang der Bauzeitverlängerung, d. h. der Fristberechnung nach § 6 Abs. 4 VOB/B, das Mitverschulden des Auftragnehmers mit berücksichtigt werden muss, dies bedeutet die Gesamtbauzeitverlängerung bedingt durch den hindernden Umstand wird zu Lasten des Auftragnehmers entsprechend des Grades seines Mitverschuldens reduziert. Wenn beispielsweise eine Bauzeitverlängerung durch einen hindernden Umstand von vier Wochen entstanden ist, wobei zugleich der Auftragnehmer in etwa die gleichen Anteile der Verursachung trägt, hat er letztendlich nur einen Anspruch auf eine Bauzeitverlängerung von zwei Wochen. Für den darüber hinausgehenden Teil der Bauzeitverlängerung gerät er mit der Fertigstellung – so die Voraussetzungen des Verzugs vorliegen (z. B. verzugsbegründende Mahnung) – in Verzug.

### **5.3.3 Behinderung durch Streik oder angeordnete Aussperrung**

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 b VOB/B kommt auch dann eine Bauzeitverlängerung in Betracht, wenn sie ihre Ursache in einem Streik oder einer von der Berufsvertretung der Arbeitgeber (damit ist nicht der Auftraggeber gemeint) angeordneten Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder einen unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb hat. Die rechtlichen Definitionen des Streiks und der Aussperrung ergeben sich letztlich von selbst und sollen hier nicht weiter dargestellt werden. Wichtig ist, dass dies nicht nur die Fälle betrifft, in denen der Betrieb des Auftragnehmers betroffen ist, sondern auch derjenigen Firmen, die unmittelbar für ihn arbeiten. Das ist beispielsweise der Nachunternehmer. Für Zuliefererbetriebe gilt dies nicht automatisch. Hier ist insoweit zu überprüfen, ob hier mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand auch ein anderer Zulieferer (z. B. Materiallieferant) heranzogen werden kann (Ingenstau / Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 2 Rn. 13).

### 5.3.4 Höhere Gewalt / Andere unabwendbare Umstände

§ 6 Abs. 2 Nr. 1 c VOB/B regelt zuletzt den Fall der Bauzeitverlängerung, der durch höhere Gewalt oder aber andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände eintritt.

#### Höhere Gewalt

Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 1988 S. 986) ist von höherer Gewalt dann auszugehen, wenn ein nicht vorhersehbares, außergewöhnliches Ereignis von außen auf das Unternehmen des Auftragnehmers einwirkt, das dieser selbst bei äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung seines wirtschaftlichen Erfolges nicht abwenden kann und von dem Auftragnehmer angesichts des äußerst seltenen Auftretens nicht in Kauf genommen werden kann (BGH, NJW-RR 1988 S. 986). Von höherer Gewalt kann jedoch immer nur dann gesprochen werden, wenn dieses Ereignis von außen einwirkt. Sobald ein eigenes Verschulden vorliegt, folgt daraus, dass das Ereignis nicht ausnahmslos von außen eingetreten ist, so dass folgerichtig auch kein Fall höherer Gewalt vorliegen kann (BGH, BauR 1997 S. 1019, 1021). In den zitierten Schürmann-Bau-Fällen I und II hat der BGH entschieden, dass das Rhein-Hochwasser für den Auftraggeber nicht außerhalb jeglicher Vorstellungskraft lag, sondern vorhersehbar und damit abwendbar war. Folgerichtig hat er keinen Fall höherer Gewalt angenommen.

Fälle höherer Gewalt sind klassisch einschneidende Naturereignisse wie Erdbeben, Orkane, Hurrikans, extreme Überschwemmungen, Überflutungen sowie Blitzschlag.

Dazu gehören jedoch auch Ereignisse, die von dritten Personen auf das Bauvorhaben einwirken, z. B. die Brandstiftung eines Dritten, durch Dritte hervorgerufene Explosionen oder auch Sachbeschädigungen mit erheblichem Umfang. Bei den Sachbeschädigungen ist zu berücksichtigen, dass üblicherweise eintretende Sachbeschädigungen wie z. B. Graffiti-beschmutzungen, die in bestimmten Bereichen üblich sind, nicht als höhere Gewalt gelten können. Es ist als entscheidender Gesichtspunkt zu beachten, dass das, was eintritt, gravierend ist und eben nicht vorhersehbar sein muss, weil nicht üblich.

#### Beispiel

Wolkenbruchartige Regenfälle stellen für den Rohrleitungsbau eine nicht ungewöhnliche Schadensursache dar, wenn die Arbeiten im offenen Gelände ausgeführt werden. Es liegt damit weder höhere Gewalt noch ein unabwendbarer Umstand vor (BGH, BB 1962 S. 111).

#### Für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände

Die zweite Variante des § 6 Abs. 2 Nr. 1 c VOB/B betrifft den Fall, dass andere, für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände vorliegen, die nicht bereits unter das Merkmal höhere Gewalt fallen. Auch für diese Variante gilt, dass der Auftragnehmer kein Eigenverschulden an dem Auftreten dieses Umstandes haben darf, weil sich daraus bereits ergibt, dass der

Umstand nicht unabwendbar ist. Ein derartiger unabwendbarer Umstand kann beispielsweise vorliegen, wenn:

- eine unvorhergesehene Materialknappheit eintritt, weswegen das Bauvorhaben nicht fortgesetzt werden kann
- eine extremes Unwetter auftritt, mit dem der Auftragnehmer nicht rechnen musste (BGH, BauR 1973 S. 317)
- ein ungewöhnlich schwerer Sturm auftritt
- eine lang andauernde und nicht zu erwartende Vereisung von Gewässern vorherrscht, soweit diese für die Bauausführung wichtig sind
- ein extremes Hochwasser oder auch Sturmfluten eintreten, soweit diese in dem Zeitraum der Ausführung nicht zu erwarten waren.

### 5.3.5 Normale Witterungseinflüsse gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B

In § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B ist dem Grundsatz nach geregelt, wie Witterungseinflüsse zu berücksichtigen sind. Normale übliche Witterungseinflüsse sind vom Auftragnehmer in die Kalkulation und bei der Vereinbarung und Erstellung des Bauablaufs mit einzukalkulieren. Das bedeutet, dass der Auftragnehmer bei seiner Kalkulation und bei Vertragsabschluss die üblichen Schlechtwettertage mit einkalkulieren muss, und dass sich diese nie bauzeitverlängernd auswirken. Diese Regelung hat ihren Ursprung darin, dass es nicht 365 Tage im Jahr ein für die Bauausführung perfektes Wetter gibt. Die übliche Anzahl von Schlechtwettertagen ist damit nichts Unvorhersehbares, sondern die Normalität. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass nur solche Witterungseinflüsse sich bauzeitverlängernd auswirken können, die unerwartet und außergewöhnlich sind. Wenn also im Jahrzehnt in einem bestimmten Monat in dem bestimmten Gebiet fünf bis sieben Schlechtwettertage normal sind (ermittelt nach dem letzten Jahrzehnt) und plötzlich 20 Schlechtwettertage vorliegen, dann sind außergewöhnliche Witterungsverhältnisse gegeben.

Es ist zu berücksichtigen, dass man hier sicherlich keinen Bundesdurchschnitt heranziehen kann, sondern entsprechende Wetterauskünfte zu dem speziellen Baugebiet. Ferner ist zu beachten, dass sich die Bemessung in der Praxis häufig trotz vorhandener Tabellen sehr streitig darstellt. Im Interesse beider Vertragsparteien sollte – zumindest dann, wenn die Witterung extreme Auswirkungen auf den Bauablauf hat – eine entsprechende Vereinbarung dahingehend erfolgen, von wie vielen Schlechtwettertagen die Parteien ausgehen, und das bei Überschreiten dieser vereinbarten Anzahl und in welcher Form eine Bauzeitverlängerung eintritt. Sofern es sich um einzelne Tage handelt, könnte eine reine Hinzurechnung dieser Überschreitung das neue Bauzeitende bestimmen. Wenn längere Unterbrechungen denkbar sind, sollten die Parteien auch eine Regelung über die Wiederanlaufzeit treffen.

### 5.3.6 Berechnung der Fristverlängerung gem. § 6 Abs. 4 VOB/B

#### Anwendbarkeit

§ 6 Abs. 4 VOB/B betrifft die Fälle der Behinderungen oder Unterbrechungen, die in § 6 Abs. 2 VOB/B geregelt sind und vorstehend bereits dargestellt wurden.

Da der Bauzeitverlängerungsanspruch sich letztlich an den Auftragnehmer richtet und die Frage einer berechtigten Bauzeitverlängerung Grundlage von Ansprüchen des Auftragnehmers ist (z. B. Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B oder aber Abwehr von Vertrags- oder Verzugsansprüchen), trägt er auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass und in welchem Umfang eine Fristverlängerung eingetreten ist (BGH, BauR 2001 S. 946).

In den Fällen, in denen ein Teil der Fristverlängerung vom Auftragnehmer zu vertreten ist, ist die Folge nicht, dass jegliche Fristverlängerung entfällt, sondern dass bei der Fristberechnung dieser Mitverschuldensanteil des Auftragnehmers gem. § 254 BGB entsprechend seines Verschuldens mit zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet, dass letztendlich der auf das Verschulden des Auftragnehmers entfallende Anteil aus der insgesamt eingetretenen Fristverlängerung herauszurechnen ist (Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 6 Abs. 4 Rn. 2; Vygen/Schubert/Lang, Rn. 150). Der Anspruch auf Bauzeitverlängerung ist auch losgelöst von einem etwaigen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B zu sehen, da der Schadensersatzanspruch gem. § 6 Abs. 6 VOB/B ein Verschulden des Auftraggebers voraussetzt. Wie bereits dargelegt, gehen jedoch die möglichen Behinderungs- bzw. Unterbrechungstatbestände des § 6 Abs. 2 VOB/B nicht zwangsläufig von einem Verschulden des Auftraggebers aus. Folgerichtig ist auch die möglicherweise nach § 6 Abs. 4 VOB/B sich ergebende Fristverlängerung nicht mit dem Zeitraum gleichzusetzen, für den nach § 6 Abs. 6 VOB/B ein Anspruch auf Schadensersatz, z. B. für zeitabhängige Positionen wie Baustellengemeinkosten oder allgemeine Geschäftskosten, in Betracht kommt.

Der Bauzeitverlängerungsanspruch ist folgerichtig insbesondere auch unter dem Blickwinkel zu sehen, dass die Parteien einen Fertigstellungstermin vereinbaren, der sich bedingt durch Behinderungen verschieben kann. Im Falle des Ablaufes eines verbindlich vereinbarten Fertigstellungstermins würde ohne Verzug Mahnung eintreten. Wenn sich demgegenüber die Bauzeit jedoch bedingt durch Behinderungen gem. § 6 Abs. 2 VOB/B verlängert, bedeutet dies, dass ohne Mahnung kein Verzug eintritt (BGH, BauR 2003 S. 1215).

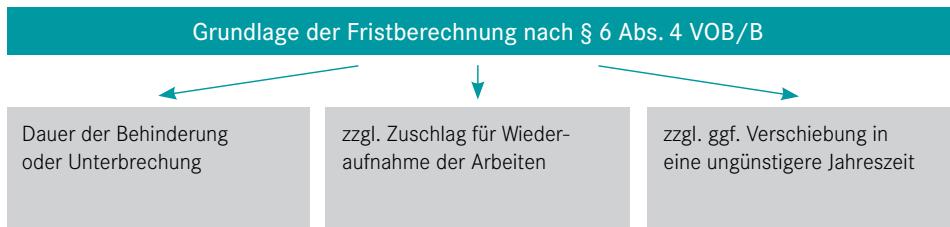
#### Vereinbarung über die Fristverlängerung

Der Wortlaut des § 6 Abs. 4 VOB/B geht nicht davon aus, dass eine Vereinbarung über die Dauer der Fristverlängerung getroffen werden muss. Da es sich jedoch bei der Fertigstellungsfrist um eine Vertragsfrist handelt, geht die Literatur davon aus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber nicht nur mitteilen muss, dass und in welchem Umfang eine Fristverlängerung eintreten wird, sondern darüber hinaus auch die wesentlichen Gesichtspunkte, auf die er die Fristverlängerung stützt (Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 6 Abs. 4 Rn. 6; Heiermann/

Riedl/Rusam, VOB/B, § 6 Rn. 24). Der Auftraggeber wiederum ist verpflichtet, hierzu Stellung zu nehmen und eine Vereinbarung zu treffen. Diese wechselseitige Unterrichts- bzw. Stellungnahmefrist beruht auf der Kooperationsverpflichtung der Parteien (BGH, BauR 2000 S. 409).

### Berechnung der Fristverlängerung

§ 6 Abs. 4 VOB/B gibt drei Merkmale für die Berechnung der Fristverlängerung vor. Ausgangspunkt ist zunächst die Dauer der Behinderung oder Unterbrechung, die darüber Aufschluss gibt, auf welchen Umfang sich die Fristverlängerung erstreckt. Hier ist ein Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten vorzunehmen und, sofern tatsächlich eine Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit durch die Behinderung oder Unterbrechung erfolgt ist, auch hierfür einen Zuschlag vorzunehmen. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



Zu berücksichtigen ist sicherlich, dass die Darlegung eines Anspruchs auf Fristverlängerung nach § 6 Abs. 4 VOB/B ganz andere Voraussetzungen, nämlich geringere Anforderungen, hat als ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B (BGH, BauR 2005 S. 868; BGH, BauR 2005 S. 857; OLG Hamm, BauR 2004 S. 1304), da § 6 Abs. 6 VOB/B nur Behinderungen und Unterbrechungen als Grundlage haben kann, sofern der Auftragnehmer einen Anspruch gegenüber dem Auftraggeber stellt, die vom Auftraggeber zu vertreten sind. Da ein Bauzeitverlängerungsanspruch nach § 6 Abs. 4 VOB/B kein Verschulden voraussetzt, können sämtliche Behinderungen und Unterbrechungen zugrunde gelegt werden, die von § 6 Abs. 2 VOB/B erfasst werden. Da es hier auch nicht um einen Schaden geht, braucht auch kein Anspruch der Höhe nach dargestellt werden.

Der Auftragnehmer hat folgerichtig auch bei einem Bauzeitverlängerungsanspruch zunächst einmal den Soll-Ablauf darzustellen und dann die entsprechenden Behinderungen und Unterbrechungen mit ihren einzelnen Auswirkungen auf den Bauablauf, damit anhand dessen überprüft werden kann, ob hier tatsächlich, und wenn ja, in welchem Umfang, eine Bauzeitverlängerung entstanden ist. Dies setzt eine detaillierte sorgsame Dokumentation des Baustellenablaufs voraus, wobei auch mögliche versäumte Mitwirkungspflichten des Auftraggebers mit zu berücksichtigen sind.

Bei dem Umfang der notwendigen Darstellung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs ist jedoch immer zu berücksichtigen, was der Auftragnehmer hier erreichen möchte. Es wird regelmäßig darum gehen, festzustellen, dass wegen der eingetretenen Behinderungen und ggf. Unterbrechungen die ursprünglich vereinbarten Fristen nicht mehr eingehalten werden konnten. Es geht letztlich, sofern kein Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B geltend gemacht wird, darum, die ursprünglich vereinbarten Fertigstellungsfristen aufzuweichen und die tatsächlichen Fertigstellungstermine zu rechtfertigen.

Da in den Fällen, in denen eine Fristverlängerung vorliegt, ein Verzug nur dann eintritt, wenn eine Mahnung gegeben ist (BGH, BauR 2003 S. 1215), ist der Darstellungsumfang deutlich geringer, wenn tatsächlich der Auftraggeber trotz letztendlich, wenngleich im streitigen Umfang eingetretener Fristverlängerung Verzugsschäden oder Vertragsstrafenansprüche behauptet, ohne dass eine Mahnung oder eine entsprechende geänderte Fertigstellungsfristvereinbarung vorliegt, die ebenfalls verstrichen ist.

Bei einer vollständigen Unterbrechung des Bauvorhabens lässt sich die reine Fristverlängerung ohne Berücksichtigung von Wiederanlaufzeiten und eine Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit relativ einfach darlegen. Etwas anderes gilt, wenn eine Vielzahl von Behinderungen möglicherweise immer auch nur einzelner Teilbereiche oder Gewerke vorliegt.

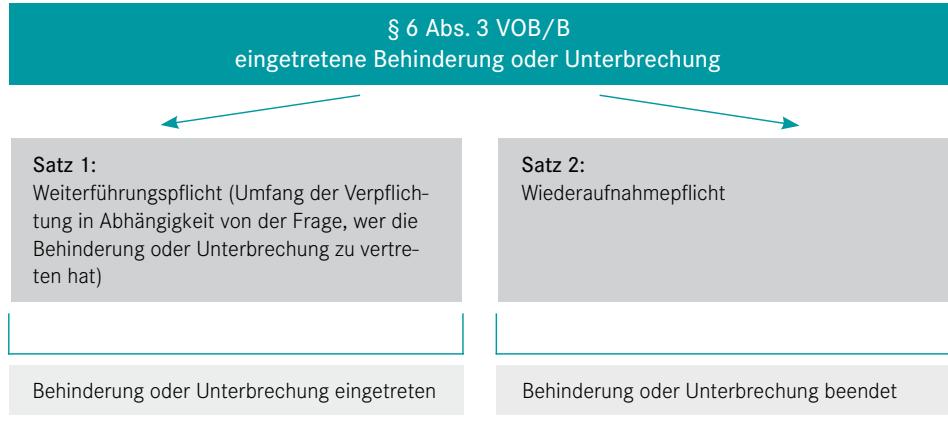
Hinzuzurechnen ist des Weiteren ein Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten. Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass dann, wenn eine Behinderung nach § 6 Abs. 2 VOB/B vorliegt, die nicht von dem Auftragnehmer zu vertreten ist, diesem nicht zugemutet werden kann, dass er unmittelbar in der Sekunde nach der Beendigung der Behinderung oder Unterbrechung die Arbeiten wieder aufnimmt. Dies wäre ihm rein tatsächlich auch nicht möglich. Je nach Dauer der Behinderung oder Unterbrechung muss er möglicherweise anderweitig eingesetztes Personal oder Geräte oder die Baustelleneinrichtung wieder zu dem Bauvorhaben verbringen. Das Gleiche gilt für möglicherweise notwendige Materialien. Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (BauR 1988 S. 487) soll die Berechnung dahingehend erfolgen, dass im Einzelfall zu ermitteln ist, welcher Zeitraum benötigt wurde, das Personal, die Geräte, die Baustelleneinrichtung sowie das Material wieder zur Baustelle zu bringen. Diese Berechnung soll auf der Basis allgemeiner Erfahrungssätze erfolgen.

Zuletzt ist – so dies für den konkreten Fall nötig ist – auch eine Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit zu berücksichtigen. Wenn beispielsweise das Bauvorhaben ursprünglich im April eines Jahres beginnen sollte und durch diverse Behinderungen und Unterbrechungen tatsächlich erst im Oktober beginnen kann, liegt der tatsächliche Baubeginn unmittelbar vor der Winterzeit, was erhebliche Auswirkungen auf die Ausführungsdauer hat. Für eine Vielzahl von Bauarbeiten, gerade im Bereich des Hochbaus im Innenbereich, ist eine geschlossene Gebäudehülle vor dem Winterzeitraum nötig. Des Weiteren können beispielsweise grundsätzlich Betonarbeiten nicht unter 5 °C (Ausnahme Warmbeton) ausgeführt werden. Möglicherweise tritt dann kurz nach Baubeginn im Oktober eine erneute Unterbrechung des Bauvorhabens witterungsbedingt ein.

### 5.3.7 Weiterführungsverpflichtung/Wiederaufnahmeverpflichtung nach § 6 Abs. 3 VOB/B

#### Allgemeines

§ 6 Abs. 3 Satz 1 VOB/B regelt die Weiterführungsverpflichtung und § 6 Abs. 3 Satz 2 VOB/B die Wiederaufnahmeverpflichtung, d. h. Satz 1 geht davon aus, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, um eine Fortführung, d. h. Weiterführung zu ermöglichen. Demgegenüber regelt Satz 2 die Wiederaufnahmeverpflichtung nach Beendigung der Behinderung. Zur besseren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



#### Weiterführungsverpflichtung gem. § 6 Abs. 3 Satz 1 VOB/B

Die Weiterführungsverpflichtung im Falle einer eingetretenen Behinderung oder Unterbrechung ist in § 6 Abs. 3 Satz 1 VOB/B geregelt, d. h. § 6 Abs. 3 Satz 1 VOB/B geht gerade davon aus, dass die Behinderung oder Unterbrechung noch andauert und regelt die Verpflichtungen des Auftragnehmers, wie er sich in diesem Fall zu verhalten hat.

Auch diese Regelung der VOB/B ist letztlich Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben und seiner Pflicht zur Schadensminimierung. Der Umfang dessen, was dem Auftragnehmer billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen, ist davon abhängig, von wem die Behinderung zu vertreten ist.

- Ist die Behinderung vom Auftragnehmer zu vertreten, hat er jede denkbar mögliche Anstrengung und Maßnahme umzusetzen, um Auswirkungen der Behinderung auf den Bauablauf auszugleichen.
- Wenn demgegenüber der Auftraggeber die Umstände zu vertreten hat, ist naturgemäß das, was dem Auftragnehmer zugemutet werden kann, geringer. Als erste Maßnahme muss er in jedem Fall jedoch mit dem Auftragnehmer Kontakt aufnehmen und mit diesem abstimmen, welche Maßnahmen sinnvoll wären, um nach Möglichkeit hierüber eine Verständigung

zu erzielen. Sofern der Auftraggeber hier Beschleunigungsmaßnahmen beauftragt, steht dem Auftragnehmer ein dementsprechender Vergütungsanspruch zu.

- Auch in dem Fall, in dem die Behinderung weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer zu vertreten ist, hat der Auftragnehmer alles zu tun, was ihm zuzumuten ist, um die Arbeiten schnellstmöglich fortzuführen. Auch hier muss er selbstverständlich mit dem Auftraggeber Kontakt aufnehmen und ihn über den jeweiligen Ablauf unterrichten und mit diesem Maßnahmen abstimmen, um schnellstmöglich das Bauvorhaben ungehindert und ununterbrochen fortsetzen zu können.

### **Wiederaufnahmeverpflichtung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 VOB/B**

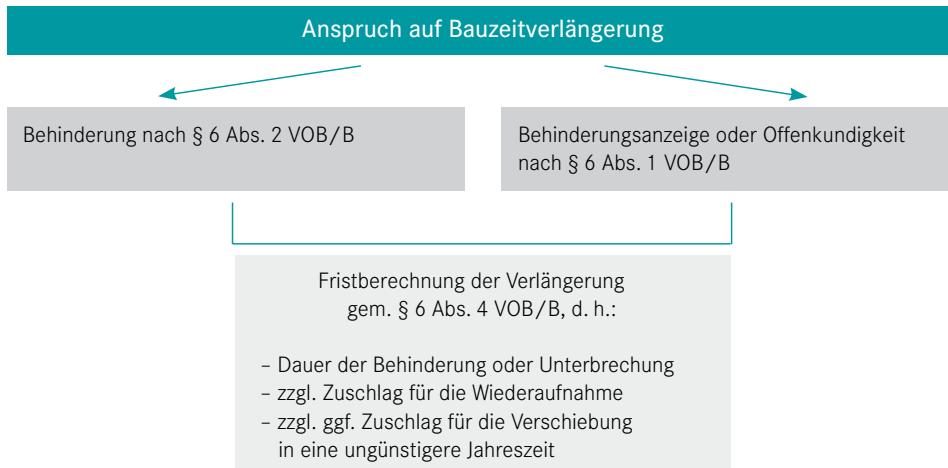
Die Wiederaufnahmeverpflichtung ist in § 6 Abs. 3 Satz 2 VOB/B geregelt und setzt voraus, dass die Unterbrechung bzw. Behinderung weggefallen ist. Dem Auftragnehmer obliegt dann, unverzüglich im Sinne des § 121 BGB, mithin ohne schuldhaftes Zögern, die Arbeiten sofort wieder aufzunehmen. Dem Auftraggeber muss der Auftragnehmer die Wiederaufnahme der Arbeiten anzeigen. Dies sollte zu Beweiszwecken schriftlich erfolgen. Der Hintergrund besteht darin, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Disposition geschaffen werden muss, und er muss auch die Möglichkeit haben, abzuschätzen, zu welcher Gesamtverzögerung es durch die Behinderung bzw. Unterbrechung gekommen ist. Genauso wie die Verletzung der Weiterführungsverpflichtung ist auch die Verletzung der Wiederaufnahmeverpflichtung die Verletzung einer Nebenpflicht, so dass hier Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) gegen den Auftragnehmer in Betracht kämen.

### **Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Bauzeitverlängerungsanspruch nach § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B folgendes voraussetzt:

Es muss eine Behinderung oder Unterbrechung im Sinne des § 6 Abs. 2 VOB/B vorliegen, wobei diese Behinderung oder Unterbrechung dem Auftraggeber schriftlich gem. § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt werden muss. Eine Ausnahme von der Anzeigeverpflichtung besteht nur im Fall der Offenkundigkeit. In welchem Umfang sich eine Fristverlängerung ergibt, ist dann wiederum nach § 6 Abs. 4 VOB/B zu ermitteln.

Demgegenüber regelt § 6 Abs. 3 VOB/B, was der Auftragnehmer im Falle einer eingetretenen Behinderung oder Unterbrechung zu tun hat, um die Fortsetzung der Arbeiten zu ermöglichen bzw. nach Wegfall der Behinderung oder Unterbrechung tun muss, d. h. die sofortige Wiederaufnahme der Arbeiten ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 BGB. Zur Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



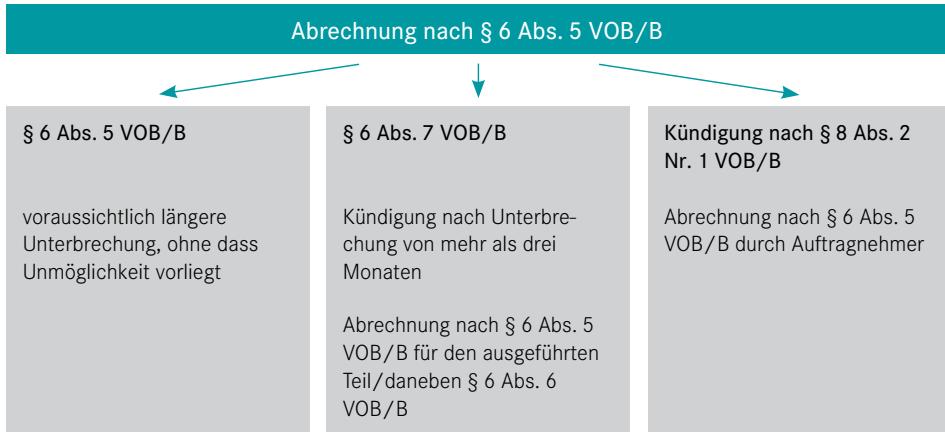
### 5.3.8 Abrechnung gem. § 6 Abs. 5 VOB/B

#### Allgemeines

Wenn die Bauausführung für eine voraussichtlich längere Dauer unterbrochen wird, ohne dass ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, erfolgt die Abrechnung gem. § 6 Abs. 5 VOB/B. Danach sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und darüber hinaus auch die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistungen enthalten sind.

Nach der VOB/B findet § 6 Abs. 5 in drei Fällen Anwendung, und zwar in dem gerade dargestellten Fall, d. h. bei einer voraussichtlich längeren Unterbrechung, ohne dass ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt.

Darüber hinaus gilt er auch für die Fälle der Abrechnung nach § 6 Abs. 7 VOB/B, wobei zugleich auf § 6 Abs. 6 VOB/B verwiesen wird. Zur Differenzierung wird nachstehend noch ausgeführt. Schließlich ist nach § 6 Abs. 5 VOB/B auch im Fall des § 8 Abs. 2 VOB/B abzurechnen. § 8 Abs. 2 VOB/B betrifft den Fall, dass der Auftraggeber den Vertrag gekündigt hat, weil der Auftragnehmer seine Zahlungen eingestellt hat oder der Auftraggeber, der Auftragnehmer oder der Gläubiger das Insolvenzverfahren gem. den §§ 14, 15 InsO oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt hat, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. Auch in diesem Fall sind die ausgeführten Leistungen des Auftragnehmers nur nach § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen. Dem Auftragnehmer können auch Schadensersatzansprüche wegen Nichtigkeit (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B) zustehen. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



Zu beachten ist des Weiteren, dass dann, wenn sowohl die Voraussetzungen für die Annahme einer Behinderung nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B vorliegen, und darüber hinaus ein subjektives Unvermögen des Auftragnehmers vorliegt, § 6 Abs. 5 VOB/B für die Abrechnung als Spezialvorschrift gilt und damit vorrangig zu beachten ist (BGH, Baur 1974 S. 208).

### Unterbrechung für voraussichtlich längere Dauer

Zunächst ist festzustellen, inwieweit eine Unterbrechung für eine voraussichtlich längere Dauer gegeben ist. In § 6 Abs. 5 VOB/B ist hierfür kein Zeitraum angegeben. Aus § 6 Abs. 7 VOB/B kann der Rückschluss gezogen werden, dass spätestens mit Ablauf von drei Monaten von einer voraussichtlich längeren Dauer gesprochen werden kann, da § 6 Abs. 7 VOB/B in diesem Fall sogar die Möglichkeit der Kündigung vorsieht. Ob überhaupt eine Mindestdauer anzunehmen ist, und ja welche, wird in der Literatur streitig beantwortet. Nach dem Ablauf von drei Monaten ist jedoch nach allen Auffassungen davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 VOB/B, d. h. die Unterbrechung für eine voraussichtlich längere Dauer, vorliegen (Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 5 Rn. 3; BGH, IBR 2001 S. 353). Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B zwei Monate (Beck'scher VOB/B-Kommentar, § 6 Abs. 5 Rn. 15) ausreichen. Teilweise wird auch vertreten, dass hier keinerlei Begrenzung (Leinemann, VOB/B, § 6 VOB/B, Rn. 73f.) zu beachten ist. § 6 Abs. 5 VOB/B setzt anders als § 6 Abs. 7 VOB/B nicht voraus, dass die Unterbrechung bereits drei Monate gedauert hat. Es reicht aus, dass zu erwarten ist, dass die Unterbrechung längere Zeit, beispielsweise drei Monate, dauern wird. Hierfür trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast (Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 6 Abs. 5 Rn. 2). Die unberechtigte Leistungsverweigerung des Auftragnehmers ist kein Fall des § 6 Abs. 5 VOB/B (BGH, Entscheidung vom 05.02.1959, Az. VII ZR 83/58).

### **Kein Fall der Unmöglichkeit**

§ 6 Abs. 5 VOB/B ist schon nach dem Wortlaut dann nicht einschlägig, wenn ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt. Dies betrifft sowohl die objektive (für jedermann unmöglich) als auch die subjektive Unmöglichkeit (nur für den Auftragnehmer), darüber hinaus sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Unmöglichkeit.

### **Abrechnung**

Für die Abrechnung ist Folgendes zu beachten:

- Zunächst sind die ausgeführten Leistungen nach Vertragspreisen abzurechnen.
- Darüber hinaus erfolgt die Kostenvergütung für die Kosten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden, aber nicht in den Vertragspreisen der ausgeführten Leistungen enthalten sind, sondern in den Vertragspreisen der noch nicht ausgeführten Leistung.

Bei der letztgenannten Komponente ist zu berücksichtigen, dass ein Auftragnehmer selbstverständlich die Kalkulation so auslegt, dass er seine allgemeinen Geschäftskosten und Baustellengemeinkosten auf die gesamten Vertragspreise umlegt, wenn er nicht ausnahmsweise diese separat in der Kalkulation erfasst. Aber auch in diesem Fall sind diese letztlich auf die Vertragspreise umzulegen. Für die Abrechnung bedarf es keiner Abnahme.

In Bezug auf die bereits im Zeitpunkt der Unterbrechung ausgeführten Leistungen ist für die Abrechnung nach Vertragspreisen zu unterscheiden, ob ein Einheitspreisvertrag, Pauschalpreisvertrag oder Stundenlohnvertrag vorliegt.

Im Falle eines Einheitspreisvertrages und gegebenenfalls auch eines Pauschalpreisvertrages sollte ein gemeinsames Aufmaß erstellt werden. Bei einem Einheitspreisvertrag ist die Abrechnung dann relativ einfach. Bei einem Pauschalpreisvertrag muss beachtet werden, dass hier die tatsächlich ausgeführten Leistungen vergütet werden sollen. Es kann folgerichtig nicht auf einen Zahlungsplan zurückgegriffen werden (BGH, BauR 1995 S. 691), so dass hier die ausgeführten Leistungen anhand möglicher gebildeter Teilpauschalen etc. dargestellt werden müssen. Bei einem Stundenlohnvertrag erfolgt die Abrechnung unter Beifügung der Nachweise nach § 15 Abs. 3 VOB/B auf der Basis des § 15 Abs. 1, 2 VOB/B.

Für die Kosten, die dem Auftragnehmer zwar bereits entstanden sind, aber in den Vertragspreisen der noch nicht ausgeführten Leistungen enthalten sind, muss ebenfalls eine nachvollziehbare Abrechnung erfolgen. Dies können z. B. Materialkosten oder Gerätekosten, Baustelleneinrichtungskosten, Vorhaltekosten etc. sein. Hier ist die Kalkulation des Auftragnehmers entscheidend.

Aus der Verweisung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B auf § 6 Abs. 5 VOB/B wird auch deutlich, dass für den Fall der Insolvenz des Auftragnehmers keine Abschlagsrechnung mehr gestellt werden kann, sondern eine endgültige Abrechnung erfolgen muss, wenn der Auftraggeber die Kündigung erklärt hat (OLG Frankfurt, ZIP 1982 S. 322–323).

Nach einer Entscheidung des OLG Köln (BauR 1996 S. 257–259) kann der Auftragnehmer im Falle einer insolvenzbedingten Kündigung nach § 8 Abs. 2 VOB/B seine Vorbereitungskosten, z. B. für Materialbeschaffung, nur insoweit erstattet verlangen, als sie in den bereits ausgeführten Leistungsteil eingeflossen sind.

## 5.4 Kündigung und Abrechnung gem. § 6 Abs. 7 VOB/B

### 5.4.1 Voraussetzungen

Nach § 6 Abs. 7 VOB/B kann jede der Vertragsparteien den Vertrag kündigen, sofern eine Unterbrechung länger als drei Monate andauert. Die Kündigung muss nach § 6 Abs. 7 Satz 1 VOB/B zwingend schriftlich erfolgen. Die Abrechnung erfolgt dann nach § 6 Abs. 5 VOB/B für die bereits ausgeführten Leistungen und nach § 6 Abs. 6 VOB/B im Falle eines etwaigen Schadensersatzes. Sofern die Kündigung vom Auftragnehmer ausgesprochen wird und er die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, sind darüber hinaus auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten – Ausnahme, diese sind bereits in den Vertragspreisen für die ausgeführten Leistungen enthalten, die nach § 6 Abs. 5 VOB/B dem Auftraggeber in diesem Fall in Rechnung gestellt werden könnten.

§ 6 Abs. 7 VOB/B ist damit ein Sonderkündigungsrecht für beide Parteien, wobei sich die Frist, d. h. der Ablauf von mindestens drei Monaten, anhand der §§ 186 ff. BGB ermittelt. Grundsätzlich ist für die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 7 VOB/B Voraussetzung, dass die Unterbrechung bereits mindestens drei Monate angedauert hat. Eine Ausnahme ist jedoch dann gegeben, wenn absolut sicher feststeht, dass die Unterbrechung mindestens drei Monate andauern wird. In diesem Fall kann auch zu einem früheren Zeitpunkt, d. h. kurze Zeit nach Beginn der Unterbrechung, der Vertrag gekündigt werden (BGH, BauR 2004 S. 1285).

Zu beachten ist, dass die § 8 Abs. 1 bis 4 VOB/B sowie § 9 VOB/B durch § 6 Abs. 7 VOB/B nicht ausgeschlossen werden. § 6 Abs. 7 VOB/B ist keine Spezialvorschrift und geht folgerichtig auch anderen Regelungen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, auch nicht vor. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dann, wenn dem Auftraggeber beispielsweise nach § 8 Abs. 2 bis 4 VOB/B ein wichtiger Grund zur Kündigung zusteht, er weitergehende Schadensersatzansprüche hat als nach § 6 Abs. 7 VOB/B, der insoweit auf § 6 Abs. 6 VOB/B verweist und der beispielsweise den entgangenen Gewinn nur dann ersetzt, wenn grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegen. Bereits aus diesem Umstand ergibt sich, dass hier § 6 Abs. 7 VOB/B keine Spezialvorschrift sein kann. Der Auftraggeber muss also darüber nachdenken, auf welcher Basis er die Kündigung ausspricht. Zweckmäßigerweise kündigt er auf der Basis, die ihm die weitest reichenden Rechtsfolgen ermöglicht. Das Gleiche gilt für den Auftragnehmer, sofern die Voraussetzungen des § 9 VOB/B vorliegen. Gerade dann, wenn ein wichtiger Grund für die Vertragsparteien besteht, den Vertrag zu kündigen, sollte darauf ausdrücklich verwiesen werden, damit hier Missverständnisse vermieden werden.

Weitere Voraussetzung ist, dass die Unterbrechung im Zeitraum der Kündigung noch fortwirkt. Wenn beispielsweise die Unterbrechung sechs Monate angedauert und keine der beiden Vertragspartner den Vertrag gekündigt hat, und das Bauvorhaben dann fortgesetzt wird, besteht keine Kündigungsmöglichkeit mehr nach § 6 Abs. 7 VOB/B. Die Vertragsparteien sollten daher im Falle längerer Unterbrechungen jeweils über die Frage nachdenken, ob eine Kündigung Sinn ergibt und diese gegebenenfalls rechtzeitig aussprechen.

Kein Fall des § 6 Abs. 7 VOB/B ist dann gegeben, wenn zwar eine Unterbrechung von mehr als drei Monaten während der Bauausführung eintritt, diese Unterbrechung jedoch beiden Vertragspartnern bei Vertragsabschluss bekannt war.

Für die Frage der Kündigungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 7 VOB/B kommt es nicht darauf an, aus welchem Risikobereich die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung stammt und inwieweit, und wenn ja, wer diese Unterbrechung zu vertreten hat. Auch diejenige Vertragspartei, die die Unterbrechung zu vertreten hat, kann nach § 6 Abs. 7 VOB/B den Vertrag kündigen (BGH, BauR 2006 S. 371–374; BGH, BauR 2004 S. 1285–1288).

Voraussetzung ist ebenso wenig, dass die Ausführung nach Vertragsabschluss überhaupt begonnen hat (OLG Celle, IBR 2000 S. 158). Der Auftraggeber ist insbesondere auch dann zur Kündigung eines Vertrages nach § 6 Abs. 7 VOB/B berechtigt, wenn als Baubeginn »14 Tage nach Baugenehmigung« zwischen den Vertragsparteien vereinbart war und der Baubeginn sich dann wegen der nicht erteilten straßenverkehrsrechtlichen Genehmigung um mehr als drei Monate verschiebt (OLG Frankfurt, BauR 1999 S. 774–776).

Ein Fall des § 6 Abs. 7 VOB/B liegt nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (BauR 1999 S. 491–494) auch dann vor, wenn ein Auftraggeber Rohrleitungsarbeiten ausschreibt und in der Ausschreibung nicht kenntlich macht, dass diese in erheblichem Umfang mit Asbest ummantelt sind. Wenn es dann während der Ausführung wegen der Asbestummantelung zu einer Unterbrechung von mehr als drei Monaten kommt, kann der Auftragnehmer nach § 6 Abs. 7 VOB/B kündigen (OLG Düsseldorf, BauR 1999 S. 491–494). Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass § 6 Abs. 7 VOB/B auch eine Teilkündigung zulässt, und zwar bezogen auf den Teil der übertragenen Arbeiten, auf den sich die Unterbrechung auswirkt und dieser von der Unterbrechung betroffene Teil von der im Übrigen geschuldeten Gesamtleistung abgegrenzt werden kann (OLG Düsseldorf, BauR 1984 S. 671).

Es reicht demgegenüber nicht aus, dass nur ein Teil der Leistungen (Teilleistungen) eingestellt werden oder bloße Verzögerungen der Arbeiten als solche vorliegen (OLG Düsseldorf, BauR 2009 S. 1594–1599).

#### **5.4.2 Ausschluss der Kündigung**

Die Kündigung ist jedoch dann auf der Basis des Grundsatzes von Treu und Glauben ausgeschlossen, wenn der Kündigende letztlich nur die Rechte des Vertragspartners vereiteln will. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die Leistungen zu Recht

deswegen einstellt, weil der Auftraggeber berechtigte Zahlungen nicht leistet. Der Auftraggeber kann sich des Vertrages dann nicht nach § 6 Abs. 7 VOB/B, sondern nur nach § 8 Abs. 1 VOB/B durch Kündigung entledigen. Dasselbe gilt, wenn der Auftragnehmer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 9 Abs. 1 a, b oder § 9 Abs. 3 VOB/B hat. Umgekehrt gilt ebenso, dass der Auftragnehmer den Vertrag nicht nach § 6 Abs. 7 VOB/B wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben kündigen kann, wenn dem Auftraggeber wiederum Kündigungsrechte aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 2 bis 4 VOB/B zustehen.

#### 5.4.3 Abrechnung

##### § 6 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 5 VOB/B

Für die ausgeführten Leistungen gilt, dass diese entsprechend der bereits dargestellten Grundsätze nach § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen sind. Deswegen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

##### § 6 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 6 VOB/B

Aus dem Verweis von § 6 Abs. 7 VOB/B auf § 6 Abs. 6 VOB/B wird deutlich, dass auch Schadensersatzansprüche und gegebenenfalls auch Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB geltend gemacht werden können. Nach § 6 Abs. 6 VOB/B können dann Schadensersatzansprüche gefordert werden, wenn die Unterbrechung von der Gegenseite zu vertreten ist. Es kann jedoch nur der nachweislich entstandene Schaden geltend gemacht werden, entgangener Gewinn nur im Falle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Ebenso ist zu prüfen, inwieweit möglicherweise, wenn das Verschulden fehlt, ein Anspruch nach § 642 BGB gegeben ist.

Zur Klarstellung bleibt jedoch festzuhalten, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 6 VOB/B wesentlich einfacher darzustellen ist als ein Anspruch auf Schadensersatz isoliert nach § 6 Abs. 6 VOB/B, d. h. im Falle des § 6 Abs. 7 VOB/B bedarf es nicht der umfänglichen Darlegung eines etwaig gestörten Bauablaufs, da hier eine Unterbrechung eingetreten ist.

#### Rechnung

Voraussetzung für die Fälligkeit ist neben der Kündigung eine prüfbare Rechnung nach § 14 VOB/B, wobei die Prüffrist nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B zu beachten ist (BGH, BauR 1987 S. 95).

#### Kosten der Baustellenberäumung

Wenn die Unterbrechung nicht vom Auftragnehmer zu vertreten ist, kann er auch die Kosten der Baustellenberäumung gem. § 6 Abs. 7 Satz 2 VOB/B geltend machen. Hier ist jedoch

zunächst zu überprüfen, inwieweit diese Kosten möglicherweise in den bereits ausgeführten Leistungen, die nach Vertragspreisen gem. § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen sind, schon enthalten sind. Sofern eine Umlage der Baustellenberäumungskosten auf sämtliche Vertragspreise erfolgt ist, muss natürlich eine Abgrenzung erfolgen, d. h. die Baustellenberäumungskosten, die bereits nach § 6 Abs. 5 VOB/B in Rechnung gestellt werden, müssen von der Gesamtsumme der Kosten für die Baustellenberäumung abgezogen werden. Das Ergebnis dieser Differenz ist dann der Betrag, der noch über § 6 Abs. 7 Satz 2 VOB/B geltend gemacht werden kann.

## 5.5 Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B

### 5.5.1 Anwendbarkeit und Abgrenzung

#### Anwendbarkeit

§ 6 Abs. 6 VOB/B kann sowohl bei Aufrechterhaltung des Vertrages eine eigenständige Bedeutung zukommen als auch ein Auffangtatbestand für alle Fälle der Leistungsstörungen und Verzögerungen sein, d. h. er kann unmittelbare Anwendung finden oder aber auch als Verweisungsvorschrift in § 5 Abs. 4 VOB/B oder aber § 6 Abs. 7 VOB/B.

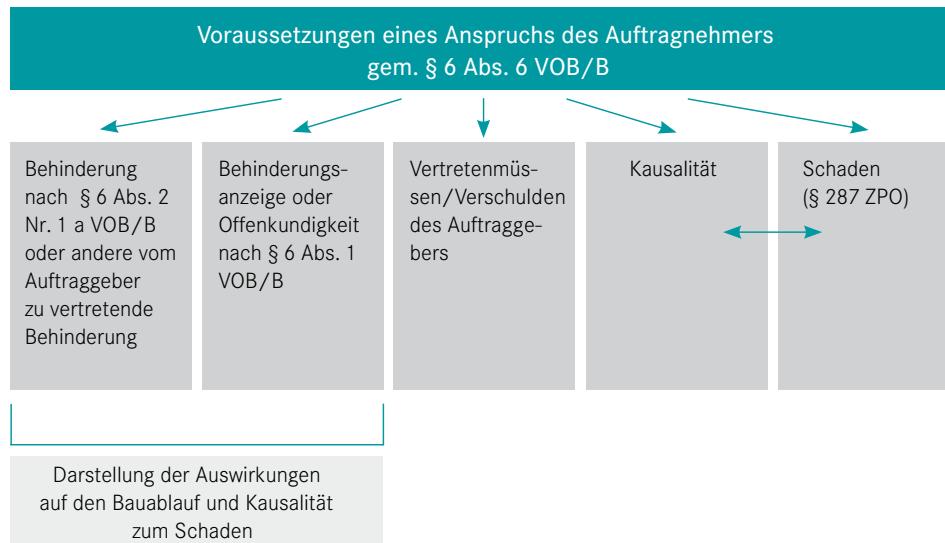
#### Voraussetzungen eines Anspruchs des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B

Grundlage für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B ist, dass die Voraussetzungen des § 6 VOB/B eingehalten sind, d. h. es muss eine Behinderungsanzeige oder aber Offenkundigkeit nach § 6 Abs. 1 VOB/B vorliegen. Darüber hinaus muss entweder eine Behinderung nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B oder aber eine andere vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung gegeben sein. Das Verschulden der Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers wird diesem gem. § 278 BGB zugerechnet. Es bedarf einer konkreten und detaillierten Darstellung der Auswirkungen der einzelnen Behinderungen und Unterbrechungen auf den Bauablauf, wobei im Folgenden noch die Anforderungen dargestellt werden. Zudem ist die Kausalität zu dem eingetretenen Schaden unter Beifügung von Nachweisen darzustellen. Häufig wird hierbei unberücksichtigt gelassen, dass nach § 287 ZPO das Gericht nur eine Schätzung im Bereich der Schadenshöhe vornehmen kann (BGH, BauR 2005 S. 857–861). Grundvoraussetzung ist jedoch, dass der Anspruch dem Grunde nach ausreichend konkret dargelegt und unter Beweis gestellt worden ist, da der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Erst wenn diese Grundvoraussetzung, d. h. die Darlegung des Anspruchs dem Grunde nach, gegeben ist, erfolgt die Überprüfung der Höhe nach. Auch hier muss konkret vorgetragen werden. Grundsätzlich steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens zu. Eine Berechnung kann dann mit Hilfe der Differenzhypothese erfolgen (OLG Düsseldorf, BauR 2007 S. 1270–1278). Sofern der Schaden nicht abschließend

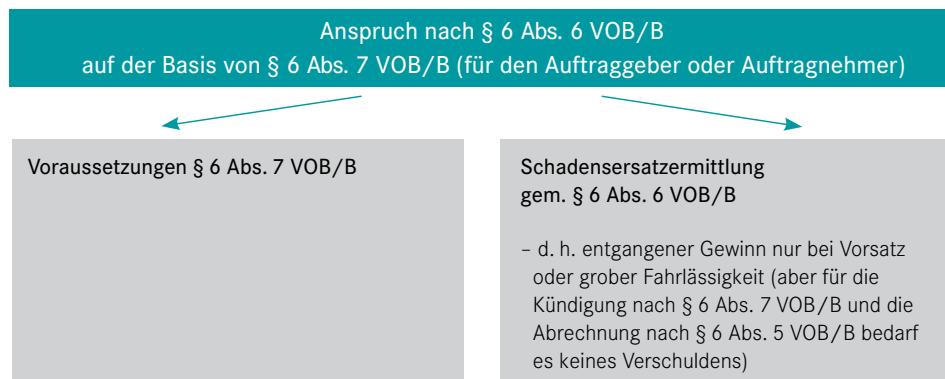
feststeht, jedoch Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung des Gerichts bestehen, findet § 287 ZPO Anwendung. In der Praxis wird häufig versucht, wegen der extremen Schwierigkeit der Darstellung der Behinderungen und Auswirkungen auf den Bauablauf § 287 ZPO auf diesen Bereich auszudehnen. Dies ist jedoch rechtlich unzulässig (BGH, BauR 2005 S. 857–861).

Die nachstehende Übersicht soll zur Verdeutlichung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen eines Anspruchs des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B auf Schadensersatz dienen:



### Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 6 VOB/B

Der Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 6 VOB/B, der sowohl dem Auftraggeber als auch dem Auftragnehmer zustehen kann, wurde vorstehend bereits dargestellt. Zur Vereinfachung wird auf die nachstehende Übersicht verwiesen:



### 5.5.2 Verschulden

#### Allgemeines

Ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber gem. § 6 Abs. 6 VOB/B setzt ein Verschulden voraus. Hierbei kann es sich um das eigene Verschulden des Auftraggebers gem. § 276 BGB handeln oder aber um das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, das ihm nach § 278 BGB zugerechnet wird. Bei einem Bauzeitverlängerungsanspruch gem. § 6 Abs. 4 VOB/B reicht es aus, dass eine Behinderung nach § 6 Abs. 2 VOB/B vorliegt, wobei es nicht auf die Frage des Verschuldens bzw. des Vertretenmüssens ankommt. Dies ist bei einem Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B anders, da ein Schadensersatzanspruch immer ein Verschulden des Anspruchsgegners voraussetzt. Folgerichtig können letztlich nur Behinderungen nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B oder aber andere dort nicht aufgeführte Behinderungsfälle Grundlage sein, die vom Auftraggeber zu vertreten sind.

#### Eigenes Verschulden nach § 276 BGB

Die Frage und die Anforderung eines eigenen Verschuldens des Auftraggebers sind in § 276 BGB geregelt. Das kann zum Beispiel eine vom Auftraggeber zu vertretende Bauzeitverschiebung sein (OLG Düsseldorf, BauR 1988 S. 487; OLG Köln, BauR 1986 S. 582; Ingenstau / Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 6 Rn. 13).

Es ist damit bei jeder vom Auftragnehmer behaupteten und dargelegten Behinderung zu überprüfen, ob diese tatsächlich vom Auftraggeber zu vertreten ist oder ihm zumindest über § 278 BGB zugerechnet werden kann. Es kann damit der Fall eintreten, dass der Auftragnehmer zwar gem. § 6 Abs. 4 VOB/B einen Bauzeitverlängerungsanspruch von vier Monaten hat, dass er jedoch letztlich, da nur ein geringer Teil vom Auftraggeber zu vertreten ist, für seine Schadensberechnung nur eine Bauzeitverlängerung von einem Monat zugrunde legen kann.

#### § 278 BGB

Dem Auftraggeber wird auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zugerechnet. Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind beispielsweise die von ihm eingeschalteten Architekten, Sonderfachleute (z. B. Tragwerksplaner, Statiker, sonstige Ingenieure) und Projektsteuerer. Es handelt sich insoweit um Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers, da er sich seiner bedient, um Verpflichtungen gegenüber dem Auftragnehmer zu erfüllen. Im Zusammenhang mit den Planern besteht die Verpflichtung z. B. darin, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer rechtzeitig ordnungsgemäße Pläne übergeben muss. Wenn die insoweit von ihm eingeschalteten Planer zu spät liefern, wird dieses zu späte Liefern dem Auftraggeber zugerechnet wie ein eigenes Verschulden.

Wenn wiederum Nachunternehmer des Auftragnehmers durch verspätete Planlieferungen des Auftraggebers behindert werden, findet § 278 BGB zumindest entsprechende Anwendung (OLG Frankfurt, BauR 1999 S. 49–51).

In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass ein Vorunternehmer grundsätzlich kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer ist, der sich wegen einer möglicherweise verspäteten Fertigstellung der Vorleistungen auf § 6 Abs. 6 VOB/B stützen will. Hier fehlt es an einer Zurechnungsnorm (OLGR Frankfurt 1996 S. 212–213; BGHZ 95 S. 128; OLG Nürnberg, BauR 1994 S. 517–518; BGH, BauR 2003 S. 531–532; OLG Köln, NJW-RR 2004 S. 818–820; BGH, BauR 1985 S. 561; BGH, BauR 2000 S. 722; Ingenustau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 6 Rn. 16).

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn zwischen den Parteien eine ausdrückliche Fixierung und Vereinbarung in dem Vertrag vorhanden ist, eine bestimmte Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen. Es kommt jedoch ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht.

### Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer für Schadensersatzansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B gegenüber dem Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Behinderungen eingetreten sind, er diese Behinderungen angezeigt hat oder sie offenkundig waren, und er muss konkret darlegen, welche Auswirkungen die Behinderungen auf den Bauablauf hatten und welche konkreten Schäden sie nach sich gezogen haben.

Für das Verschulden gilt jedoch, dass bei entsprechend ordnungsgemäßer Darlegung der einzelnen Behinderungen der Rechtsgedanke des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt, wonach das Verschulden des Auftraggebers für Behinderungen aus seiner Sphäre vermutet wird. Der Auftraggeber müsste sich insoweit entlasten, d. h. er muss darlegen, dass kein Verschulden vorliegt (OLG Düsseldorf, BauR 1999 S. 491–494; OLG Düsseldorf, BauR 1997 S. 646; Ingenustau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 6 Rn. 130, 135; Vygen/Schubert/Lang, Rn. 258).

### 5.5.3 Behinderung und Behinderungsanzeige

#### Behinderungsanzeige

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B ist, dass ordnungsgemäße Behinderungsanzeigen gem. § 6 Abs. 1 VOB/B vorliegen oder Ausnahmen im Falle der Offenkundigkeit entbehrlich sein können. Auch hier bleibt als Praxishinweis immer nur darauf hinzuweisen, dass auf jeden Fall schriftlich umfänglich Behinderungsanzeigen an den Auftraggeber gerichtet werden müssen, damit im Streitfall nachgewiesen werden kann, dass Behinderungsanzeigen vorlagen, also dem Auftraggeber bekannt war, dass Behinderungen vorliegen. Wenn letztlich zu allen wichtigen Behinderungen die Anzeigen fehlen, müsste bei einem Gerichtsverfahren das erkennende Gericht immer zur Frage der Offenkundigkeit zusätz-

lich entscheiden. Hier bedürfte es möglicherweise der Vorlage diverser Urkunden und der Anhörung unterschiedlichster Zeugen. Die Durchsetzung eines gestörten Bauablaufs ist ohnehin sehr schwierig. Sie sollte nicht noch durch fehlende Behinderungsanzeigen erschwert werden. Der Auftragnehmer ist insoweit gehalten, die Behinderung oder Unterbrechung anzuzeigen und in dieser Behinderungsanzeige alle Umstände und Tatsachen zu benennen, aus denen sich für den Auftragnehmer mit hinreichender Klarheit entnehmen lässt, aus welchen Gründen eine Behinderung vorliegt. Der Auftragnehmer muss insoweit auch dazu Angaben machen, ob und wann seine Arbeiten nach dem ursprünglichen Ablauf hätten ausgeführt werden sollen und nach dem nunmehr durch die Behinderung oder die Unterbrechung gestörten Ablauf wahrscheinlich erst ausgeführt werden können (KG Berlin, IBR 2005 S. 476; BGH, NJW 2000 S. 1336). Bedurfte es einer Behinderungsanzeige, weil die Behinderung nicht offenkundig war, scheitert ein Schadensersatzanspruch (Saarländisches OLG, BauR 1998 S. 1010–1011).

### **Behinderung/Unterbrechung**

Ein Schadensersatzanspruch setzt – wie dargelegt – eine vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung voraus. Dies können beispielsweise folgende sein:

- das Fehlen oder die verspätete Übergabe von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen
- bei unzureichender, unvollständiger, fehlender oder verspäteter Übergabe von notwendigen Plänen, z. B. Ausführungspläne, Montagepläne, Detailpläne etc.
- Planänderungen des Auftraggebers
- die fehlende oder verspätete Bereitstellung des Grundstücks
- ein durch Nachbaransprüche bedingter Baustopp (OLG Düsseldorf, BauR 1988 S. 487–491).
- Eine verspätet beschaffte Nachtragsbaugenehmigung oder eine fehlende Baugenehmigung.
- Dasselbe gilt für die verspätete oder fehlende Erfüllung von Mitwirkungspflichten.
- Auch Zusatzaufträge können vom Auftraggeber zu vertretende Behinderungen sein.
- Eine fehlende Baugenehmigung ist jedoch trotz der dadurch bedingten Bauverzögerung dann keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch, wenn diese fehlende Baugenehmigung nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist (OLG Frankfurt, ZfBR 1986 S. 237–238).
- Auch dann, wenn der Auftraggeber Bauzeiten verschiebt, kann darin eine Behinderung im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B gegeben sein. Wenn es sich um eine Anordnung zur Verschiebung handelt, kann auch ein Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B gegeben sein (OLG Köln, BauR 1986 S. 582–584).
- Beauftragte Nachtragsleistungen können Behinderungen im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B darstellen, so sie sich auf den Bauablauf auswirken (OLG Koblenz, NJW-RR 1988 S. 851–852; OLG Köln, NJW 1986 S. 71).

- Es kann eine Behinderung vorliegen, wenn eine andere Bodenbeschaffenheit vorgefunden wird als ausgeschrieben (OLG Düsseldorf, BauR 1991 S. 337–340; OLG Hamm, NJW-RR 1994 S. 406–408; BGH, BauR 1988 S. 338).
- Demgegenüber ist keine vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung anzunehmen, wenn die Arbeiten des Auftragnehmers in einer Baugrube durch auftretendes Grundwasser behindert werden, da dieser Umstand nicht dem Auftraggeber zuzurechnen ist (OLG Köln, BauR 1995 S. 243).
- Insbesondere ist keine Behinderung anzunehmen, wenn vor Ausführung von Nachträgen keine Nachtragsvereinbarung zustande kommt. Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B soll lediglich eine Preisvereinbarung vor dem Beginn der Ausführung erfolgen (OLG Düsseldorf, BauR 2006 S. 531–532).
- Eine Behinderung ist auch dann nicht gegeben, wenn eine zwar vom Auftragnehmer unerwartet starke Belastung des Bodens vorliegt, jedoch die Belastung als solche dem Auftragnehmer bekannt war, da hier vom Auftraggeber nicht zu vertreten sein kann, dass eine weitergehende Belastung vorliegt (OLG des Landes Sachsen-Anhalt, BauR 2006 S. 889).
- Auch die Verschiebung des Baubeginns durch den Auftraggeber bedingt durch eine Planungsänderung oder Gründungsschwierigkeiten ist eine vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung (OLG Düsseldorf, BauR 1995 S. 706–708).
- Wenn der Auftraggeber es in der Ausschreibung unterlässt, darauf hinzuweisen, dass die ausgeschriebenen und zu entfernenden Leitungen mit Asbest ummantelt sind und dann in der Folgezeit bedingt durch die Entsorgung des Asbestes es zu einer lange dauernden Unterbrechung kommt, liegt ein Fall einer vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderung vor (OLG Düsseldorf, BauR 1999 S. 491–494).

Grundsätzlich sind Vorunternehmer keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers, so dass deren Verschulden an einer Behinderung grundsätzlich dem Auftraggeber im Verhältnis zum Nachunternehmer nicht zugerechnet werden kann. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn ein zusätzliches Koordinierungsverschulden des Auftraggebers vorliegt oder aber eine vereinbarte Mitwirkungspflichtverletzung. Dasselbe gilt im Falle einer schulhaften Pflichtverletzung des Architekten, ebenso, wenn der Auftraggeber für die Erbringung der mangelfreien und rechtzeitigen Vorleistung einstehen will und dies vertraglich geregelt ist, oder aber mit dem Auftraggeber eine Verpflichtung vereinbart wurde, wonach die Vorleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen ist. Eine derartige Vereinbarung sollte der Auftragnehmer abschließen, damit er im Streitfall, d. h. bei Auftreten von Behinderungen, nicht auf einen Anspruch nach § 642 BGB mit eingeschränkterem Umfang verwiesen ist. Sofern in den vorbenannten Fällen der verspäteten oder unzureichenden Fertigstellung der Vorunternehmerleistungen keine Erfüllungsgehilfeneigenschaft nach § 278 BGB angenommen werden kann, weil keine der vorbenannten Ausnahmefälle vorliegt, normiert

§ 6 Abs. 6 VOB/B ausdrücklich, dass Ansprüche nach § 642 BGB neben § 6 Abs. 6 VOB/B möglich sind. Der Vorteil des noch später darzustellenden Anspruchs nach § 642 BGB besteht insoweit darin, dass kein Verschulden des Auftraggebers erforderlich ist, so dass auch im Fall der nicht rechtzeitigen Herstellung der Vorunternehmerleistung ein Anspruch und zwar nach § 642 BGB in Betracht kommt.

#### **5.5.4 Darstellung des Schadensersatzanspruchs dem Grunde nach (haftungsgrundende Kausalität)**

##### **Darlegungs- und Beweislast**

Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die aufgetretenen Behinderungen sowie für deren Auswirkungen auf den Bauablauf und damit zusammenhängender Schäden. Etwas anderes gilt insoweit nur hinsichtlich des Verschuldens des Auftraggebers bei aufgetretenen Behinderungen, sofern sie aus seiner Sphäre stammen. Insoweit gilt § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB wie bereits dargelegt (OLG Düsseldorf, BauR 1999 S. 491–494; OLG Düsseldorf, BauR 1997 S. 646; Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, VOB/B, § 6 Abs. 6 Rn. 130, 135; Vygen/Schubert/Lang, Rn. 258).

Von einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist nach der Rechtsprechung insbesondere auch dann auszugehen, wenn beispielsweise ein öffentlicher Auftraggeber einen eingereichten Nachtrag zu einem gestörten Bauablauf dezidiert überprüft und den Nachtrag dem Grunde nach bestätigt und das Ergebnis seiner Prüfung (nach Kürzungen) dem Auftragnehmer übersendet mit dem Vermerk, dass er insoweit den Nachtrag für berechtigt hält. Hierbei handelt es sich um eine Erklärung gegen sich selbst (BGH, BauR 1977 S. 138; OLG Zweibrücken, BauR 2002 S. 1857–1859).

##### **Darstellung der Behinderungen und Unterbrechungen mit Auswirkungen auf den Bauablauf**

Nach ständiger BGH-Rechtsprechung ist der Auftragnehmer für eine substantiierte und Erfolg versprechende Darstellung eines Schadensersatzanspruchs dem Grunde nach gem. § 6 Abs. 6 VOB/B verpflichtet, die **anspruchsgrundenden Tatsachen** substantiiert vorzutragen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im juristischen Bereich zwischen Ansprüchen dem Grunde nach, also der **haftungsgrundenden Kausalität**, und der Höhe nach, und damit der **haftungsausfüllenden Kausalität**, zu unterscheiden ist. Der Auftragnehmer muss daher die anspruchsgrundenden Tatsachen so substantiiert vortragen und so konkret auf den Bauablauf bezogen, dass die einzelne Pflichtverletzung und die daraus resultierende Behinderung und damit in Zusammenhang stehende Störung auf den Bauablauf dargelegt wird. Grundlage ist § 286 ZPO (vgl. BGH, BauR 2005 S. 857; BGH, BauR 2005 S. 861; BGH, NJW 2000 S. 1336; KG Berlin, IBR 2005 S. 476; OLG Oldenburg, IBR 2001 S. 418; BGH, BauR 2002 S. 1249–1252;

Saarländisches OLG, IBR 2001 S. 660; OLG Braunschweig, BauR 2001 S. 1739–1747; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998 S. 670–671).

Es bedarf eines Vortrages durch den Auftragnehmer, dass und außerdem welche Behinderungen oder Unterbrechungen vorgelegen haben und der adäquat kausalen Darstellung, zu welcher Verlängerung es durch die Behinderungen bzw. Unterbrechungen gekommen ist. Es ist letztlich darzustellen, dass die Verlängerung auf die hindernden Umstände und auf eine Verletzung der Pflichten des Auftraggebers zurückzuführen ist. Der Auftragnehmer muss insoweit auch anhand der Behinderungsanzeigen, sofern diese nicht wegen Offenkundigkeit entbehrlich waren, darstellen, dass er den Auftraggeber darauf hingewiesen hat. Er muss konkret und sehr detailliert Angaben dazu machen, durch welche Behinderung und welche Unterbrechung er welche Arbeiten nicht wie geplant ausführen konnte, sondern nur störungsbedingt später (BGH, NJW 2000 S. 1336; KG Berlin, IBR 2005 S. 476).

Insbesondere entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass auch die Verhältnisse von Großbaustellen es gerade nicht unmöglich machen, einen etwaigen Behinderungsschaden konkret darzulegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gerade bei Großbauvorhaben eine deutlich weitergehende Dokumentation erfolgt als im Rahmen kleinerer Bauvorhaben. Es besteht nach der Rechtsprechung insbesondere auch die Möglichkeit, neben den Behinderungsanzeigen in Tagesberichten die einzelnen Auswirkungen (Leerarbeit, Leerkosten) darzustellen und baubegleitend zu erfassen (OLG Oldenburg, IBR 2001 S. 418; BGH, BauR 2005 S. 857; BGH, BauR 2005 S. 861). Diese Entscheidungen beruhen insbesondere auch darauf, dass der Anspruchsteller seinen Schaden beweisen muss und dass ein Schaden immer konkret ermittelt werden muss und nie abstrakt dargestellt und beansprucht werden kann. Zudem wird sich gerade auch bei Großbaustellen nicht jede Behinderung negativ auf den Bauablauf auswirken (z. B. Bauzeitverlängerung, Produktivitätseinbußen), da häufig bei Großbaustellen für das eingesetzte Personal oder für die eingesetzten Geräte andere Einsatzmöglichkeiten bestehen (OLG Oldenburg, IBR 2001 S. 418).

Bereits die Behinderung muss sehr konkret dargelegt werden im Sinne eines Soll-Ist-Vergleichs. Dies bedeutet, dass zunächst der Soll-Ablaufplan dargestellt werden muss. Dies kann anhand des vereinbarten Bauablaufplans und der vereinbarten Vertragsdaten erfolgen. Die einzelnen Behinderungen und Unterbrechungen müssen dann darauf aufbauen, bauablaufbezogen dargestellt werden, d. h. es muss konkret dargelegt werden, welche Auswirkungen die Behinderung z. B. für die Nachfolgegewerke oder aber für das betroffene Gewerk (z. B. Rohbau) haben. Sofern beispielsweise Ausführungspläne fehlen, müsste der ursprüngliche Bauablaufplan (Bau-Soll) als Ausgangspunkt dargestellt werden und im Anschluss, welche Auswirkungen die fehlenden Ausführungspläne hatten. Wenn beispielsweise die fehlenden Ausführungspläne dazu führten, dass bestimmte Bereiche zunächst nicht fortgesetzt werden konnten, sondern erst zwei Monate später, müsste dies entsprechend dargestellt werden sowie die einzelnen technischen Abhängigkeiten zu den Nachfolgegewerken, damit

für den außen stehenden Richter und späteren Sachverständigen überprüfbar wird, warum eine Bauzeitverlängerung, und wenn ja in welchem Umfang, die Folge war.

Demgegenüber reichen allgemeine Hinweise darauf, dass Pläne nicht rechtzeitig übergeben oder freigegeben wurden und dass dadurch bedingt Bauablaufstörungen die Folge waren, nicht aus, da nicht erkennbar wird, ob es überhaupt zu Behinderungen kam, da für die Bauausführung nicht jedweder Plan zu dem ursprünglich vereinbarten Termin vorliegen muss, damit eine rechtzeitige Fertigstellung möglich ist (BGH, BauR 2002 S. 1249–1252). Es ist vielmehr erforderlich, dass dann, wenn beispielsweise Pläne durch den Auftraggeber verspätet an den Auftragnehmer ausgereicht werden, detailliert dargelegt wird, zu welchem Zeitpunkt der Auftraggeber zunächst einmal überhaupt hätte die Pläne übergeben müssen und wann er sie tatsächlich übergeben hat und warum dann welche Leistungen später ausgeführt werden konnten unter Darstellung der technischen Abhängigkeiten (Saarländisches OLG, IBR 2001 S. 660; OLG Braunschweig, BauR 2001 S. 1739–1747).

Wenn demgegenüber der Auftragnehmer selbst mit seinen Leistungen in Verzug ist, ist möglicherweise die verspätete Übergabe eines Ausführungsplans durch den Auftraggeber nicht kausal für eine Bauverzögerung (OLG Rostock, BauR 2006 S. 577).

Auch reicht die vielfach in der juristischen Praxis erfolgte Darlegung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 6 Abs. 6 VOB/B in der Form nicht aus, wenn der Auftragnehmer lediglich vorträgt, dass ursprünglich zu dem Zeitpunkt X der Baubeginn sein sollte und tatsächlich der Baubeginn erst zu dem Zeitpunkt Y erfolgen konnte. Auch in diesen Fällen müssen die Auswirkungen des verspäteten Baubeginns auf den Bauablauf dargestellt werden, d. h. es hat immer ein Soll-Ist-Vergleich zu erfolgen (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998 S. 670–671).

## § 287 ZPO

In der Praxis wird häufig versucht, bereits im Bereich der Darstellung des Anspruchs dem Grunde nach, also der Darstellung der haftungsbegründenden Kausalität, auf § 287 ZPO zurückzugreifen. § 287 ZPO enthält eine Beweiserleichterung. Diese gilt jedoch nicht für die haftungsbegründende Kausalität, sondern nur für die haftungsausfüllende Kausalität, also der Darstellung des Anspruchs der Höhe nach. Bei der Darstellung des Anspruchs dem Grunde nach (haftungsbegründende Kausalität) kommt der Auftragnehmer an einer konkreten Darstellung nicht vorbei. Liegt diese nicht vor, führt dies zu einem Anspruchsverlust (BGH, BauR 2005 S. 857–861). Für den Bereich der haftungsbegründenden Kausalität verbleibt es dabei – wie bereits dargestellt –, dass § 286 ZPO die konkrete Darstellung fordert, egal wie umfangreich und schwierig darstellbar sie für den Auftragnehmer sein wird.

## Gegebenenfalls Differenzierung

Wenn tatsächlich unterschiedliche Bauzeitverlängerungen mit völlig unterschiedlichen Sachverhalten vorliegen und dies vom Auftragnehmer auch in dieser Form vorgetragen wird und ein Teil der Bauzeitverlängerung auf vertragsgemäßen Anordnungen des Auftraggebers beruht

und ein anderer Teil wiederum auf vertragswidrigen Anordnungen des Auftraggebers oder Behinderungen und Unterbrechungen, die vom Auftraggeber zu vertreten sind, muss der Auftragnehmer hier differenziert zu den einzelnen eingetretenen Bauzeitverlängerungen vortragen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass vertragswidrige Anordnungen und Baubehinderungen Grundlage für einen Schadensersatzanspruch sind und vertragsgemäße Anordnungen auch einen Vergütungsanspruch nach sich ziehen können (OLG Hamm, BauR 2005 S. 1480–1483).

### Rechtsprechungsbeispiele

- Nach einer Entscheidung des BGH (BauR 2000 S. 409–411) ist bei der Vertragsdurchführung immer die Kooperationsverpflichtung der Vertragsparteien maßgebend. Wenn die Parteien z. B. darüber streiten, ob ein Anspruch wegen Störung des Bauablaufs auf § 2 Abs. 5 VOB/B oder § 6 Abs. 6 VOB/B gestützt werden kann und der Auftraggeber sich darauf zurückzieht, dass der Auftragnehmer seine Arbeitskräfte hätte anders einsetzen können, kann dieser Einwand vom Auftragnehmer nicht pauschal zurückgewiesen werden. Er muss sich vielmehr mit diesem Einwand auseinander setzen und seine Forderung für den Auftraggeber näher erläutern und darstellen. Erst dann, wenn eine einvernehmliche Lösung scheitert und damit der Auftragnehmer seiner Kooperationsverpflichtung nachgekommen ist, kann ein Grund zur wichtigen Kündigung bestehen (BGH, BauR 2000 S. 409–411).
- Wenn es bei einem Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B darum geht, dass die Behinderungen in der Übergabe verspäteter Pläne zu sehen sind, muss der Auftragnehmer zunächst detailliert darstellen, wann der Auftraggeber die Pläne nach dem geplanten Bauablauf hätte vorlegen müssen und inwieweit er im Verhältnis dazu die Pläne verspätet übergeben hat. Im Anschluss ist dann darzustellen, welche Auswirkungen diese Behinderungen auf den Bauablauf hatten (Saarländisches OLG, IBr 2001 S. 660; nachgehend BGH, Nichtannahmebeschluss vom 13.09.2001, Az. VII ZR 454/99).
- Wenn sich der Auftragnehmer darauf stützt, dass bedingt durch die aufgetretene Behinderung bestimmte Arbeiten in bestimmten Zeiträumen nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können, muss er nach § 286 ZPO auch darlegen und beweisen, wie lange die Behinderung konkret andauert (BGH, BauR 2005 S. 861–866).

### 5.5.5 Konkrete Darlegung des Schadens (haftungsausfüllende Kausalität)

#### Schadensersatz

§ 6 Abs. 6 VOB/B gewährt beim Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf den nachweislich entstandenen Schaden. Er normiert jedoch zugleich eine Haftungsbegrenzung, wonach der entgangene Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit geltend gemacht

werden kann. Zudem wird geregelt, dass § 642 BGB unberührt bleibt. Auf die Voraussetzungen des § 642 BGB wird im Folgenden eingegangen. Ein Schaden im Sinne des § 6 Abs. 6 VOB/B ist jeder Vermögensnachteil, der adäquat kausal durch die eingetretenen Behinderungen oder Unterbrechungen entstanden ist (BGH, NJW-RR 2000 S. 684). Für die Feststellung wiederum, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, ist die Differenzhypothese heranzuziehen, d. h. es ist der Zustand zu betrachten, wie die Vermögenslage des Anspruchstellers ohne die hindernden Umstände ausgesehen hätte und wie sie ausgesehen hat bedingt durch die hindernden Umstände. Zur Darstellung muss hier letztlich ein Soll-Ist-Vergleich auf der Basis der kalkulierten Kosten im Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Kosten erfolgen (OLG Hamm, BauR 2004 S. 1304). Die Darlegungs- und Beweislast trägt für die Anspruchsvoraussetzungen – mit Ausnahme des Verschuldens – der Anspruchsteller. Dasselbe gilt für den Fall, dass er dem Anspruchsgegner Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Erzielung des entgangenen Gewinns zuschreibt. Für das Verschulden des Anspruchsgegners gilt, wie bereits dargelegt, dass hier eine Verschuldensvermutung eingreift, die der Anspruchsgegner widerlegen muss. Für die Ermittlung des entgangenen Gewinns ist auf § 252 Satz 2 BGB abzustellen, wonach der Gewinn zu ersetzen ist, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten war und letztlich anhand der Kalkulation nachgewiesen werden muss.

### **Darstellung der haftungsausfüllenden Kausalität**

Auch für die Darstellung der Schadensberechnung gilt, dass hier keine abstrakte Darstellung, sondern eine konkrete Darstellung erfolgen muss, was schon daraus folgt, dass ein Schaden nie abstrakt, sondern tatsächlich eingetreten sein muss. Des Weiteren regelt § 6 Abs. 6 VOB/B auch ausdrücklich, dass der nachweislich entstandene Schaden ersatzfähig ist. Diese konkrete Darstellung des Schadens ist nach ständiger Rechtsprechung auch bei Großbauten möglich, zumal diese häufig weitreichender besetzt sind als kleine Bauvorhaben. Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von Dokumentationsmöglichkeiten. Insbesondere sind auch das Bautagebuch und die Tagesberichte bei sorgsamer Ausfüllung geeignet, Mehrkosten nachzuweisen (BGH, NJW 1986 S. 1684 ff.; OLG Oldenburg, IBR 2001 S. 418).

Mit der Regelung *„nachweislich entstandener Schaden“* lässt sich eine abstrakte Schadensberechnung auch nicht vereinbaren, die letztlich abstrakte Schäden für einen möglicherweise optimaleren Bauablauf annimmt und sich lediglich anhand von allgemeinen Erfahrungssätzen orientiert. Es sind immer die tatsächlichen Umstände entscheidend (BGH, NJW 1986 S. 1684 ff.).

Auch bei der Geltendmachung von Stillstandskosten, z. B. der Vorhaltung des Personals, des Gerätes und sonstiger Vorhaltekosten, muss konkret vorgetragen werden, welche Differenz sich im Verhältnis zu einem ungestörten Bauablauf ergibt. Zu vergleichen sind damit immer der ungestörte mit dem gestörten Bauablauf (OLG Hamm, BauR 2004 S. 1304 – 1307).

## § 287 ZPO

Zur Ermittlung der Schadenshöhe ist § 287 ZPO als Beweiserleichterungsregelung anwendbar (OLG Düsseldorf, BauR 1988 S. 487–491; BGH, NJW 1970 S. 1411). Voraussetzung ist, dass das Gericht Anknüpfungstatsachen hat. D. h. es muss davon auszugehen sein, dass auf jeden Fall ein Schaden entstanden ist, dass jedoch nicht abschließend feststeht, in welcher Größenordnung dieser Schaden entstanden ist, und dass das Gericht feststellen kann, dass ein Mindestschaden entstanden sein muss. Das Gericht kann den Schaden dann nach § 287 ZPO schätzen. Beispielsweise wird § 287 ZPO auch bei der verlängerten Vorhaltung von Geräten herangezogen, wenn auf die Baugeräteliste zurückgegriffen wird, die natürlich nicht mit 100% angesetzt werden kann, weil sie u. a. auch Abschreibungsfaktoren und Gewinnfaktoren beinhaltet (OLG Düsseldorf, BauR 1988 S. 487–491).

§ 287 ZPO kann auch dann herangezogen werden, wenn die Verzögerungsursachen sowohl vom Auftragnehmer als auch vom Auftraggeber zu vertreten sind und die unterschiedlichen Verursachungsbeiträge zu berücksichtigen sind. Auch in diesem Fall kann der Verursachungsbeitrag nach § 287 ZPO geschätzt werden (BGH, BauR 1993 S. 600–604).

## Schadenspositionen

Nachstehend werden überblicksartig unterschiedliche Schadenspositionen aus Sicht des Auftragnehmers dargestellt. Da es sich bei § 6 Abs. 6 VOB/B um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann grundsätzlich keine Umsatzsteuer/Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht werden (OLG Düsseldorf, BauR 1988 S. 487; OLG Düsseldorf, BauR 1997 S. 646; KG, ZfBR 1984 S. 129, 132). Ein Teil der Literatur ist jedoch der Auffassung, dass der Anspruch um die Umsatzsteuer zu beaufschlagen ist (z. B. Kapellmann, BauR 1985 S. 123, 124). Denkbare störungsbedingte Schadenspositionen sind beispielsweise:

- zusätzliche allgemeine Geschäftskosten, Löhne, Gehälter, Lohn- und Lohnpreisseigerungen
- darüber hinaus auch Bauzeitverlängerungskosten, wie beispielsweise zeitabhängige Gemeinkosten, Vorhaltekosten für Geräte, Baustellenunterkünfte, Schalung, Maschinen, Preiserhöhungen bei Nachunternehmerleistungen und sonstiger Mehraufwand
- insbesondere auch Stillstandskosten, wie z. B. die Wartung von Geräten, Vorhaltekosten, Instandhaltung, Baustellensicherung, An- und Abtransport von Geräten, Wiedereinrichtung der Baustelle sowie Personalkosten
- die Hinzuziehung eines entsprechenden Sachverständigen zur Erstellung des Gutachtens über den gestörten Bauablauf
- darüber hinaus auch höhere Kosten für die Einlagerung von Material oder die Baustellenüberwachung und Absicherung der Baustelle.
- Sofern sich auf der Basis von Planungsänderungen oder Gründungsschwierigkeiten der Baubeginn verschiebt, besteht auch ein Anspruch auf Ausgleich von Lohn- und Stoffpreis-

erhöhungen, auch wenn keine Vereinbarung vorliegt (OLG Düsseldorf, BauR 1995 S. 706–708).

- Wenn ein Auftragnehmer zu Beginn des Bauvorhabens einen größeren Teil des Werklohns erhalten hat, der nicht mit den ausgeführten Leistungen korrespondiert – in diesem Fall waren noch keine Leistungen ausgeführt – muss er sich im Wege der Vorteilsausgleichung ggf. Zinsvorteile anrechnen lassen, wenn bei Baubeginn die hindernden Umstände eintreten (Hanseatisches Oberlandesgericht, OLGR Bremen 1999 S. 101–104).
- Wenn Stillstandskosten geltend gemacht werden, muss ausgeführt werden, in welchem Zeitraum das Gerät still stand und in welchem Zeitraum es verwendet werden konnte und inwieweit es bei störungsfreiem Ablauf in welchem Umfang verwendet worden wäre (OLGR Braunschweig, 1994 S. 195–196).
- Laut einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (BauR 1998 S. 340) kann der Schadensersatzanspruch inhaltlich in jeder Position bestehen, die auf die hindernden Umstände zurückzuführen ist, so dass auch der Fall zu berücksichtigen ist, wenn sich durch die hindernden Umstände oder die Verzögerung die Grundlagen der Vergütung ändern.
- Der Auftragnehmer ist nach einer BGH-Entscheidung (BauR 1997 S. 1021–1025) auch bei teilweisem Stillstand bedingt durch die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB gehalten, alle ihm zumutbaren und möglichen Maßnahmen zur Schadensminimierung, d. h. zur Verringerung der Stillstandskosten, zu ergreifen.
- § 6 Abs. 6 VOB/B erfasst auch die Kosten der Einschaltung eines Rechtsanwalts (Thüringer Oberlandesgericht, OLG-NL 2002 S. 121–122).
- Sofern es um Vorhaltekosten nach einer Baugerätelisten geht, geht das OLG Düsseldorf (BauR 2003 S. 892–895) davon aus, dass ca. 70 % der Kosten der Baugerätelisten angesetzt werden können.
- Eine Schadensersatzposition des Auftragnehmers gegenüber seinem Nachunternehmer kann auch in einer durch die verzögerte Fertigstellung bedingt entstandenen Vertragsstrafe des Auftraggebers ihm gegenüber bestehen (BGH, BauR 2000 S. 1050–1052; BGH, BauR 1998 S. 330–332; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, JMBI. ST 1998 S. 363–366; a. A. KG Berlin, BauR 2004 S. 1162–1165; OLG Dresden, NJW-RR 1997 S. 83–84; OLG Frankfurt, BauR 1997 S. 523).

### Abrechnung

Die Kosten für den gestörten Bauablauf sind mit in die Schlussrechnung nach den §§ 16, 14 VOB/B aufzunehmen und entsprechend der dargestellten Grundsätze abzurechnen. Es gilt die Verjährungsfrist gem. § 195 BGB, mithin drei Jahre ab Ende des Jahres, in dem die Schlussrechnung gestellt wurde.

### 5.5.6 Unwirksame Klauseln (AGB)

Nachstehend werden unwirksame Klauseln im Zusammenhang mit Behinderungen und Behinderungsschäden nach § 6 VOB/B dargestellt:

- Unwirksam ist eine Klausel des Auftraggebers, die Ansprüche für die vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderungen abschneidet bzw. einschränkt, z. B.:

*»Vorhaltungs- und Stilllegungskosten der Baustelleneinrichtung und des Maschinenparks gleich welchen Grundes werden nicht gesondert vergütet.«* (OLG München, BauR 1987 S. 554)

- Unwirksam ist auch eine Klausel, wonach etwaig aufgetretene Behinderungen, die auch vom Auftraggeber zu vertreten sein können, vom Auftragnehmer aufzuholen sind:

*»Verlangt der Auftraggeber vom Auftragnehmer über die vertragliche Leistung hinausgehende Leistungen oder führen sonstige von dem Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände zu Behinderungen, Unterbrechungen oder einem verspäteten Beginn der Arbeiten, führt dies – unter Ausschluss weitergehender Ansprüche – nur zu einer angemessenen Fristverlängerung, wenn der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, vereinbarte Fristen durch verstärkten Personal- und/oder Geräteeinsatz einzuhalten und der Auftragnehmer den Anspruch auf Fristverlängerung dem Auftraggeber schriftlich ankündigt, bevor er mit der Ausführung der zusätzlichen Leistungen beginnt. Der Auftragnehmer kann im Falle der Behinderung oder Unterbrechung der Leistungen etwaige Ansprüche nur geltend machen, wenn eine von dem Auftraggeber zu vertretende Zeit der Unterbrechung der von dem Auftragnehmer auf der Baustelle zu erbringenden Leistung von mehr als 30 % der vereinbarten Gesamtfrist eintritt.«* (BGH, BauR 1997 S. 1036-1038)

- Auch eine Klausel, wonach der Auftraggeber ohne Einhaltung der Regelungen des § 5 Abs. 4 VOB/B und § 6 Abs. 6 VOB/B Drittfirmen zur Aufholung vermeintlicher Rückstände einsetzen kann, ist unwirksam:

*»Befindet sich der Auftragnehmer während seiner vorgegebenen Bauzeiten so offensichtlich im Rückstand mit der Ausführung seiner Leistungen, dass nach Lage der Dinge erwartet werden muss, dass die gesetzten Termine nicht erfüllt werden, ist der Auftraggeber berechtigt, auf Kosten des Auftragnehmers durch Verstärkung durch Fremdfirmen die Erfüllung der dem Auftragnehmer obliegenden Verpflichtungen zu sichern.«* (BGH, BauR 1997 S. 1036-1038)

## 6 Ansprüche gem. § 642 BGB

### 6.1 Einleitung

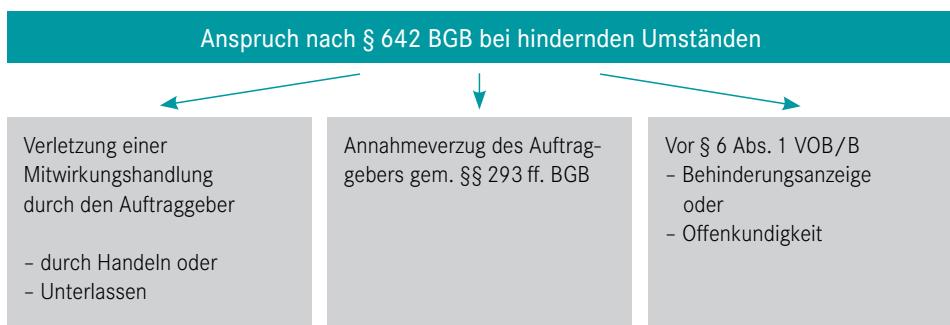
Seit der Fassung der VOB/B 2006 ist ausdrücklich geregelt, dass § 642 BGB neben § 6 Abs. 6 VOB/B anwendbar ist. Dies entsprach vor der Änderung der VOB/B gefestigter Rechtsprechung (BGH, BauR 2004 S. 432–434; BGHZ 143 S. 32; OLG Köln, NJW-RR 2004 S. 818–820; OLG Hamm, BauR 2005 S. 1480–1483; OLG Braunschweig, BauR 2004 S. 1621–1623; BGH, BauR 2000 S. 722–725). Daraus folgt, dass § 642 BGB selbstverständlich auch vor Einführung der VOB/B 2006 für Altfälle genauso angewendet wurde. § 6 Abs. 6 VOB/B regelt jedoch, dass auch in diesem Fall für § 642 BGB gilt, dass eine Behinderungsanzeige oder aber Offenkundigkeit nach § 6 Abs. 1 VOB/B gegeben sein muss.

Entgegen dem Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B setzt ein Anspruch nach § 642 BGB kein Verschulden voraus. Dies ist auch der Hintergrund der zahlreichen Entscheidungen, die zu der Frage ergangen sind, ob § 642 BGB neben § 6 Abs. 6 VOB/B Anwendung findet. Es gibt eine Vielzahl von Behinderungen, die zwar aus der Sphäre des Auftraggebers stammen, aber nicht von diesem gemäß den §§ 276, 278 BGB zu vertreten sind. Ohne eine Heranziehung des § 642 BGB wäre die Folge, dass zwar die Behinderung aus der Sphäre und damit dem Einflussbereich des Auftraggebers stammt, letztlich jedoch der Auftragnehmer haften müsste.

### 6.2 Voraussetzungen

#### Allgemeines

§ 642 BGB setzt zunächst voraus, dass eine Mitwirkungshandlung verletzt oder unterlassen wurde und sich der Auftraggeber in Annahmeverzug befindet. Wie in § 6 Abs. 6 VOB/B geregelt, muss eine Behinderungsanzeige oder aber Offenkundigkeit nach § 6 Abs. 1 VOB/B gegeben sein. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



## Mitwirkungshandlung

Der Auftraggeber muss eine Mitwirkungshandlung entweder unterlassen oder aber verletzt haben. Diese Verletzung kann auch durch den Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers (Architekten, Ingenieure) gegeben sein. Erfasst wird aber auch der Fall, in dem ein Vorunternehmer nicht rechtzeitig seine Leistungen erbringt (BGHZ 95 S. 128; BGH, BauR 2000 S. 722–725). Dieser Fall fällt nicht unter § 6 Abs. 6 VOB/B – wie bereits dargestellt – weil der Vorunternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachunternehmer ist. Es macht immer dann Sinn, auf § 642 BGB zurückzugreifen, wenn eine Behinderung vorliegt, die zwar aus der Sphäre des Auftraggebers stammt, aber von diesem nicht zu vertreten ist, so dass ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B mangels Verschulden auszuschließen ist.

## Annahmeverzug

Darüber hinaus muss sich der Auftraggeber gemäß den §§ 293ff. BGB in Annahmeverzug befinden. Nach ständiger Rechtsprechung reicht auf jeden Fall das tatsächliche Angebot des Auftragnehmers (d. h. das Erscheinen auf der Baustelle mit Personal oder Gerät) aus (BGH, BauR 2003 S. 531). Es reicht jedoch auch das wörtliche Angebot dann aus, wenn der Bauherr beispielsweise aus Gründen, die zwar nicht von ihm zu vertreten sind, er die Baugenehmigung nicht vorlegen konnte oder das Grundstück bedingt durch fehlende oder verzögerte Vorleistungen nicht geeignet ist, die Leistungen des Auftragnehmers auszuführen. Voraussetzung dafür, dass das wörtliche Angebot ausreicht, ist jedoch, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und deutlich macht, dass er bereit und in der Lage ist, die Leistung zu erbringen (BGH, BauR 2003 S. 531–532).

## Behinderungsanzeige, Offenkundigkeit

Welche Voraussetzungen an eine Behinderungsanzeige oder Offenkundigkeit gestellt werden, wurde bereits dargelegt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die vorstehenden Ausführungen zu Ansprüchen nach § 6 VOB/B verwiesen.

## 6.3 Entschädigungsanspruch

Nach § 642 BGB steht dem Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung zu. Die Entschädigung besteht für die Dauer des Annahmeverzugs durch den Auftraggeber, wobei auch hier gilt, dass weder Wagnis noch Gewinn Gegenstand sein können (BGH, BauR 2000 S. 722). Die Entschädigung ermittelt sich, wie bereits dargelegt, nach der Dauer des Verzugs und nach der Höhe der Vergütung und ist ebenfalls einzelfallabhängig. Der Entschädigungsanspruch ist ggf. zu reduzieren, wenn der Auftragnehmer im Zeitraum des Annahmeverzugs es unterlässt, einen möglichen Ausgleich durch die Aufnahme anderer Arbeiten zu schaffen.

Die Ermittlung erfolgt auf der Basis der Urkalkulation des Auftragnehmers. Auch hier muss der Auftragnehmer letztlich darstellen, wie sich die Mitwirkungspflichtverletzungen des Auftraggebers auf den Bauablauf ausgewirkt haben und auf dieser Basis dann die Höhe der Entschädigung ermitteln. Zu beachten ist insoweit auch § 304 BGB, wonach Mehraufwendungen erstattungsfähig sind, die auf den Annahmeverzug zurückzuführen sind. Auch hier ist § 287 ZPO für die Höhe des Entschädigungsanspruchs anwendbar.

Da weder Wagnis noch Gewinn ersetzt werden, kann auch im Fall eines Anspruchs nach § 642 BGB nicht pauschal auf die Werte der Baugerätelisten verwiesen werden, sondern es muss ein entsprechender Abschlag erfolgen (OLG Braunschweig, BauR 2004 S. 1621–1623). Die Rechtsfolgen eines Anspruchs aus § 642 BGB sind eingeschränkter als nach § 6 Abs. 6 VOB/B, da es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern lediglich um einen Entschädigungsanspruch handelt. Es geht also nicht um den Ausgleich von erbrachten oder nicht erbrachten Leistungen, sondern nur darum, dass Zeitverluste entstanden sind und damit wirtschaftlich unnötig Personal und Betriebsmittel bereit gehalten worden sind (Thüringer OLG, NZBau 2006 S. 510–514).

## 7 Sicherungsumfang von gestellten Sicherheiten

### 7.1 Allgemeines

Da auch die VOB/B trotz der Möglichkeit der Stellung von Abschlagsrechnungen grundsätzlich davon ausgeht, dass der Auftragnehmer vorleistungspflichtig ist, sollte dieser darauf achten, dass er seine Vergütungsansprüche ggf. auch Schadensersatzansprüche durch die Vereinbarung von Sicherheiten absichert.

In der Praxis stehen dem Auftragnehmer folgende Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung:

- Zahlungsgarantien/Zahlungsbürgschaften
- Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Auftraggebers gemäß § 648 BGB
- Sicherung der Heizmittel gemäß § 648a BGB
- Verpfändung von Kontoguthaben u. Ä.

Zahlungsgarantien, Zahlungsbürgschaften sowie die Verpfändung von Kontoguthaben setzen entsprechende Vereinbarungen zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber voraus, d. h. ohne eine entsprechende Vereinbarung hat der Auftragnehmer keinen Anspruch darauf.

§ 648 BGB gibt dem Auftragnehmer die Möglichkeit – sofern die Voraussetzungen eingehalten sind – eine Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Auftraggebers einzutragen, wobei dieser Anspruch abbedungen werden kann.

Nach § 648a BGB hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, seine voraussichtlichen Ver-gütungsansprüche durch die dort geregelten Sicherungsmittel absichern zu lassen, wobei dieser Anspruch nicht abbedingbar ist. Nachstehend sollen die Grundzüge der Sicherheiten im Hinblick auf die Störungen des Bauablaufs in knapper Form dargestellt werden.

## 7.2 § 648a BGB

### Einführung

Nach § 648a BGB steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Auftraggeber trotz einer gesetzten angemessenen Frist ein eingefordertes Sicherungsmittel nicht an den Auftragnehmer ausreicht. Darüber hinaus steht dem Auftragnehmer das Recht zu, den Auftraggeber zur Übergabe der Sicherheit unter Kündigungsandrohung aufzufordern (§ 648a Abs. 6 BGB). Übergibt der Auftraggeber dann ein zu Recht eingefordertes Sicherungs-mittel nicht innerhalb der gesetzten Frist, gilt der Vertrag automatisch mit Ablauf dieser unter Kündigungsandrohung gesetzten Frist als aufgehoben. Es bedarf keiner weiteren Kündigung. Von dieser Maßnahme sollte damit nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden ange-sichts der weit reichenden Folgen. Anders als § 648 BGB (Eintragung einer Sicherungshypo-thek) kann § 648a BGB nicht abbedungen werden. Dies ist ausdrücklich in § 648a Abs. 7 BGB geregelt. Hintergrund dieser Regelung ist, dass anderenfalls der regelmäßig wirtschaftlich stärkere Auftraggeber immer darauf drängen würde, dass § 648a BGB abbedungen wird.

### Anspruchsberechtigte gemäß § 648a Abs. 1 BGB

Anspruchsberechtigt nach § 648a Abs. 1 BGB sind Unternehmer eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Anspruchsberechtigt ist damit nicht nur der klassische Bauhandwerker, sondern alle Unternehmer, die auf der Grundlage eines Werkvertrages Bau-leistungen erbringen. Hierzu gehören jedoch nicht bloße Vorbereitungsmaßnahmen bzw. die Lieferung von Baumaterialien. Anspruchsberechtigt sind beispielsweise:

- der Haupt- und Generalunternehmer
- der Nachunternehmer
- Architekten, Statiker und sonstige Sonderfachleute.

Es kommt also auch nicht darauf an, ob es rein tatsächliche Bauleistungen sind. Ausreichend ist auch, dass sich eine geistige Leistung in dem zu errichtenden Bauwerk verkörpert. Dem-zufolge sind Architekten, Statiker und Sonderfachleute auch anspruchsberechtigt, wenn sie nur die Planung erbringen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn sie reine Neben-leistungen erbringen, z. B. die Finanzierungsberatung oder Geldbeschaffung (OLG München, NJW 1973 S. 289).

## Höhe der Sicherheitsleistung

Der Auftragnehmer kann Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, beanspruchen sowie für Nebenforderungen. Die Nebenforderungen sind mit 10% des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen (§ 648a Abs. 1 Satz 1, 2 BGB).

## Behandlung von streitigen Nachträgen

Auch für streitige Nachträge, d. h. solche, die durch den Auftraggeber nicht bestätigt worden sind oder der Höhe nach nicht bestätigt worden sind, kann ein Sicherungsmittel gemäß § 648a BGB grundsätzlich eingefordert werden. Es ist jedoch Folgendes zu berücksichtigen:

Sofern ein Sicherungsmittel gemäß § 648a BGB für Nachträge eingefordert wird, die unberechtigt sind, führt die Verweigerung des Auftraggebers zur Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB für die streitigen Nachträge nicht zu einem Zurückbehaltungsrecht.

Zu beachten ist insbesondere, dass nach § 648a Abs. 1 BGB nur Vergütungsansprüche abgesichert werden können. Demgegenüber können keine Schadensersatzansprüche abgesichert werden. Insbesondere können damit auch keine Schadensersatzansprüche auf der Basis eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B abgesichert werden. Das ist für den Fall des gestörten Bauablaufs von ganz entscheidender Bedeutung und muss vom Auftragnehmer berücksichtigt werden.

## Kein Ausschluss gemäß § 648a Abs. 6 BGB

§ 648a BGB findet jedoch dann keine Anwendung, wenn der Auftraggeber

- eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist oder
- ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
- eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einlegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

Grund für die Ausnahmeregelungen hinsichtlich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bzw. öffentlich-rechtlichen Sondervermögens ist, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass hier kein Insolvenzrisiko gegeben ist.

Bei der 2. Fallgruppe, d. h. einer Privatperson, greift diese Begründung jedoch nicht ein, so dass sich der Auftragnehmer des Risikos bewusst sein muss. In diesen Fällen sollte durch die Vereinbarung über die Gestellung einer Zahlungsbürgschaft oder vergleichbarer Sicherungsmittel eine Absicherung erreicht werden.

## 7.3 Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB

### Einführung

§ 648 BGB greift nur dann ein, wenn der Auftraggeber zugleich Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks ist. In diesem Fall kann der Auftragnehmer, der unmittelbar mit dem Auftraggeber (Eigentümer) den Vertrag abschließt, unter den näher in § 648 BGB niedergelegten Voraussetzungen eine Sicherungshypothek eintragen lassen. Dieses Sicherungsmittel hat sich in der Praxis nicht bewährt, da regelmäßig die zu bebauenden Grundstücke derart hoch belastet sind, dass die Eintragung einer Sicherungshypothek nur wenig Sinn ergibt. Zumal steht nur dem Auftragnehmer ein Anspruch zu, der unmittelbar seinen Vertrag mit dem Eigentümer abgeschlossen hat. Wenn beispielsweise der Generalunternehmer mit dem Eigentümer den Vertrag abgeschlossen hat, haben die Nachunternehmer keine Möglichkeit eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen.

### Anspruchsberechtigte gemäß § 648 Abs. 1 BGB

Anspruchsberechtigt sind Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes. Grundvoraussetzung ist jedoch, dass der Vertragspartner des Auftragnehmers der Eigentümer ist. Nicht geschützt sind damit Subunternehmer oder bloße Lieferanten.

### Pfandgegenstand

Pfandgegenstand ist ausschließlich das Baugrundstück des Auftraggebers, und zwar das gesamte Grundstück, wie es im Grundbuch ausgewiesen ist, nicht nur der zu bebauende Teil des Grundstücks (OLG Hamm, BauR 2000 S. 1527). Es kann demgegenüber kein anderes Grundstück des Auftraggebers belastet werden, das nicht bebaut werden soll.

### Sicherbare Ansprüche

Nach § 648 BGB können solche Ansprüche gesichert werden, die aus dem abgeschlossenen Vertrag herrühren. Dazu zählen auch die Kosten der Erwirkung der Sicherungshypothek und der Vormerkung sowie ein evtl. Schadensersatzanspruch aus dem Vertrag (BGH, NJW 1988 S. 255). Entscheidend für die Höhe ist damit auch der jeweilige Baufortschritt. Nach Abschluss der Arbeiten können sämtliche berechtigte Vergütungsforderungen in Ansatz gebracht werden.

Anders als bei § 648a BGB kann über § 648 BGB auch ein Schadensersatzanspruch abgesichert werden. In der Praxis ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Anspruch nach § 648 BGB häufig wirksam abbedungen ist, und selbst wenn der Anspruch nicht abbedungen ist, die Grundstücke so hoch belastet sind, dass die Eintragung nur in den seltensten Fällen Sinn ergibt.

## 7.4 Zahlungsbürgschaft/Zahlungsgarantien

### Vereinbarung erforderlich

Ein Anspruch auf Übergabe einer Zahlungsbürgschaft oder einer Zahlungsgarantie oder aber einer Verpfändung eines Kontos bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung. Wobei bei der Verpfändung eines Kontos zu berücksichtigen ist, dass dieser Fall nicht insolvenzfest ist. Nur die Eintragung eines Unkontos wäre insolvenzfest. Der Fall der Zahlungsgarantien ist in der Praxis zu vernachlässigen.

### Zahlungsbürgschaften

Bei jeder Bürgschaft, insbesondere auch einer mit dem Auftraggeber vereinbarten Zahlungsbürgschaft, ist ganz entscheidend der Sicherungsumfang. Dieser bezieht sich häufig ausnahmslos auf den abgeschlossenen Vertrag und damit auf die darin beinhaltete Leistung und auch Vergütung. Sollte sich die Bürgschaft nicht ausdrücklich auch auf Nachtragsleistungen und den Schadensersatz beziehen, werden etwaige Ansprüche nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B sowie nach § 6 Abs. 6 VOB und § 642 BGB nicht erfasst. Dieser Umstand muss berücksichtigt werden. Es sollte versucht werden, eine Zahlungsbürgschaft zu vereinbaren, die die vorbenannten Ansprüche mit abdeckt, damit wenigstens eine geringfügige Absicherung erfolgt, zumal die Zahlungsbürgschaften häufig nur in Höhe von 10% der ursprünglich angedachten Vergütungssumme vereinbart werden.

## III

# Ansprüche des Auftraggebers im Fall von Störungen des Bauablaufs

## 1 Allgemeines

Im Bereich der VOB/B gelten für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung der Leistungspflichten des Auftragnehmers insbesondere folgende Regelungen:

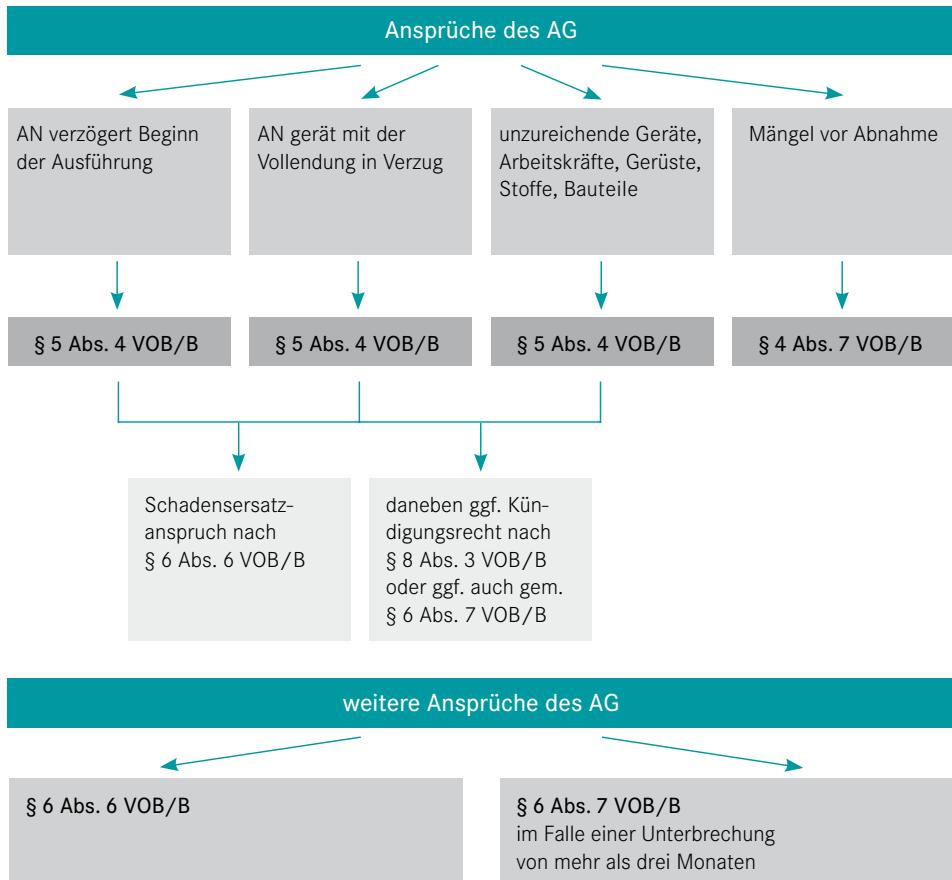
- § 5 Abs. 4 VOB/B
- § 6 Abs. 6 VOB/B
- § 8 Abs. 3 VOB/B
- § 4 Abs. 7 VOB/B.

Davon losgelöst, also unabhängig von der Frage, auf wen die dreimonatige Unterbrechung zurückzuführen ist, kommt auch ein Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B in Betracht.

Ansprüche bestehen folgerichtig in den vorbenannten Fällen, wenn:

- der Auftragnehmer den Beginn der Bauausführung verzögert oder aber eine Vertragsfrist gem. § 5 Abs. 1 VOB/B nicht einhält
- der Auftragnehmer mit der Vollendung (z. B. vereinbarter Fertigstellungstermin) in Verzug gerät
- der Auftragnehmer trotz Aufforderung des Auftraggebers nur in unzureichendem Umfang Arbeitsplätze, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile vorhält
- Verzögerungen oder negative Auswirkungen auf den Bauablauf wegen des Vorhandenseins von Mängeln vor Abnahme vorliegen.

Zur Vereinfachung soll die nachstehende Übersicht dienen:



## 2 Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B

Zu den möglichen Ansprüchen des Auftraggebers gem. § 6 Abs. 7 VOB/B wurde vorstehend bereits Stellung genommen, so dass zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen wird.

### 3 Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B

#### 3.1 Allgemeines

Auch dem Auftraggeber kann nach § 6 Abs. 6 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zustehen. Im Gegensatz zu Ansprüchen des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber gem. § 6 Abs. 6 VOB/B müssen nicht die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B vorliegen (Beck'scher VOB/B-Kommentar, § 6 Abs. 6 Rn. 64). Dies folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut. Auch § 6 Abs. 2 bis Abs. 4 VOB/B richtet sich hinsichtlich der Geltendmachung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs naturgemäß ausnahmslos an den Auftragnehmer.

Die in § 6 Abs. 6 VOB/B vorgesehene Haftungsbegrenzung dahingehend, dass entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu erstatten ist, beruht darauf, dass eine Risiko-minimierung für die Vertragsbeteiligten erfolgen soll, da bei Bauaufträgen von erheblichen Risiken auch im Bereich des entgangenen Gewinns ausgegangen werden muss.

§ 6 Abs. 6 VOB/B findet insbesondere auch dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B vorliegen und der Auftraggeber nicht von seinem Recht zur Kündigung Gebrauch macht.

Auch wenn der Auftraggeber einen Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B geltend macht, muss ein Verschulden des Auftragnehmers vorliegen. Darüber hinaus ermitteln sich die Schadenspositionen nach den gleichen Grundsätzen wie sie bereits für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 VOB/B dargestellt wurden.

#### 3.2 Vom Auftragnehmer zu vertretende hindernde Umstände

Weitere Voraussetzung für einen Anspruch des Auftraggebers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B ist, dass hindernde Umstände eingetreten sind, die vom Auftragnehmer zu vertreten sind. Auch der Auftragnehmer muss eigenes Verschulden gem. § 276 BGB ebenso vertreten wie das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. Die Nachunternehmer des Auftragnehmers sind seine Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB, so dass deren Verzögerungen dem Auftragnehmer zugerechnet werden. Hindernde Umstände sind all die Umstände, die dazu führen, dass ein Leistungsverzug eintritt und dem Auftragnehmer zugerechnet werden kann. Auch hier ist selbstverständlich ein etwaiges Mitverschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB zu berücksichtigen. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zu § 6 Abs. 6 VOB/B verwiesen.

### 3.3 Schadensersatz

#### Adäquat kausaler Schaden

Der Auftraggeber muss nachweisen, dass der von ihm behauptete Schaden adäquat kausal auf die hindernden Umstände, die vom Auftragnehmer zu vertreten sind, zurückzuführen ist. Auch hier wird nur der nachweislich entstandene Schaden ersetzt, so dass der Auftraggeber gehalten ist, seinen Schaden nicht nur der Höhe nach zu beziffern, sondern hier auch Nachweise vorzulegen und die einzelnen Schadenspositionen auf die hindernden Umstände zurückzuführen. Hinsichtlich des Darstellungsumfangs ist dies für den Auftraggeber wesentlich einfacher, da häufig ein Fertigstellungstermin vereinbart worden ist und der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die verspätete Fertigstellung nicht auf hindernde Umstände von ihm zurückzuführen ist. Hier liegt also eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast vor.

#### § 287 ZPO

Auch für Ansprüche des Auftraggebers kann § 287 ZPO, d. h. eine Schadensschätzung, herangezogen werden. Im Übrigen ergeben sich keine Besonderheiten, so dass auf die vorstehenden Ausführungen zu § 287 ZPO verwiesen wird.

#### Schadenspositionen

Nach § 6 Abs. 6 VOB/B ist jeglicher Schaden, der adäquat kausal auf die hindernden Umstände zurückzuführen ist, zu ersetzen, solange es sich nicht um entgangenen Gewinn handelt. Dieser ist nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu ersetzen. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B vorliegen, auf die der Auftraggeber dann seine Ansprüche stützen kann, da § 4 Abs. 7 VOB/B keine Haftungsbegrenzung vorsieht. Nach § 4 Abs. 7 VOB/B ist jeder adäquat kausale Schaden, sofern er auf die Mängel rückführbar ist, zu ersetzen. Auch Mängel können selbstverständlich hindernde Umstände sein. Als Schadenspositionen kommen beispielsweise folgende in Betracht:

- Personalkosten, wenn beispielsweise das Bauvorhaben nicht rechtzeitig in Betrieb genommen werden kann und das Personal vorgehalten wird
- Schäden am Bauwerk (BGH, BauR 2001 S. 1577)
- Anwaltskosten
- Sachverständigengutachten
- Mietausfall nur eingeschränkt, sofern nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt
- zusätzliche Kosten der Architekten, Ingenieure oder Sonderfachleute

- Eine Schadensposition können auch verzugsbedingt angefallene Finanzierungskosten sein. Es handelt sich um einen ersatzfähigen Vermögensschaden, der keinen entgangenen Gewinn darstellt, so dass die Haftungsbeschränkung (entgangener Gewinn nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit) nicht einschlägig ist. Dies betrifft die Kosten bis zur Höhe der im gleichen Zeitraum entgangenen Nettomieteinnahmen, wobei auf den Zeitraum abzustellen ist, in dem das Objekt nicht nutzungsfähig war (BGH, BauR 2000 S. 1188; BGH, BauR 1993 S. 600–604; BGH, BauR 1990 S. 464–465).

### 3.4 Darlegungs- und Beweislast

Wenn der Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B geltend machen will, trägt er auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Ursachen der Verzögerung aus dem Bereich des Auftragnehmers herrühren. Der Auftragnehmer muss ausräumen, dass er schulhaft gehandelt hat. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Auftraggeber auch entgangenen Gewinn geltend machen will. In diesem Fall muss er darlegen und auch beweisen, dass der Auftragnehmer vorsätzlich oder aber grob fahrlässig die hindernden Umstände verursacht hat (OLG Düsseldorf, BauR 2001 S. 812–815).

## 4 Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B / § 13 Abs. 7 VOB/B

### 4.1 Einleitung

#### 4.1.1 Mängel als Ursache von Bauverzögerungen bzw. Schadensersatz

Auch Mängel können aus Sicht des Auftraggebers Ursache von Bauverzögerungen und eingetretenem Schadensersatz sein. Die VOB/B unterscheidet, anders als das BGB, zwischen Ansprüchen vor Abnahme gem. § 4 Abs. 7 VOB/B und Ansprüchen nach Abnahme, die in § 13 VOB/B geregelt sind, wobei der Schadensersatz in § 13 Abs. 7 VOB/B normiert wird. Auswirkungen auf den Fertigstellungstermin können nur Mängel vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 VOB/B) sein, da § 13 Abs. 7 VOB/B nur die Mängel betrifft, die nach Abnahme auftreten. Mit der Abnahme erklärt jedoch der Bauherr, dass er das Werk als im Wesentlichen ordnungsgemäß hergestellt abnimmt. Die klassischen Störungen des Bauablaufs betreffen die Phase bis zur Abnahme.

#### **4.1.2 Abgrenzung § 4 Abs. 7 VOB/B zu § 5 Abs. 4 VOB/B, § 6 Abs. 6 VOB/B, § 8 Abs. 3 VOB/B, § 6 Abs. 7 VOB/B**

##### **Abgrenzung zu § 5 Abs. 4 VOB/B**

§ 4 Abs. 7 VOB/B sieht für den Fall von Mängeln vor Abnahme vor, dass der adäquat kausale Schaden zu ersetzen ist, d. h. es besteht insoweit keine Haftungsbegrenzung. Demgegenüber verweist § 5 Abs. 4 VOB/B für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages auf § 6 Abs. 6 VOB/B, so dass die dort geregelte Haftungsbegrenzung einschlägig ist, d. h. der entgangene Gewinn wird nur im Fall von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ersetzt.

Beide Regelungen (§ 4 Abs. 7 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B) sehen die Möglichkeit einer ganz oder teilweisen Kündigung vor, wenn die Aufforderung unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung erfolgt und nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag ganz oder teilweise gekündigt wird. In diesem Fall richten sich danach die weiteren Ansprüche nach § 8 Abs. 3 VOB/B.

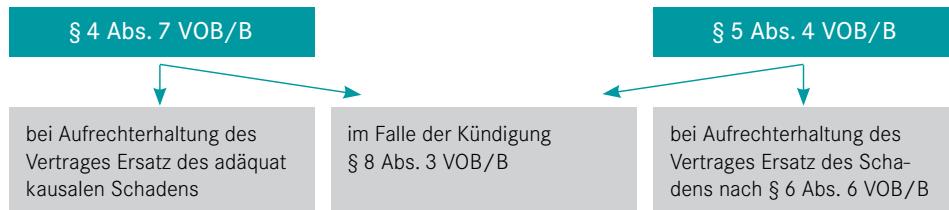
Die Möglichkeit, die Kündigung auf einen in sich abgeschlossenen Teil zu beschränken, ist in § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B geregelt. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B können die Ersatzvornahmemehrkosten neben dem weiteren entstandenen Schaden geltend gemacht werden. Sofern die Ausführung für den Auftraggeber nicht mehr von Interesse ist (Einzelfall), kann auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Vorhandene Stoffe, Bauteile, Geräte, Gerüste und andere Einrichtungen kann der Auftraggeber im Falle der Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B gegen eine angemessene Vergütung in Anspruch nehmen.

Über die entstandenen Kosten muss nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B binnen zwölf Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten Rechnung gelegt werden.

Für den Fall der Kündigung besteht hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 5 Abs. 4 VOB/B und § 4 Abs. 7 VOB/B, soweit sie auf § 8 Abs. 3 VOB/B verweisen, kein Unterschied.

Der Unterschied zwischen § 5 Abs. 4 VOB/B und § 4 Abs. 7 VOB/B ist inhaltlich darin zu sehen, dass § 4 Abs. 7 VOB/B einen Mangel als Grundlage voraussetzt, wobei es gem. § 5 Abs. 4 VOB/B nicht darauf ankommt, warum eine der dort benannten Fristen bzw. ein Termin verstrichen ist, solange sie nur vom Auftragnehmer zu vertreten sind. Auch dann, wenn ein Mangel vorliegt, kann § 5 Abs. 4 VOB/B einschlägig sein. Sofern jedoch zugleich die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B vorliegen, sollte der Auftraggeber seine Ansprüche hierauf stützen, zumal dieser einen weitergehenden Haftungsumfang für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages vorsieht, nämlich den Ersatz des adäquat kausalen Schadens.

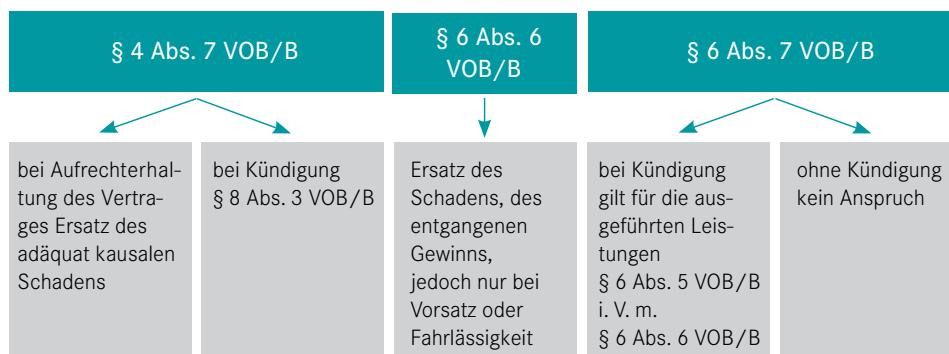
Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



### Abgrenzung zu den §§ 6 Abs. 6, 6 Abs. 7 VOB/B

Wie bereits umfassend dargestellt, geht § 6 Abs. 6 VOB/B davon aus, dass der Haftungsumfang dahingehend begrenzt ist, dass der entgangene Gewinn nur im Falle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit erstattet wird. Im Falle des Vorliegens von hindernden Umständen kann der Vertrag nach dem Ablauf von drei Monaten gem. § 6 Abs. 7 VOB/B gekündigt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob und wenn ja von wem die Unterbrechung von mindestens drei Monaten zu vertreten ist. Für die ausgeführten Leistungen gilt dann, dass die Abrechnung nach § 6 Abs. 5 VOB/B zu erfolgen hat und im Übrigen ein etwaiger Schadensersatzanspruch auf der Basis von § 6 Abs. 6 VOB/B geltend gemacht werden kann.

§ 4 Abs. 7 VOB/B richtet sich ausnahmslos an den Auftraggeber, demgegenüber § 6 Abs. 7, § 6 Abs. 6 VOB/B sowohl an den Auftraggeber als auch an den Auftragnehmer, so dass auch eine Kündigungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 7 VOB/B dem Auftragnehmer zustehen kann. Selbstverständlich kann auch die Unterbrechung ihre Grundlage in aufgetretenen Mängeln haben. Wenn zugleich die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B vorliegen, kann sich der Auftraggeber angesichts des weiteren Haftungsumfangs auf seine Ansprüche aus § 4 Abs. 7 VOB/B stützen. Zur näheren Verdeutlichung der Abgrenzung soll die nachstehende Übersicht dienen:



## 4.2 Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B

### 4.2.1 Einführung

Nach § 4 Abs. 7 VOB/B steht dem Auftraggeber zunächst ein originärer Erfüllungsanspruch auf Mängelbeseitigung zu. Dies folgt daraus, dass § 4 Abs. 7 VOB/B den Zeitraum bis zur Abnahme betrifft, mithin den Zeitraum vor vollständiger Herstellung des Gewerkes. Die Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B enden grundsätzlich mit abnahmereifer Fertigstellung der Leistung, sofern zur Abnahme aufgefordert wurde. Dies gilt auch für den Fall der unberechtigten Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber.

Ein Mängelbeseitigungsanspruch ist jedoch dann nicht gegeben, wenn sich der Auftragnehmer zurecht darauf stützt, dass die Mängelbeseitigung unmöglich oder aber unverhältnismäßig ist. Auch für den Fall, dass die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nach entsprechender Fristsetzung erfolgt, steht dem Auftraggeber gem. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zu.

Sofern die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nicht ordnungsgemäß oder nur mit einer gravierenden Verzögerung erfolgt, steht dem Auftraggeber die Möglichkeit offen, eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung unter Kündigungsandrohung zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist kann er den Vertrag kündigen und die Mängelbeseitigung im Wege der Ersatzvornahme durchführen. Darüber hinaus kann er den Ersatz des entstandenen Schadens geltend machen sowie Geräte, Gerüste und Baustoffe gegen angemessene Vergütung heranziehen. Die ihm entstandenen Kosten sind binnen zwölf Werktagen nach Inrechnstellung gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen.

Sofern für den Auftraggeber die Mängelbeseitigung bzw. Auftragsdurchführung nicht mehr von Interesse ist und dies auf Gründen beruht, die zur Entziehung des Auftrages geführt haben, kann er auch auf die weitere Ausführung verzichten und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen.

### 4.2.2 Der Mängelbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 7 VOB/B

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei dem Mängelbeseitigungsanspruch nach § 4 Abs. 7 VOB/B um einen originären Erfüllungsanspruch des Auftraggebers. Bereits vor Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung steht dem Auftraggeber damit ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB zu, so dass er entsprechende Einbehalte von den Abschlagsrechnungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B) tätigen kann. Das Zurückbehaltungsrecht besteht nach einhelliger Rechtsprechung zumindest in dreifacher Höhe.

Neben einem Anspruch auf Mängelbeseitigung steht dem Auftraggeber gem. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zu. Dies betrifft sämtliche adäquat kausale Schäden des Auftraggebers, die sich auf die vertragswidrige mängelhafte Erstellung der Leistung

zurückführen lassen, auch etwaige Verzugsansprüche. Insoweit geht § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B dem § 6 Abs. 6 VOB/B vor. Die in den §§ 6 Abs. 6, 13 Abs. 7 Satz 2 VOB/B normierte Haftungsbegrenzung greift nicht ein. Grundsätzlich ist jeder adäquat kausale Schaden ersatzfähig. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B geht in seinem Haftungsumfang damit weit über die Schadensersatzansprüche nach Abnahme der Leistungen hinaus. Ein etwaig entstandener Schaden ist auch unabhängig davon zu ersetzen, ob die Mängelbeseitigung durch den Nachunternehmer erfolgt oder nicht erfolgt ist.

Soweit die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt oder aber unmöglich ist, kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigern. Der BGH (abgedruckt BauR 1973 S. 112) hat zur Frage der „unverhältnismäßigen Aufwendungen“ wörtlich ausgeführt:

*»Unverhältnismäßig sind die Aufwendungen für die Beseitigung eines Werkmangels dann, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht. In einem solchen Fall würde es Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprechen, wenn der Besteller diese Aufwendungen dem Unternehmer anlasten könnte. Das wäre für den Unternehmer nicht zumutbar.«*

(vgl. auch BGH, BauR 1995 S. 540, 541; BGH, BauR 1996 S. 858; BGH, BauR 1997 S. 638; OLG Düsseldorf, BauR 1998 S. 126, 127; OLG Hamm, BauR 1993 S. 729, 731; OLG Celle, BauR 1998 S. 401; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage, Rn. 1574).

An die Unverhältnismäßigkeit sind damit weitreichende Anforderungen zu stellen. Diese liegen nur im Einzelfall vor, d. h. wenn die Mängelbeseitigung zu erheblichen, völlig unzumutbaren Kosten führt und in keinem Verhältnis zu dem Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Leistung steht.

Bei einem Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers sind eventuelle Sowieso-Kosten bzw. auch ein Mitverschulden gem. § 254 BGB zu berücksichtigen, worauf nachstehend noch eingegangen wird.

#### 4.2.3 Sonstige Ansprüche des Auftraggebers nach § 4 Abs. 7 VOB/B

##### Anspruchsvoraussetzungen

###### ■ Vorliegen eines Mangels vor Abnahme

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 7 VOB/B ist, dass ein Mangel vor Abnahme vorliegt. Eine Kündigungsandrohung und nachfolgende Auftragsentziehung mit den sich aus § 4 Abs. 7 Satz 2 Buchstaben b ergebenden Rechtsfolgen tritt zudem nur dann ein, wenn sich der Auftragnehmer nicht zu Recht auf unverhältnismäßige Aufwen-

dungen oder aber Unmöglichkeit der Beseitigung bezieht. Zu den Voraussetzungen der Annahme eines Mangels wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

#### ■ Setzen einer angemessenen Frist

Des Weiteren ist erforderlich, dass eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt wird. Sofern eine unangemessen kurze Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt wird, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Fristsetzung unwirksam ist. Es wird vielmehr durch die Mangelbeseitigungsaufforderung eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Sofern jedoch der Auftragsentzug erfolgt oder die Ersatzvornahme vor Ablauf einer angemessenen Frist eingeleitet wird, sind diese Kosten grundsätzlich nicht ersatzfähig. Hinsichtlich eines etwaigen Schadens des Auftraggebers ist folgerichtig auch nicht jeder adäquat kausale Schaden im Zusammenhang mit der vertragswidrigen Leistung ersatzfähig. Es hat vielmehr eine Differenzierung zu erfolgen.

#### ■ Kündigungsandrohung sowie Kündigung

Weitere Voraussetzung ist, dass eine Kündigungsandrohung erfolgt ist und nach Ablauf zwingend auch die Kündigung ausgesprochen wird. Insoweit kann eine Teilkündigung erfolgen. Es ist jedoch zwingend zu berücksichtigen, dass § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B auf § 8 Abs. 3 VOB/B verweist, so dass gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B im Falle einer Teilkündigung ausschließlich in sich abgeschlossene Leistungen gekündigt werden können. Dieser Umstand wird in der Praxis häufig übersehen. Es erfolgt häufig nur eine Kündigung für die Leistungen der Mangelbeseitigung, die letztlich ins Leere geht und auch nicht als Vertragskündigung gewertet werden kann, da regelmäßig in diesen Fällen der Auftragnehmer die noch ausstehenden Leistungen noch ausführt. Dies führt zu einem Anspruchsverlust.

In sich abgeschlossene Leistungen sind nur anzunehmen, wenn diese Teile von der Gesamtleistung funktionell trennbar und unabhängig von den übrigen Leistungen selbstständig gebrauchsfähig sind (vgl. Ingenstau/Korbion, 18. Auflage, § 12 Abs. 2 VOB/B, Rn. 6). Diese Voraussetzung ist insbesondere gegeben, wenn ein gesamtes Gewerk gekündigt wird. Sie ist jedoch nicht gegeben, wenn lediglich bestimmte Bereiche der Bauleistung, z. B. einzelne Deckenwände oder Stockwerke, gekündigt werden. Eine Teilkündigung, die keinen in sich abgeschlossenen Teil der Gesamtleistung betrifft, führt dazu, dass etwaige Ersatzvornahmekosten nicht geltend gemacht werden können (Anspruchsverlust).

Dasselbe gilt für den Fall, dass keine Kündigung ausgesprochen wird oder aber eine Kündigungsandrohung nicht erfolgt ist.

Ausnahmsweise sind die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B auch dann erfüllt, wenn eine an sich unzulässige Teilkündigung vorliegt oder keine Kündigung vorliegt, jedoch der Auftragnehmer deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass keine Mangelbeseitigung erfolgt (BGH, NZBau 2000 S. 421 ff.).

## Rechtsfolgen

### ■ Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B

Sofern die vorstehend benannten Voraussetzungen eingehalten sind und eine ganz oder teilweise (in sich abgeschlossene Leistung) Kündigung erfolgt ist, stehen grundsätzlich zwei Wege offen:

Soweit im Ausnahmefall für die weitere Ausführung des Vertrages aus Gründen, die zu der Entziehung des Auftrages geführt haben, aus Sicht des Auftraggebers kein Interesse mehr besteht, kann er auf die weitere Ausführung verzichten. Der Schadensersatzanspruch bleibt bestehen.

Der Auftraggeber kann die Ersatzvornahme durchführen. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch bleibt bestehen (z. B. Verzugsschaden). Des Weiteren kann er nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B die Geräte, Gerüste sowie auf der Baustelle vorhandene Einrichtung und angelieferte Stoffe gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen. Über die entstandenen Mehrkosten ist binnen zwölf Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten dem Auftragnehmer eine Aufstellung zuzusenden.

### ■ Verzicht auf die weitere Ausführung

Die vertragswidrige Leistung und die fehlende Mängelbeseitigung müssen zu einem Wegfall des Interesses des Auftraggebers an der weiteren Fortführung geführt haben (Ausnahmefall).

### ■ Ersatzvornahmemehrkosten und Ersatzvornahmekosten

Zunächst sind im Falle der Durchführung der Ersatzvornahme die Ersatzvornahmemehrkosten und die für die Mängelbeseitigung, mithin die Ersatzvornahme, entstandenen Kosten ersatzfähig.

Die Ersatzvornahmemehrkosten ermitteln sich dahingehend, dass gegenüber gestellt werden muss, welcher Vergütungsanspruch bis zur vollständigen Durchführung dem Auftragnehmer zugestanden hätte und welcher (regelmäßig höhere) Betrag für die Durchführung der Ersatzvornahme aufgewendet worden ist. Die Differenz bilden die Ersatzvornahmemehrkosten.

### ■ Schadensersatzanspruch

Daneben steht dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich aller adäquat kausal auf die vertragswidrige Leistung zurückzuführenden Schäden zu. Insoweit sind die Haftungsbegrenzungen des § 6 Abs. 6 VOB/B und § 13 Abs. 7 VOB/B nicht einschlägig. Ein Schaden kann insbesondere in einem eingetretenen Verzug bestehen. Demgegenüber sind auch Sachverständigenkosten zur Feststellung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach ersatzfähig.

Nach § 4 Abs. 7 VOB/B sind insbesondere auch Verzugsschäden ersatzfähig, sofern sie darauf beruhen, dass der Auftragnehmer die Leistung vertragswidrig erstellt hat und die

Mangelbeseitigung verzögert oder unterlässt (BGH, BauR 2000 S. 1189–1190; BGH, BauR 2001 S. 1577–1580).

Insbesondere sind über § 4 Abs. 7 VOB/B auch diejenigen Schäden des Auftraggebers zu ersetzen, die er nach § 6 Abs. 6 VOB/B oder § 642 BGB einem Nachfolgeunternehmer ersetzen musste, wenn der Auftraggeber durch die mangelhafte und verzögerte Erstellung gegenüber dem Nachunternehmer in Annahmeverzug geraten ist (KG Berlin, IBR 2002 S. 355).

#### 4.2.4 Zusammenfassung

##### § 4 Abs. 7 VOB/B

- bei Vorliegen eines Mangels Anspruch auf Mangelbeseitigung (originärer Erfüllungsanspruch)

Ausnahme: AN beruft sich zu Recht darauf, dass die Mangelbeseitigung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand nach sich zieht

- daneben Schadensersatzanspruch
- daneben Zurückbehaltungsrecht
- Sowiesokosten sowie mitwirkendes Verschulden (gemäß § 254 BGB) sind zu berücksichtigen

weitere Ansprüche,

wenn I.

1. Vorliegen eines Mangels
2. Setzen einer angemessenen Frist
3. Kündigungsandrohung und Kündigung

dann II.

entweder

1. Verzicht auf weitere Ausführung durch Auftragnehmer (Wegfall Interesse) Ausnahmefall

oder

2. Ersatzvornahme
  - Übernahme auch der Ersatzvornahme- mehrkosten
  - auch des weiteren Schadens (keine Haftungsbegrenzung gemäß § 6 Abs. 6 oder § 13 Abs. 7 VOB/B)
  - Stoffe, Bauteile und Geräte können gegen angemessene Vergütung in Anspruch genommen werden

### 4.3 Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 VOB/B

#### 4.3.1 Einführung

Der Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 VOB/B betrifft den Zeitraum nach Abnahme. Die klassischen Störungen eines Bauablaufs betreffen die Phase bis zur Abnahme. § 13 Abs. 7 VOB/B regelt folgerichtig Schadensersatzansprüche wegen des Auftretens von Mängeln nach

Abnahme. Für den klassischen gestörten Bauablauf ist § 13 Abs. 7 VOB/B letztlich nur von extrem geringer Bedeutung, da er jedoch regelmäßig in der Kommentarliteratur mit benannt wird, erfolgt nachstehend eine kurze Darstellung:

§ 13 Abs. 7 VOB/B regelt die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs. Dabei haftet der Auftragnehmer nach § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B generell bei schulhaft verursachten Mängeln, die zu einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit führen. Weiter haftet der Auftragnehmer bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln grundsätzlich für alle Schäden unabhängig von der Wesentlichkeit des Mangels oder der Gebrauchseinschränkung.

Bei allen übrigen Schäden unterscheidet die VOB/B in § 13 Abs. 7 zwischen so genanntem kleinen und großen Schadensersatz.

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B (kleiner Schadensersatzanspruch) ist im Falle des Vorliegens eines wesentlichen Mangels, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist, auch der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient.

Demgegenüber erfasst § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 Buchstabe a bis c VOB/B den großen Schadensersatzanspruch. Dies betrifft die über die reine Nachbesserung hinausgehenden Schäden.

Grundsätzlich sind damit nicht die reinen Mängelbeseitigungskosten erfasst. Diese werden von § 13 Abs. 5 VOB/B umfasst. Eine Ausnahme ist jedoch dann gegeben, wenn ein Ausschluss des Nachbesserungsrechts gem. § 640 Abs. 2 BGB (vorbehaltlose Abnahme in Kenntnis eines Mangels) oder aber die Voraussetzungen des § 13 Abs. 6 VOB/B vorliegen.

Ansprüche nach § 13 Abs. 7 VOB/B können zudem auch dann bestehen, wenn keine Mängelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung gesetzt wurde, und zwar dann, wenn sich der entstandene Schaden durch die Mängelbeseitigung nicht beseitigen ließe (z. B. Mietausfall).

Ungeachtet dessen sollte zur Rechtswahrung immer eine entsprechende schriftliche Mängelbeseitigungsaufforderung unter den vorgenannten Prämissen erfolgen, da der Auftraggeber für einen nach Abnahme entstandenen Mangel die Darlegungs- und Beweislast trägt.

#### 4.3.2 Kleiner Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B)

§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B regelt den kleinen Schadensersatzanspruch für den Fall, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Ersatzfähig ist nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B nur der Schaden an der baulichen Anlage, nicht der darüber hinaus möglicherweise entstandene Schaden. Dieser ist nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 1, 2, 3 Satz 2 VOB/B ersatzfähig.

### **Wesentlicher Mangel**

Ein Schadensersatzanspruch setzt zunächst voraus, dass es sich um einen wesentlichen Mangel handelt. Für das Vorliegen eines wesentlichen Mangels sind sowohl objektive (allgemeine Verkehrsauffassung) als auch subjektive (Sicht des Auftraggebers) Kriterien zu berücksichtigen. Grundvoraussetzung für einen wesentlichen Mangel ist, dass der vorhandene Mangel nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des Vertragszweckes als bedeutende empfindliche Abweichung angesehen wird. Hinzu kommen muss in subjektiver Sicht das spezielle Interesse des Auftraggebers an einer ordnungsgemäßen Leistung, wobei der von ihm verfolgte Nutzungs- und Verwendungszweck entscheidend ist. Ein wesentlicher Mangel liegt sicher vor, wenn auf der Basis einer nicht ausreichenden Festigkeit des Mauer- mörtels eine hinreichende Standsicherheit des Gebäudes nicht gewährleistet ist (BGH, MDR 1977 S. 715, 716). Demgegenüber stellt das Verlegen von Platten mit geringfügigen farbigen Abweichungen regelmäßig nur einen unwesentlichen Mangel dar, der keinen Schadensersatzanspruch auslöst (BGH, BauR 1970 S. 237). Letztlich ist für die Annahme eines wesentlichen Mangels immer der Einzelfall, insbesondere Art und Umfang des Mangels und die Frage der Zumutbarkeit für den Auftraggeber, entscheidend.

### **Erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit**

Diese Voraussetzung richtet sich nach § 13 Abs. 1 VOB/B, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird.

### **Verschulden des Auftragnehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen**

Ein Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 VOB/B setzt ferner ein Verschulden des Auftragnehmers im Sinne eines Vertretenmüssens voraus.

### **Beweislast**

Nach Abnahme, mithin auch für die Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 1, 2, 3 VOB/B, trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast. Sofern der Mangel sowie die Haftungsvoraussetzungen dem Grunde nach gem. § 13 Abs. 7 VOB/B festgestellt sind und der Schaden nachgewiesen wurde, kann sich der Auftragnehmer nicht pauschal darauf berufen, dass die in Ansatz gebrachten Kosten zu hoch bemessen seien und sich der Schaden mit einem geringeren Aufwand hätte beseitigen lassen. Der Auftragnehmer trägt vielmehr für die Verletzung der letztlich behaupteten Schadensminderungspflicht des Auftraggebers die Darlegungs- und Beweislast und muss daher dezidiert nachweisen, dass und warum die Kosten zu hoch bemessen sind.

### **Umfang der Schadensersatzpflicht**

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B ist grundsätzlich nur ein Schaden an der baulichen Anlage, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, ersatzfähig.

Weitergehende Ansprüche sind nur dann nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B ersatzfähig, wenn die zusätzlichen, in § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B genannten Voraussetzungen vorliegen.

- Zunächst sind Substanz- oder Funktionsschäden an der baulichen Anlage zu ersetzen. Dies betrifft beispielsweise den Fall, dass es durch das Herabfallen unsachgemäß montierter Jalousien zu Beschädigungen des Fensterrahmens kommt (BGHZ 62 S. 295f.). Der eigentliche Mangel betrifft die fehlerhaft montierte Jalousie. Der darüber hinaus entstandene Schaden an dem Fenster ist letztlich ein Folgeschaden der fehlerhaften Ausführung und kann über § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B zu ersetzen sein.
- Ein weiteres Beispiel ist die Schwammbildung, bedingt durch eine fehlerhafte Drainage (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage, Rn. 1730) oder aber Gebäudeirreisse infolge fehlerhafter Erdarbeiten oder entstandener Feuchtigkeitsschäden (OLG Koblenz, NJW-RR 1988 S. 532, 533).
- Zu ersetzen sind des Weiteren durch die mangelhafte Leistung am Bauwerk selbst aufgetretene Folgen, wie beispielsweise die Herabsetzung des Nutzungs- oder Verkehrswertes, der Einnahmeverlust wegen entgangener Nutzung der baulichen Anlage, Mehraufwendungen wegen der Mängel, wie beispielsweise erhöhte Stromkosten für die Anlage sowie zur Schadensminderung aufgewendete Kosten (BGH, BauR 1992 S. 505).
- Ersatzfähig sind gegebenenfalls auch die reinen Mangelbeseitigungskosten, wenn der Nachbesserungsanspruch gem. § 640 Abs. 2 BGB (vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis des Mangels) ausgeschlossen ist oder aber die Voraussetzungen einer Minderung gem. § 13 Abs. 6 VOB/B vorliegen.
- Der Schadensersatz kann auch in den Kosten einer Neuherstellung bestehen, wenn es wegen des Mangels zu einem Abriss, Abtransport sowie zu einer Entfernung der Bauteile kommt.
- Ebenso sind Gutachterkosten dann ersatzfähig, wenn sie dazu dienen, die vorhandenen Schäden an der baulichen Anlage festzustellen (BGH, BauR 1985 S. 83; OLG Köln, NJW-RR 1995 S. 211; OLG Düsseldorf, BauR 1996 S. 129).
- Demgegenüber sind die Kosten der Unterbringung eines Mieters in einem Hotel nicht über § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B ersatzfähig. Diese können nur unter den besonderen weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 Buchstabe a bis c VOB/B geltend gemacht werden, da dieser Schadensposten nicht an der baulichen Anlage entstanden ist.

### 4.3.3 Großer Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B

Die Geltendmachung des weiteren Schadens über den in § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B benannten Schaden an der baulichen Anlage hinaus ist nur unter den besonderen zusätzlichen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 sowie Nr. 1 und 2 VOB/B möglich. Der Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B ist dem Umfang nach nicht begrenzt. Es ist grundsätzlich jeder adäquat kausal auf die mangelhafte Leistung zurückzuführende Schaden ersatzfähig.

#### Anspruchsvoraussetzungen

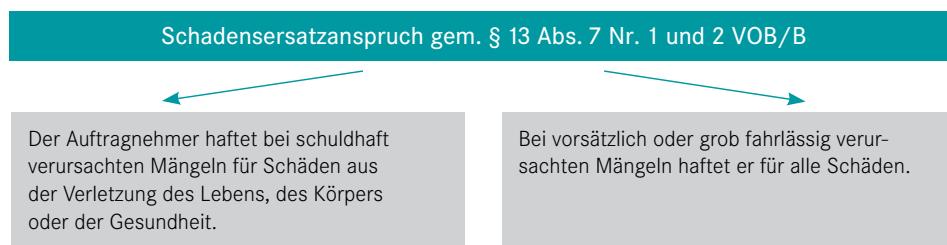
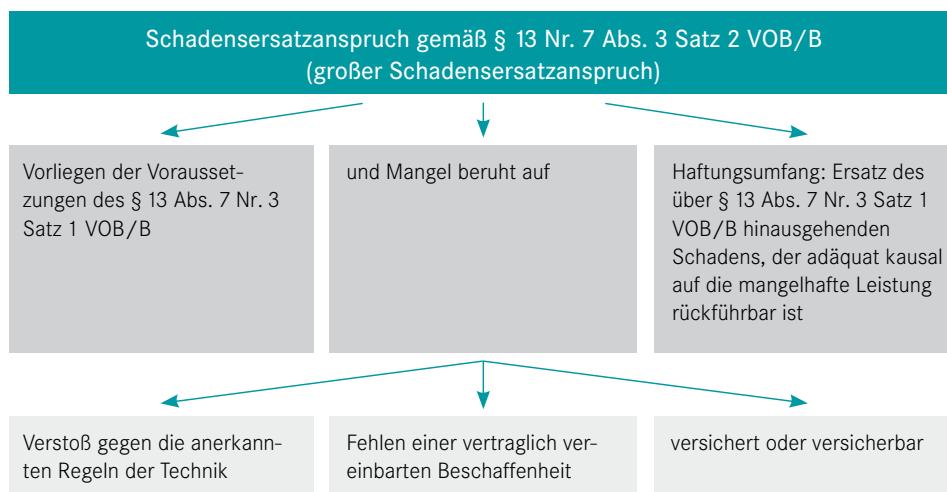
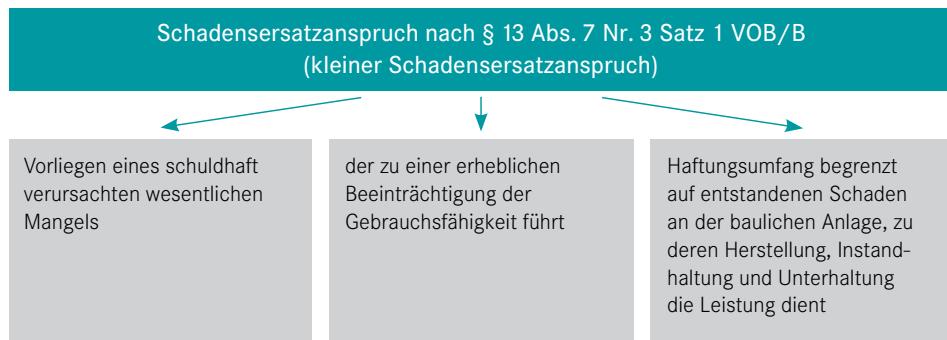
Grundvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B ist, dass zunächst die Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B vorliegen, d.h. es muss ein wesentlicher Mangel vorliegen, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Der Unterschied zu § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B besteht jedoch darin, dass sich der Schaden nicht auf die bauliche Anlage beziehen muss. Weitere Voraussetzung ist:

- Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik oder
- Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder
- versicherte oder versicherbare Leistung.

#### Schadensumfang

Zu ersetzen ist der adäquat kausal auf die mangelhafte Leistung rückführbare Schaden. Gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 5 VOB/B kann der Umfang der Schadensersatzverpflichtung eingeschränkt oder aber erweitert werden.

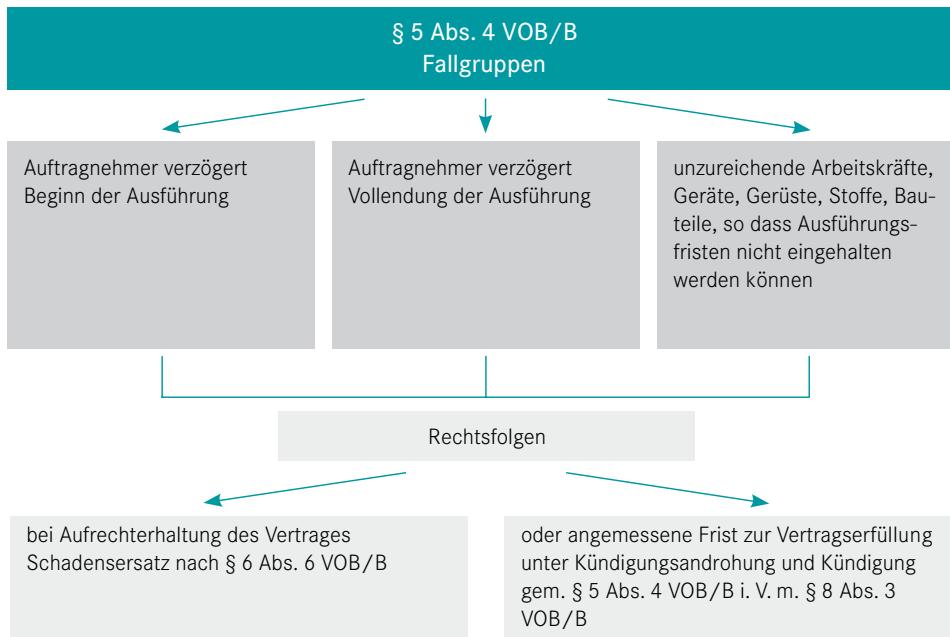
#### 4.3.4 Zusammenfassung



## 5 Ansprüche gem. § 5 Abs. 4 VOB/B

### 5.1 Einleitung

Nach § 5 Abs. 4 VOB/B kann der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer dann Ansprüche geltend machen, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung oder die Vollendung verzögert oder aber die Baustelle mit Personal oder Arbeitsmitteln derart unzureichend besetzt, dass offenbar nicht von der Einhaltung der Ausführungsfristen ausgegangen werden kann. Im Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages kann der Auftraggeber Ansprüche auf Schadensersatz nach § 5 Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 6 Abs. 6 VOB/B geltend machen. Er kann jedoch auch eine Frist unter Kündigungsandrohung mit nachfolgender Kündigung setzen und dann die Ansprüche gem. § 5 Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B geltend machen, die insoweit schon im Rahmen des § 4 Abs. 7 VOB/B dargestellt wurden. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



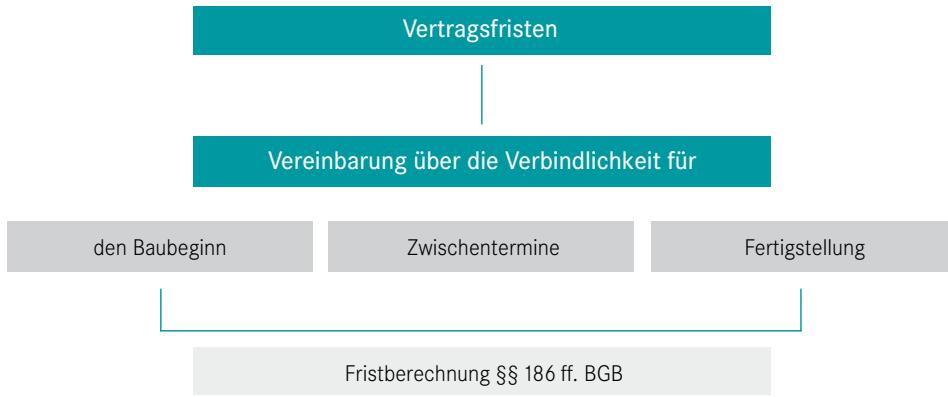
### 5.2 Vertragsfristen

§ 5 Abs. 1 VOB/B legt fest, dass es sich um verbindliche Fristen, so genannte Vertragsfristen, handeln muss, die die Parteien vereinbart haben und die sich auf den Ausführungszeitraum, mithin den Zeitraum von Baubeginn bis zur Fertigstellung, beziehen. Vertragsfristen können

sowohl für den Baubeginn, als Zwischenfristen und auch für den Fertigstellungstermin vereinbart werden (»zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden«). Gleichzeitig wird geregelt, dass die in einem Bauzeitenplan enthaltenen Einzelfristen ohne weitere Vereinbarung keine Vertragsfristen darstellen. Die Fristberechnung erfolgt auch hier nach den §§ 186 ff. BGB. Vertragsfristen sollten also solche bereits im Vertrag vereinbart werden, und zwar wie benannt für den Baubeginn, soweit notwendig als Zwischenfristen oder für den Fertigstellungstermin. Die Parteien können auch eine Regelung dahingehend schließen, dass auch nach Vertragsabschluss noch Vertragsfristen entsprechend einvernehmlich festgelegt werden können (OLG Köln, BauR 1997 S. 318).

Aus Sicht des Auftraggebers sollte zwingend darauf geachtet werden, dass entsprechende Fristen vereinbart werden, um Auslegungsschwierigkeiten und insbesondere auch Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Wenn Vertragsfristen nicht ausdrücklich vereinbart sind, lässt sich nur schwer feststellen, wann der Auftragnehmer den Ausführungsbeginn bzw. die Fertigstellung verzögert hat. Auch die Vereinbarung von Zwischenfristen, gerade für größere Bauvorhaben, ist sinnvoll, da vor diesem Hintergrund durch die Vereinbarung verbindlicher Ecktermine sichergestellt werden kann, dass das Bauvorhaben vom Auftragnehmer entsprechend gefördert und ausgeführt wird, weil der Verzug mit verbindlichen Vertragsfristen zu Schadensersatzansprüchen, ggf. auch zur Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B führen kann. Insbesondere ist es bei der Überschreitung verbindlich vereinbarter Zwischenfristen für den Auftraggeber einfacher, bei einem Verstrecken, insbesondere bei einem deutlichen Verstrecken, dieser Fristen sich rechtssicher vom Vertrag zu lösen.

In einem Bauzeitenplan werden regelmäßig zahlreiche Einzelfristen benannt, insbesondere wann mit welchem Gewerk voraussichtlich begonnen und wann dieses abgeschlossen wird. Diese Fristen werden nur dann zu Vertragsfristen, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren. Aus Sicht des Auftragnehmers ist es nicht sinnvoll, eine Regelung dahingehend einzugehen, dass bei einem Bauvorhaben mit bis zu 36 Gewerken jede Frist in einem Bauzeitenplan als Vertragsfrist normiert wird, da sich selbst bei einem nur gering gestörten Bauablauf ohne Verzögerung des Endtermins die Einzelfristen häufig nicht einhalten lassen, d. h. auch dann, wenn Störungen vorliegen, ist nicht die zwangsläufige Folge, dass eine Bauzeitverlängerung eintritt. Wenn indessen jede Einzelfrist als Vertragsfrist vereinbart wird, könnte der Verzug der einzelnen Fristen zu den Folgen des § 5 Abs. 4 VOB/B führen. Auch aus Sicht des Auftraggebers ist zumindest kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum sämtliche Einzelfristen auch Vertragsfristen sein sollen. Die Vereinbarung wichtiger Ecktermine als verbindlich vereinbarte Zwischentermine (als Vertragsfristen) reicht zur Absicherung seiner Interessen aus.



### 5.3 Verzögerung des Baubeginns

#### § 5 Abs. 1 VOB/B

Durch den Wortlaut verzögert wird deutlich, dass Voraussetzung für Ansprüche nach § 5 Abs. 4 VOB/B ist, dass ein Verzug des Auftragnehmers vorliegt. Sofern ein bestimmter kalendermäßiger Baubeginn zwischen den Parteien vereinbart wird, lässt sich das Verstreichen regelmäßig einfach feststellen. Sofern der Termin zumindest berechenbar ist, z. B. zwei Monate nach Vorlage der Baugenehmigung, ist der Baubeginn ebenfalls eindeutig nach dem Kalender bestimmt (BGH, BauR 2002 S. 782–784). Voraussetzung für § 5 Abs. 1 VOB/B bleibt jedoch, wie dargestellt, dass es sich um eine Vertragsfrist handelt. Sofern die Parteien keinen bestimmten Baubeginn vereinbart haben, ist dieser nach § 5 Abs. 2 VOB/B zu ermitteln. Die Verzögerung des Baubeginns setzt voraus, dass der vereinbarte Termin verstreckt, ohne dass der Auftragnehmer die Bauarbeiten aufnimmt. In den Fällen, in denen der Auftragnehmer die Arbeiten zunächst aufnimmt und dann zu einem später, vom Auftraggeber gesetzten Zeitpunkt auf der Baustelle nicht erscheint, ist kein Fall, bei dem nach § 5 Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 5 Abs. 1 VOB/B wegen Verzögerung des Baubeginns gekündigt werden könnte (OLG Dresden, MDR 2003 S. 1174–1175). Inwieweit in solchen Fällen aus anderen Gründen eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht kommt, wäre zu prüfen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verzögerung vom Auftragnehmer zu vertreten ist. Zunächst wird vermutet, dass bei Verstreichen des Baubeginns ein Verschulden des Auftragnehmers vorliegt. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Verzögerung des Baubeginns vom Auftraggeber zu vertreten ist. Der Auftragnehmer kommt insbesondere dann nicht in Verzug, wenn er den Baubeginn bzw. die Weiterführung der Arbeiten berechtigt wegen Zahlungsverzugs des Auftraggebers verweigert (OLG Düsseldorf, BauR 1992 S. 765–767). In Bezug auf den Baubeginn kann ein Zahlungsverzug dann vorliegen, wenn die Parteien eine Vorauszahlung vereinbart haben. Wenn es zu einer Verzögerung des Baubeginns gekommen ist, die zunächst vom Auftraggeber zu vertreten war, ist auch hier zu beachten, dass der Auftragnehmer dann erst durch eine Mahnung

nach Fälligkeit in Verzug geraten kann (OLG Düsseldorf, BauR 1992 S. 765 – 767; OLG Düsseldorf, BauR 2000 S. 1336 – 1337). Wenn also beispielsweise der Auftraggeber verpflichtet war, das Grundstück von Pflanzenbewuchs zu befreien, damit der Auftragnehmer im Anschluss einen Zaun errichten kann, gerät der Auftragnehmer nicht in Verzug, solange der Auftraggeber seinen Mitwirkungspflichten, d. h. der Beseitigung des Pflanzenbewuchses, nicht nachgekommen ist (OLG Düsseldorf, BauR 1998 S. 341 – 342).

### § 5 Abs. 2 VOB/B

§ 5 Abs. 2 VOB/B betrifft den Fall, dass die Parteien für den Baubeginn gerade keine verbindliche Frist vereinbart haben. Da dieser Fall in der Baupraxis häufig vorkommt und der Zeitraum der Ausführung für beide Vertragsparteien von ganz entscheidender Bedeutung ist, ist in § 5 Abs. 2 VOB/B hierzu eine Regelung getroffen worden. In dem Fall, in dem keine Frist für den Baubeginn vereinbart wurde, ist zunächst der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber verpflichtet, sofern dieser es verlangt, den voraussichtlichen Baubeginn mitzuteilen. Auf der anderen Seite ist wiederum der Auftragnehmer verpflichtet, binnen zwölf Werktagen (Tage von Montag bis Samstag) nach einer entsprechenden Aufforderung des Auftraggebers mit den Bauausführungen zu beginnen und auch den Beginn der Bauausführung dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen. Auch hier gilt, dass die Parteien zwingend entweder einen nach dem Kalender bereits bestimmten Baubeginn vereinbaren sollten oder zumindest in Abhängigkeit von zentralen Ereignissen (Vorlage der Baugenehmigung, Aufforderung durch den Auftraggeber etc.) einen verbindlichen Ausführungszeitraum festlegen sollten, damit im Streitfall ermittelt werden kann, in welchem Zeitraum und von wann bis wann die Bauausführung zu leisten war. In den Fällen, in denen in Abhängigkeit zum Beispiel von der Vorlage der Baugenehmigung oder aber der Aufforderung des Auftraggebers der Baubeginn innerhalb einer bestimmten Frist zu beginnen ist, z. B. zwei Wochen, und binnen einer weiteren Frist umzusetzen ist, z. B. drei Monate, muss eine Vorsorge dafür getroffen werden, was in diesen Fällen passiert, wenn der Baubeginn auf dieser Basis kurz vor Beginn der Winterzeit liegt und sich dadurch bedingt die Ausführungszeit gegebenenfalls deutlich verlängert.

## 5.4 Verzögerung der Vollendung des Bauvorhabens

Auch hier gilt, dass die Parteien einen verbindlich vereinbarten Fertigstellungstermin vereinbart haben müssen (§ 5 Abs. 1 VOB/B) oder aber einen Fertigstellungstermin, der nach dem Kalender bestimmt ist. Aber auch dann, wenn die Parteien keinen verbindlichen Fertigstellungstermin vereinbart haben, ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Bauausführung angemessen zu fördern und fertig zu stellen. In diesen Fällen ist es regelmäßig jedoch nur sehr schwer möglich, den Endtermin verlässlich zu bestimmen. Auch in diesen Fällen bedürfte es zwangsläufig nach Fälligkeit einer Mahnung (OLG Frankfurt, NJW-RR 1994 S. 1361 – 1362).

Auch hier gilt, dass dann, wenn die Ausführungsfristen z. B. durch Zusatzaufträge verlängert werden und damit der Fertigstellungstermin nicht mehr nach dem Kalender bestimmt ist, der Auftragnehmer erst durch eine Mahnung nach Fälligkeit in Verzug gerät (OLG Düsseldorf, BauR 2000 S. 1336–1337).

## 5.5 Unzureichendes Personal/Arbeitsmittel

§ 5 Abs. 3 VOB/B soll sicherstellen, dass dann, wenn, bedingt dadurch, dass der Auftragnehmer in unzureichendem Umfang Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile einsetzt und dass absehbar ist, dass er die vereinbarten Ausführungsfristen nicht einhalten kann, dem Auftraggeber unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B ein Anspruch auf Schadensersatz bzw. ein Kündigungsrecht zusteht. Bei den hier benannten Ausführungsfristen können sowohl Zwischentermine als auch der Fertigstellungstermin gemeint sein. Die Fälle des verzögerten Baubeginns sind in § 5 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B bereits erfasst und vorstehend dargestellt worden.

Sofern die Parteien verbindliche Zwischenfristen vereinbart haben und diese nicht eingehalten werden, bedarf es nicht des Rückgriffs auf § 5 Abs. 3 VOB/B, obwohl auch das Kündigungsrecht in diesen Fällen auf § 5 Abs. 3 VOB/B gestützt werden kann. § 5 Abs. 3 VOB/B erfasst insbesondere auch die Fälle, in denen die Parteien keine verbindlichen Zwischenfristen als Vertragsfristen vereinbart haben, der Auftragnehmer aber die Arbeiten ohne ausreichendes Personal oder Arbeitsmittel ausführt, so dass erkennbar wird, dass z. B. der vereinbarte Fertigstellungstermin oder ggf. auch ein wichtiger Zwischentermin nicht eingehalten wird. In welchem Umfang Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile eingesetzt werden müssen, ist immer eine Frage des Einzelfalls und kann nicht pauschal beantwortet werden. Wenn nach ständiger Baupraxis z. B. für Bewehrungsarbeiten in dem vereinbarten Umfang regelmäßig 30 Mitarbeiter eingesetzt werden, um innerhalb der vereinbarten Frist die Arbeiten durchzuführen, sind zehn eingesetzte Mitarbeiter sicherlich zu wenig. In diesen Fällen ist jedoch trotz allem immer mit Vorsicht vorzugehen, weil der Auftragnehmer, soweit keine verbindlichen Zwischenfristen vereinbart sind, auch zunächst weniger Personal einsetzen kann und während des Bauvorhabens dann zahlenmäßig hohe Mannschaften einsetzen könnte. Von einer Kündigung nach § 5 Abs. 3 VOB/B sollte nur in klaren Fällen Gebrauch gemacht werden. Voraussetzung ist bei Vorliegen, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Abhilfe auffordert. Unverzüglich in diesem Sinne bedeutet wiederum, dass der Auftragnehmer ohne schuldhaftes Zögern Abhilfe schaffen muss.

## 5.6 Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B

Unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B geltend machen kann, wurde bereits eingehend dargestellt, so dass zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorausgegangenen Ausführungen Bezug genommen wird.

Ein Schadensersatzanspruch ermisst sich im Falle eines Anspruchs nach § 5 Abs. 4 VOB/B grundsätzlich nach § 6 Abs. 6 VOB/B, d. h. entgangener Gewinn ist nur im Fall von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftragnehmers zu erstatten. In diesen Fällen ist auch denkbar, dass die Parteien einen Vertragsstrafenanspruch vereinbart haben. Solange der geltend gemachte Anspruch innerhalb des Umfangs der vereinbarten Vertragsstrafe bleibt, bedarf es keiner dezidierten Darstellung eines etwaig tatsächlich bzw. konkret eingetretenen Schadens. Sofern Ansprüche oberhalb der Vertragsstrafe geltend gemacht werden sollen, muss der gesamte Schaden dementsprechend dargestellt und bewiesen werden. Sofern der Auftragnehmer behauptet, dass er seine Bauleistungen rechtzeitig hergestellt hat, ist er dafür beweispflichtig.

## 5.7 Kündigung

Nach § 5 Abs. 4 VOB/B kommt auch die Kündigung in Betracht. Voraussetzung ist, dass eine Frist unter Kündigungsandrohung und nachfolgender Kündigung gesetzt wird. Es gilt auch in diesem Fall genauso wie bei § 4 Abs. 7 VOB/B dann § 8 Abs. 3 VOB/B, worauf insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Sofern der Auftraggeber eine Kündigung ausspricht, ohne dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B vorliegen, ist von einer einfachen Kündigung gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B auszugehen, die der Auftraggeber zu jedem Zeitpunkt aussprechen kann (Hanseatisches Oberlandesgericht, BauR 2004 S. 1616–1621). In sehr eng umrissenen Einzelfällen kommt auch ohne Fristsetzung unter Kündigungsandrohung eine fristlose Kündigung in Betracht. Das KG Berlin (Urteil vom 01.06.2001, Az. 21 U 4112/99) hat in einem Fall die fristlose Kündigung ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B für berechtigt angesehen, indem der Prüfingenieur des Bauamtes ein Gerüst wegen unzureichender Verankerung nicht freigegeben hat und der Auftragnehmer die geforderten zusätzlichen Verankerungen verweigert hat.

In den Fällen, in denen der Auftragnehmer die weitere Ausführung verweigert, weil man sich über nach Vertragsabschluss notwendig gewordene weitere Leistungen nicht einigt, ist dies dann möglich, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine entsprechende Vertragserfüllungsfrist unter Kündigungsandrohung und den weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B gesetzt hat (OLG Koblenz, JurBüro 2002 S. 387–388; OLG Koblenz, Entscheidung vom 12.04.2001, Az. 5 U 1042/00). Wenn der Auftragnehmer nach einer vom Auftraggeber gem. § 5 Abs. 4 VOB/B gesetzten Frist Arbeiten ausführt und der Auftraggeber diese annimmt, bedarf es einer erneuten Fristsetzung unter Kündigungsandrohung, bevor die Kündigung

erfolgen kann (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994 S. 149–150). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Auftraggeber die Leistungen nicht annimmt und von seinem Kündigungsrecht sofort Gebrauch macht (Saarländisches Oberlandesgericht, NZBau 2003 S. 673–674).

## 6 Vertragsstrafenansprüche

### 6.1 Voraussetzungen und Folgen nach § 11 VOB/B

#### 6.1.1 Vertragsstrafenvereinbarung

Nach § 11 Abs. 1 VOB/B ist Voraussetzung für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien. Neben § 11 VOB/B gelten gem. § 11 Abs. 1 VOB/B dann die Vorschriften des BGB, d. h. die §§ 339 bis 345 BGB. Die Parteien können, müssen also keine Vertragsstrafe vereinbaren. Eine Vertragsstrafe kann beispielsweise für den Fall vereinbart werden, dass der Auftragnehmer seine Leistungen nicht innerhalb einer bestimmten, im Vertrag vorgesehenen Frist erbringt. Diese Frist kann sowohl nach dem Kalender bestimmt oder bestimmbar sein (z. B. 60 Tage nach Baubeginn). Sie kann ebenso für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Leistung vereinbart werden und ebenso für den Fall, dass beispielsweise Arbeitnehmer eingesetzt werden, die nach geltenden arbeitsrechtlichen Regelungen nicht hätten eingesetzt werden dürfen. Der klassische Fall, zumindest bezogen auf den gestörten Bauablauf, ist der Fall der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes bzw. der Bauleistung. Die Vertragsstrafe muss als solche ausdrücklich vereinbart sein. Es muss auch klar erkennbar sein, was vertragsstrafenbewährt ist. Grundsätzlich sieht § 11 VOB/B keine Formvorschrift vor, so dass sie grundsätzlich auch mündlich vereinbart werden könnte. Davon ist jedoch aus Beweisgründen immer abzuraten. Wenn hingegen die Hauptverbindlichkeit eine bestimmte Form vorsieht, dann gilt sie auch für das Vertragsstrafenversprechen (BGH, NJW 1980 S. 1622). Vertragsstrafenversprechen können zwar individualvertraglich, aber auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen (BGH, BauR 1998 S. 330). Ebenso kann ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen des § 12 VOB/A eine Vertragsstrafe vereinbaren.

Die Vertragsstrafenvereinbarung erfolgt vor dem Hintergrund, dass der Auftraggeber dann, sofern die Vertragsstrafe verwirkt wird, in Höhe der vereinbarten und verwirkten Vertragsstrafe keinen Nachweis dafür erbringen muss, dass ein Schaden vorliegt und wenn ja in welcher Höhe. Es ist letztlich eine Beweiserleichterung für den Auftraggeber, wobei zu beachten ist, dass er auch über die Vertragsstrafe hinaus einen Verzugsschaden geltend machen kann, sofern die Voraussetzungen vorliegen. Hierbei ist zu beachten, dass ein etwaiger Verzugsschaden nicht vollständig isoliert neben dem Vertragsstrafenanspruch besteht, sondern dass die Vertragsstrafe auf einen höheren Verzugsschaden anzurechnen ist. In diesem Fall ist der

Auftraggeber dann aber gehalten, den gesamten von ihm behaupteten Schaden auch nachzuweisen.

### 6.1.2 Vertragsstrafe für nicht erfüllte oder nicht ordnungsgemäße Bauleistungen

Liegt der Fall der Vertragsstrafenvereinbarung für eine nicht ordnungsgemäße Bauleistung vor, das kann der Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung sein, der Schlechterfüllung oder der nur teilweisen Erfüllung, dann kann der Auftraggeber die Vertragsstrafe neben seinem Erfüllungsanspruch gem. § 341 Abs. 1 BGB verfolgen. Ist dem Auftraggeber ein Schaden entstanden, der über die Höhe der Vertragsstrafe hinausgeht, stellt die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe den Mindestschaden dar und er kann den darüber hinausgehenden Schaden ersetzt verlangen. Wird demgegenüber eine Vertragsstrafenvereinbarung für die nicht erfüllte Bauleistung zwischen den Parteien vereinbart, kann der Auftraggeber die Vertragsstrafe anstatt der Erfüllung verlangen. Hierin ist der Unterschied zwischen den beiden Regelungen zu sehen. Anwendbar ist in diesem Fall § 340 Abs. 1 BGB. Auch hier kann die Vertragsstrafe als Mindestschaden geltend gemacht werden, wobei ein etwaig darüber hinausgehender Schaden vom Auftraggeber auch beansprucht werden kann gem. § 340 Abs. 2 BGB.

### 6.1.3 Verzug

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt voraus, dass für den Fall, dass die Parteien sie für die nicht ordnungsgemäße Bauleistung vereinbart haben, der Auftragnehmer die Leistung nicht rechtzeitig in dem Zustand hergestellt hat wie es die Parteien vereinbart haben und dass er sich in Verzug befindet. Sind zwischen den Parteien verbindliche Fertigstellungstermine vereinbart worden, z. B. der 30.12.2008, dann gerät der Auftragnehmer ohne Mahnung in Verzug (BGH, BauR 2002 S. 782). Dasselbe gilt nach § 286 BGB, wenn ein klar und eindeutig nach dem Kalender bestimmter Fertigstellungstermin sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt, z. B. 40 Tage nach Baubeginn. Verzug setzt Verschulden voraus. Allgemeine Geschäftsbedingungen, wonach eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vereinbart wird, sind gem. § 309 Abs. 4 und § 307 BGB unwirksam (BGH, BauR 2002 S. 782, BauR 2004 S. 1611; OLG Hamm, BauR 1997 S. 663). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer sich gegenüber dem Auftraggeber auch dann auf ein fehlendes Verschulden berufen kann, wenn die Voraussetzungen für eine Bauzeitverlängerung gem. § 6 Abs. 4 VOB/B nicht vorliegen, weil er die hierzu notwendige Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 VOB/B nicht an den Auftraggeber gesendet hat, wenn der Auftraggeber wegen fehlender Ausführungs- und Montagepläne und zahlreichen Änderungsanordnungen diese Verzögerung verursacht hat. Die Berufung auf die Vertragsstrafe wäre in diesem Fall rechtsmissbräuchlich (OLG Zweibrücken, BauR 2006 S. 1030).

#### 6.1.4 Vorbehalt bei Abnahme

§ 11 Abs. 4 VOB/B sieht vor, dass der Vertragsstrafenvorbehalt spätestens bei der Abnahme erfolgt. Sofern eine förmliche Abnahme zwischen den Parteien vereinbart ist, muss sich der Vertragsstrafenvorbehalt im Abnahmeprotokoll finden. Ein vor Abnahme erklärter Vorbehalt reicht nicht aus (OLG Celle, BauR 2000 S. 278). Für den Fall, dass die förmlich vereinbarte Abnahme vor Ort durchgeführt wird und kein Vertragsstrafenvorbehalt erfolgt, sondern erst in einem später angefertigten Abnahmeprotokoll vereinbart wird, ist das OLG Düsseldorf der Auffassung (OLG Düsseldorf, BauR 1982 S. 582), dass dieser Vorbehalt nicht ausreicht. Etwas anderes gilt jedenfalls dann, wenn zwischen der Abnahmebegehung und der Abnahme und der Anfertigung des Abnahmeprotokolls ein sehr enger zeitlicher Zusammenhang besteht (BGH, BauR 1974 S. 206). Zweckmäßigerweise sollte dann, wenn die Abnahmehandlung und das Abnahmeprotokoll zeitlich aufeinander fallen, darauf geachtet werden, dass der Vertragsstrafenvorbehalt vorab mündlich im Rahmen der Abnahmebegehung und -handlung erfolgt. Sinnvoll ist sicherlich, dass am selben Tag das Abnahmeprotokoll erstellt wird und so der Vertragsstrafenvorbehalt erfolgt. Der Auftraggeber kann den Vertragsstrafenvorbehalt erklären und ein entsprechend von ihm bevollmächtigter Architekt dann, wenn er zur rechtsgeschäftlichen Abnahme bevollmächtigt ist (BGH, BauR 1987 S. 92). Sollte diese Bevollmächtigung nicht vorliegen, kann nicht zwangsläufig bei einem Architekten angenommen werden, dass er auch bevollmächtigt ist, den Vertragsstrafenvorbehalt zu erklären. In der Praxis liegt häufig eine Vollmacht vor. Der Vertragsstrafenvorbehalt muss gegenüber dem Auftragnehmer erklärt werden. Wenn hingegen der Architekt nicht bevollmächtigt ist, den Vertragsstrafenvorbehalt zu erklären, dann ist der Vertragsstrafenvorbehalt unwirksam (LG Leipzig, NJW-RR 1999 S. 1183).

Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (BauR 2001 S. 112) ist auch dann von einem wirksamen Vertragsstrafenvorbehalt auszugehen, wenn der Auftraggeber im entschiedenen Fall zwei Tage vor der Abnahme sowohl die Höhe der Vertragsstrafenforderung benennt und schriftlich diese einfordert. Zwischen den Parteien kann insoweit auch noch sowohl individualvertraglich als auch in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vereinbart werden, dass ein Vertragsstrafenvorbehalt bis zur Schlusszahlung geltend gemacht werden kann (KG, BauR 2000 S. 575, OLG Dresden, IBR 2000 S. 428; BGH, Beschluss vom 13.07.2000, Az. VII ZR 249/99, Revision nicht angenommen). Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dann die VOB/B nicht mehr im Ganzen gilt.

Darüber hinaus entfällt ein Vertragsstrafenvorbehalt auch dann nicht, wenn die Parteien eine Regelung dahingehend getroffen haben, dass eine Vertragsstrafe von der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden kann (Brandenburgisches OLG, IBR 2000 S. 596).

### 6.1.5 Vertragsstrafenhöhe

§ 11 VOB/B sieht keine Obergrenze für eine Vertragsstrafenvereinbarung vor, sondern nur in § 11 Abs. 3 VOB/B die Möglichkeit der Vorgabe der Berechnung für den Fall, dass die Vertragsstrafe nach Tagen oder Wochen zu ermitteln ist. Individualvertraglich kann die Höhe zwischen den Parteien einvernehmlich festgelegt werden bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit. Ab welcher Grenze man von Sittenwidrigkeit ausgehen kann, ist immer eine Frage des Einzelfalls. Wenn eine Vertragsstrafenregelung als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart ist, gibt es nach der Rechtsprechung des BGH Obergrenzen, die nachstehend noch dargestellt werden. § 11 Abs. 3 VOB/B geht davon aus, dass dann, wenn eine Vertragsstrafe nach Tagen bemessen ist, nur die Werkstage (Montag bis Samstag) heranzuziehen sind und für den Fall der Bemessung nach Wochen jeder Werktag als 1/6 Woche gerechnet wird. In der Praxis finden sich jedoch auch häufig Regelungen, wo nicht auf Werkstage (Tage von Montag bis Samstag) abgestellt wird, sondern auch auf Kalendertage (Montag bis Sonntag) bzw. Arbeitstage (Montag bis Freitag). Diese Unterscheidung ist für die Fristberechnung wichtig. § 11 Abs. 3 VOB/B findet auch nur dann Anwendung, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, d. h. wenn nicht geregelt ist, ob es sich um Werkstage, Kalendertage oder aber Arbeitstage handelt.

### 6.1.6 Beweislast

Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Vertragsstrafenanspruchs trägt der Auftraggeber mithin für den Abschluss der Vertragsstrafenvereinbarung, für die Höhe der Vertragsstrafe sowie dafür, dass bereits ein fälliger Anspruch vorliegt (BGH, BauR 1977 S. 280). Demgegenüber trägt der Auftragnehmer die Beweislast dafür, dass er seine Leistungen entgegen den Ausführungen des Auftraggebers ordnungsgemäß hergestellt hat, was aus § 345 BGB folgt.

### 6.1.7 Verschiebung der Bautermine

Für den Fall, dass der ursprünglich vereinbarte Fertigstellungstermin verschoben wird, ist immer anhand des Einzelfalls zu prüfen, ob die vereinbarte Vertragsstrafe dadurch, d. h. durch die Verschiebung, entfällt. Allein der Umstand, dass Bautermine verschoben werden, führt nicht zu einem Entfall der Vertragsstrafe (OLG Naumburg, IBR 2000 S. 66; BGH, Beschluss vom 25.11.1999, Az. VII ZR 95/99, Revision nicht angenommen; BGH, IBR 2006 S. 387; OLG Düsseldorf, BauR 1997 S. 1041–1045), sondern es ist im Regelfall davon auszugehen, dass die Vertragsstrafe auch für die neuen Termine gilt (BGH, IBR 2006 S. 387). Kommt es durch eine vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung zu einer Bauzeitverlängerung gem.

§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a Abs. 4 VOB/B, bedarf es zur Verwirkung der Vertragsstrafe einer verzugsbegründenden Mahnung (OLG Dresden, BauR 2000 S. 1881–1883).

## 6.2 Vertragsstrafe als Allgemeine Geschäftsbedingung

### 6.2.1 Einführung

Vertragsstrafenregelungen, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet worden sind, waren Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen. Dies bedingt sich dadurch, dass die Geltendmachung einer Vertragsstrafe durch den Auftraggeber für ihn erhebliche Beweiserleichterungen nach sich zieht, insbesondere dann, wenn die Parteien einen verbindlichen Fertigstellungstermin vereinbart haben. Naturgemäß versuchen Auftraggeber, einem sich möglicherweise sehr schwierigen Schadensnachweises für den Fall eines Verzuges zu entziehen. Da darüber hinaus die Baumarktlage über einen Zeitraum von mehr als einem Jahrzehnt für die Bauindustrie sehr schwierig war, ließen sich häufig auch die unterschiedlichsten Vertragsstrafenregelungen durchsetzen, die bei verständiger Würdigung eigentlich dazu hätten führen müssen, dass ein Auftragnehmer von der Unterschrift unter dem Generalunternehmervertrag oder Werkvertrag Abstand nimmt.

Nachstehend werden zunächst die Grundzüge der Anwendbarkeit der Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach den §§ 305 ff. BGB dargestellt und dann die wesentlichen Entscheidungen. Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass es bis zum 31.12.2001 ein eigenes AGB-Gesetz (AGBG) gab, welches mit geringfügigen Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 in die §§ 305 ff. BGB eingegangen ist. Der Hinweis erfolgt deswegen, weil es natürlich noch eine Vielzahl von Entscheidungen gibt, die auf das AGBG Bezug nehmen und von deren Anwendbarkeit auch weiterhin auszugehen ist. Die gesetzlichen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruhen darauf, dass unbillige Benachteiligungen eines Vertragspartners durch standariserte Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden sollen. Folgerichtig wurden inhaltliche Grenzen gesetzlich festgelegt, wobei sämtliche Regelungen der §§ 305 ff. BGB zunächst einmal für Verbraucherverträge Anwendung finden. Dessen ungeachtet werden sie nach ständiger BGH-Rechtsprechung im Wesentlichen auch auf Verträge gegenüber Unternehmen (BGH, BauR 2004 S. 488–498) angewendet. Der BGH hat in der vorzitierten Entscheidung (BGH, BauR 2004 S. 488–494) auch betont, dass sich auch große Bauunternehmen auf den Schutz der Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Gesetz berufen können. Die Inhaltskontrolle bei der Verwendung gegenüber Unternehmern ist jedoch eingeschränkt. Bei der Verwendung gegenüber Unternehmern findet eine Inhaltskontrolle nach der Maßgabe statt, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unter Berücksichtigung der Gewohnheiten des Handelsverkehrs unangemessen benachteiligt (§§ 307, 310 Abs. 1 BGB). Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn von wesentlichen gesetzlichen Grund-

gedanken abgewichen wird oder dem Vertrag immanente oder wesentliche Pflichten grundlegend eingeschränkt werden. Demgegenüber kann eine der gesetzlichen Regelung, insbesondere dem BGB entsprechende Klausel nie unangemessen sein. Preis- und leistungsbestimmende Klauseln sind nach § 307 Abs. 3 BGB kontrollfrei.

### 6.2.2 Allgemeine Geschäftsbedingung

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung liegt vor, wenn

- sie für eine Vielzahl von Verträgen
- vorformuliert ist und
- durch den Verwender einseitig gestellt wird.

Vorformuliert sind Vertragsbedingungen hiernach, wenn sie zur mehrfachen Verwendung in irgendeiner Form gespeichert sind. Dazu reicht es aus, dass der Verwender die Klauseln zur mehrfachen Verwendung lediglich im Gedächtnis hat und dann handschriftlich in den Vertrag einfügt (BGH, NJW 1999 S. 2180).

Eine Klausel muss des Weiteren für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sein. Vielzahl in diesem Zusammenhang bedeutet, dass der Text für mindestens drei Verträge vorgesehen ist. Das ist auch dann der Fall, wenn der Verwender den Text selbst mehrfach verwenden will oder der Verwender einen Text benutzt, den ein Dritter zur mehrfachen Verwendung entworfen hat (z. B. Muster aus Formularbüchern, Mustersammlungen des Architekten, VOB/B etc.) (BGH, BauR 2006 S. 106, 107; BGH, BauR 2004 S. 488).

Es genügt in diesem Zusammenhang bereits die Verwendungsabsicht. Der Anschein dieser Absicht besteht nach der BGH-Rechtsprechung (BGH, BauR 2006 S. 106, 107; BGH, BauR 2004 S. 488–494) bereits dann, wenn die Klauseln formelhaften Charakter haben und nicht auf ein konkretes Bauvorhaben zugeschnitten sind.

Die mehrfache Verwendung der Klauseln muss auch auf den Abschluss mehrerer Verträge abzielen. Die mehrfache Verwendung einer Ausschreibung gegenüber mehreren BieterInnen reicht jedoch nicht aus, da hier letztlich nur ein einziger Vertrag abgeschlossen werden soll. Die Vertragspartner der Verträge müssen nicht personenverschieden sein.

Einseitig gestellt sind die Klauseln dann, wenn ein Vertragspartner deren Einbeziehung verlangt. Dem einseitigen Stellen steht nichts entgegen, wenn

- Lücken vorhanden sind und diese Lücken für den Regelungsgehalt der Klausel kaum Bedeutung haben (z. B. Ergänzung lediglich von Namen, Daten etc.)
- die Einräumung von Alternativen vorgesehen ist
- die Möglichkeiten von Streichungen vorgesehen sind.

Wie bereits dargelegt, setzt die Annahme einer Allgemeinen Geschäftsbedingung voraus, dass die Klausel nicht individualvertraglich ausgehandelt wurde. Ein individuelles Aushandeln ist anzunehmen, wenn der Verwender, d. h. derjenige, der die Klausel vorgibt, den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel ausdrücklich und tatsächlich zur Disposition stellt. Was letztendlich der gesetzesfremde Kerngehalt ist, ist anhand des BGB zu beurteilen.

### 6.2.3 VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung

Die VOB/B ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung und enthält zahlreiche Abweichungen vom BGB. Da die VOB/B als Ganzes eine faire, ausgeglichene Regelung für beide Seiten darstellt, wird sie – solange sie im Ganzen, d. h. ohne jede Änderung, vereinbart wird – gesetzlich privilegiert und ist damit insgesamt der Inhaltskontrolle entzogen. Wenn jedoch die VOB/B nicht unverändert als Ganzes vereinbart wird, unterliegen alle Regelungen, d. h. die unveränderten und die geänderten Regelungen, der Inhaltskontrolle (BGH, BauR 2004 S. 1142; BGH, BauR 2004 S. 668–670). Nach einem Großteil der Rechtsprechung ist es zulässig, dass der Vertragsstrafenvorbehalt bis zur Schlussrechnung erklärt werden kann. Insoweit geht die Rechtsprechung auch davon aus, dass eine solche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung zulässig ist. Zu beachten ist jedoch, dass die Vereinbarung dazu führt, dass die VOB nicht mehr im Ganzen gilt.

### 6.2.4 Entscheidungen zu Vertragsstrafenregelungen

- Eine Vertragsstrafenregelung darf nicht verschuldensunabhängig vorgegeben werden (BGH, IBR 2002 S. 184). Für die Annahme einer verschuldensabhängig vereinbarten Vertragsstrafenklausel reicht jedoch die Vereinbarung der VOB/B bzw. der Verweis auf § 11 VOB/B aus (BGH, IBR 2006 S. 386).
- Eine Vertragsstrafe darf maximal in Höhe von 5% der Auftragssumme vereinbart werden, wobei 0,2 % pro Werktag bzw. 0,3% pro Arbeitstag herangezogen werden können. Für Verträge, die bis zum 30.06.2003 geschlossen wurden und bis zu einer maximalen Aufwandshöhe in Höhe von 1 500 000 DM/750 000 Euro sind übergangsweise als Obergrenze noch 10% zulässig (BGH, NZBau 2004 S. 609–610). Der Hintergrund, dass hier ausnahmsweise eine Übergangsregelung durch den BGH vorgegeben wurde, beruhte auf einer Ausgangsentscheidung, wo der BGH bei einem geringeren Bauvolumen 10% für zulässig hielt.
- Eine Vertragsstrafenklausel ist insbesondere auch dann unwirksam, wenn sie keine zeitliche Beschränkung für den Vertragsstrafenvorbehalt enthält (OLG Düsseldorf, BauR 2001 S. 1461–1464).
- Eine Klausel, wonach die Vertragsstrafe auf Verzugsansprüche des Auftraggebers nicht anzurechnen ist, ist ebenfalls unwirksam (BGH, NJW 1975 S. 163; OLG Düsseldorf, NZBau 2002 S. 226).

- Auch ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe dann unwirksam, wenn sie für den Fall abgeschlossen wurde, dass der Auftragnehmer ohne Zustimmung des Auftraggebers einen Nachunternehmer einsetzt (KG, BauR 2002 S. 101–103).
- Liegt eine teilbare Vertragsstrafenregelung hinsichtlich der Zwischentermine und des Gesamttermins vor, führt nicht automatisch die unwirksame Vertragsstrafenregelung zu den Zwischenterminen zu der Unwirksamkeit der Gesamtvereinbarung (KG, IBR 2003 S. 163).
- Zur Frage, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber eine Vertragsstrafe auch dann verlangen kann, wenn ihm kein Nachteil entstanden ist, liegen unterschiedliche Entscheidungen vor. Nach einer neuen Entscheidung des BGH (BGH, Urteil vom 30.03.2006, Az. VII ZR 44/05, BauR 2006 S. 1128–1131) reicht ein Verstoß gegen § 12 VOB/A nicht aus, um von einer unwirksamen Vertragsstrafenregelung auszugehen.
- Auch eine Klausel, wonach ein Vertragsstrafenvorbehalt weder bei der Abnahme noch zu einem anderen Zeitpunkt notwendig ist, ist unwirksam (BGH, BauR 1997 S. 1036–1038).
- Nach einer Entscheidung des OLG Köln (BauR 2001 S. 1105–1108) soll keine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegen, wenn die Parteien zwar eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vereinbart haben, dafür im Gegenzug aber eine Vorauszahlung von DM 30 000 000,00 gegen Stellung einer Vorauszahlungsbürgschaft erfolgt, da eine Individualvereinbarung vorläge (OLG Köln, BauR 2001 S. 1105–1108).

### 6.3 Wegfall der Vertragsstrafenregelung

Eine wirksam vereinbarte Vertragsstrafenregelung kann des Weiteren durch Umstände während der Bauausführung entfallen, wenn sie sehr gravierend sind, so dass letztendlich eine völlige Neuordnung der Bauausführung und des Zeitplans erforderlich ist. Dies kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn ein länger andauernder Baustopp vorliegt, eine deutlich verspätete Übergabe der Baugenehmigung, gravierende Planungsänderungen oder sonstige Anordnungen des Auftraggebers z. B. umfangreiche Nachträge (BGH, BauR 1999 S. 645, 646; OLG Hamm, BauR 1996 S. 392; OLG Frankfurt, IBR 1997 S. 458; OLG Hamm, BauR 1997 S. 175; OLG München, IBR 2001 S. 356; OLG Celle, BauR 2006 S. 1478–1480). Voraussetzung für den Entfall der Vertragsstrafe ist, dass es zu ganz erheblichen Auswirkungen, insbesondere in zeitlicher Hinsicht kommt – normale Störungen oder Terminverschiebungen fallen nicht hierunter.

Eine Vertragsstrafe kann auch dadurch hinfällig werden, dass die vor Baubeginn vereinbarte Zahlung vom Auftraggeber nicht ausgelöst wird und der Auftragnehmer deswegen den Baubeginn berechtigt deutlich später aufnimmt. Ebenso kann eine Vertragsstrafe dadurch hinfällig werden, dass der Auftragsumfang erheblich erweitert wird (OLG München, IBR 2001 S. 356).



## 1 Einleitung

Die Problematik hinsichtlich der Dokumentation und Darstellung des gestörten Bauablaufs besteht darin, dass regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlichster Störungen ineinander greift und zu unterschiedlichen Folgen und auch zu völlig unterschiedlichen Kosten (Vergütung/Schaden) führen. Häufig wird auch der Fehler gemacht, dass alle Störungen unabhängig von der Frage der Verursachung vom Auftragnehmer dem Auftraggeber entgegengehalten werden, was insoweit solange nicht problematisch ist, wie die Darstellung und Dokumentation differenzierbar bleibt. Differenzierbar bedeutet in diesem Zusammenhang, dass es im Falle eines Gerichtsverfahrens möglich sein muss, etwaige Einzelstörungen, die Gegenstand im gestörten Bauablauf sind, auszurechnen bzw. aus der Darstellung weggedacht werden können müssen, ohne dass gleich der gesamte gestörte Bauablauf unsubstantiiert wird. Eine Abrechnung auf der Basis der §§ 6 Abs. 5 bzw. 6 Abs. 7 VOB/B stellt häufig nicht das Problem dar, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird. Auch für den Auftraggeber ist die Darstellung von Verzugsansprüchen wesentlich einfacher, als die Darstellung eines gestörten Bauablaufs durch den Auftragnehmer. Auch hinsichtlich etwaiger Verzugsansprüche oder Ansprüche des Auftraggebers auf der Basis des § 5 Abs. 4 VOB/B, der ja Verzug voraussetzt, wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Die nachstehenden Ausführungen betreffen den klassischen gestörten Bauablauf aus Sicht des Auftragnehmers.

Ein gestörter Bauablauf muss zeitgleich zur Bauausführung beginnend ab der ersten Störung in ausreichendem Umfang dokumentiert und die spätere Darstellung vorbereitet werden. Zu einer ausreichenden Dokumentation gehört nicht nur die sorgsame Führung eines Bautagebuches, in dem alle wesentlichen Ereignisse benannt werden. Dazu gehört auch die Abfassung detaillierter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B entsprechender Behinderungsanzeigen. Dies ist bereits der klassischste und häufigste Fehler in der Praxis, d. h. in einer Vielzahl von gestörten Bauvorhaben liegen in nicht ausreichendem Umfang Behinderungsanzeigen vor. Häufig zieht sich der Auftragnehmer darauf zurück, dass dies der Auf-

traggeber ja gesehen habe bzw. man Planlieferfristen vereinbart habe, die nicht eingehalten wurden. Daran scheitert eine Vielzahl von Ansprüchen. Die Anforderungen nach der ständigen BGH-Rechtsprechung sind in der Tat sehr hoch, da in der Bauindustrie die Komplexität der ineinander greifenden Gewerke sicherlich einen sehr hohen Schwierigkeitsgrad darstellt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das, was die ständige BGH-Rechtsprechung festlegt, letztlich das ist, was für alle anderen Wirtschaftsbereiche gilt.

Allein der Umstand, dass bedingt durch die Komplexität eines Bauvorhabens und der möglicherweise zahlreichen, sich überlagernden Störungen und der weit reichenden Folgen für die unterschiedlichen technologischen Abhängigkeiten ein sehr umfangreicher Darstellungsaufwand entsteht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein gestörter Bauablauf lässt sich juristisch sicher nur dann gerichtlich durchsetzen, wenn eine sehr sorgfältige Dokumentation während der Bauausführung erfolgt. Dies betrifft neben den Behinderungsanzeigen und dem Bautagebuch auch sonstige Dokumentationen, die z. B. notwendig werden bei Stillstandskosten in einzelnen Gewerken, die durch Behinderungen bedingt zeitweilig nicht fortgeführt werden können. In diesem Fall bietet es sich beispielsweise an – worauf im Folgenden noch eingegangen wird – jeden einzelnen Tag unter Einschluss des betroffenen Zeitraums festzuhalten, welche Personen bezogen auf welches Gewerk in welchem Zeitraum gar nicht oder nur völlig anders und damit nicht produktiv eingesetzt werden konnten.

Hier muss letztlich die namentliche Benennung erfolgen und auch ggf. eine Gegenzeichnung durch die betroffenen Personen, damit man der Darlegungs- und Beweislast während eines Prozesses nachkommen kann. Insbesondere spricht hierfür auch, dass dann, wenn ein gestörter Bauablauf sorgfältig aufgearbeitet ist und auch für den Auftraggeber erkennbar wird, dass hier Ansprüche und wenn ja, in welcher Höhe bestehen, und dass sich der aufgesetzte gestörte Bauablauf auch gerichtlich durchsetzen lassen wird, man mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass ein Gerichtsverfahren gar nicht notwendig ist, sondern eine außergerichtliche Lösung möglich ist. Dies muss ohnehin die oberste Prämisse bei der Beratung eines Bauvorhabens sein. Prozesse sollen weitestgehend vermieden werden. Sie werden dann vermieden, wenn die Ansprüche so klar und eindeutig abgefasst sind, dass der Auftraggeber letztendlich erkennt, dass eine außergerichtliche Lösung notwendig und der deutlich kostengünstigere Weg ist.

Es muss bereits während der Bauausführung differenziert werden, auf welcher Basis Ansprüche entstanden sind und zu welchen Folgen sie führen. Nachträge (§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B), Mengenmehrungen bei einem Einheitspreisvertrag (§ 2 Abs. 3 VOB/B) sowie klassische Behinderungen können gleichermaßen zu einer Bauzeitverlängerung führen. Die Kosten einer Bauzeitverlängerung für Nachträge bzw. Mengenmehrungen bei einem Einheitspreisvertrag sind jedoch Vergütungsansprüche und dann in die Nachträge bzw. in einen etwaig geänderten Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 VOB/B (bei Mengenmehrung häufig Herabsetzung, im Einzelfall aber auch Heraufsetzung) einzurechnen. Die insoweit entstehende Bauzeitverlängerung durch die Nachträge bzw. Mengenmehrungen müssen dem Auftraggeber

schriftlich benannt werden, damit er Dispositionsmöglichkeiten behält. Die insoweit entstehende Bauzeitverlängerung ist einzurechnen und der Auftraggeber darauf hinzuweisen. Diese Unterscheidung ist von erheblicher Bedeutung. Insbesondere sind auch Nachträge nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B deutlich einfacher darstellbar und abrechenbar als Ansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B, wo ganz andere Grundsätze gelten. Dieser extreme Umfang der Darlegungspflicht bei Ansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B besteht bei § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B nicht. Bereits hier werden sehr häufig Fehler gemacht. Im eigenen Interesse muss sich der Auftragnehmer als Ausgangspunkt immer die Frage stellen, was die Ursache der Störung ist bzw. der möglicherweise auftretenden Bauzeitverlängerung. Wenn er sich diese Vorfrage nicht stellt, entsteht in der Folgezeit ein heilloses Chaos von sich überlagernden Störungen, die sich im Nachhinein kaum noch auseinander dividieren lassen. Der erste Ansatzpunkt muss damit die Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Ansprüchen sein:

- Vergütungsansprüche (§ 2 Abs. 3, 5, 6 VOB/B)
- Schadensersatzansprüche (§ 6 Abs. 6 VOB/B)
- Ansprüche nach § 642 BGB.

Der Darstellungsaufwand von Ansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B oder von Ansprüchen nach § 642 BGB, auf den § 6 Abs. 6 VOB/B verweist mit der Maßgabe, dass auch in diesem Fall entweder Behinderungsanzeigen oder aber Offenkundigkeit vorliegt, ist letztlich identisch. Die Unterschiede betreffen ausnahmslos die Frage der Höhe eines etwaigen Anspruchs.

Neben den Vorfragen, um was für eine Art von Ansprüchen es sich handelt, muss der Auftragnehmer immer prüfen, wodurch bedingt Mehrkosten entstehen – unabhängig von der Frage, ob sie auf Vergütungsansprüchen oder aber Schadensersatzansprüchen beruhen. Der Auftragnehmer muss sich auch vor Augen führen, zu welchen rein tatsächlichen Folgen und damit im Zusammenhang stehenden wirtschaftlichen Folgen die Störungen (einzelne oder die Gesamtheit der Störungen) führen, damit er bei der Dokumentation und Darstellung des gestörten Bauablaufs den richtigen Weg während der Bauausführung beschreitet. Kurz skizziert geht es um folgende Vorfragen, die der Auftragnehmer bei der Frage, was muss wie dokumentiert werden, berücksichtigen muss:

- Handelt es sich um eine Bauzeitverlängerung?
- Liegt eine Produktivitätsminderung vor?
- Liegen Stillstandskosten/Leerstandskosten vor?
- Handelt es sich um sonstige Schadenspositionen bedingt durch eine Bauzeitverlängerung oder aber Schäden, die durch Störungen in der Bauzeit entstanden sind, ohne dass es zu einer Bauzeitverlängerung kommt?

Problematisch ist häufig, dass alle vorbenannten tatsächlichen Folgen bei einem einzigen Bauvorhaben vorkommen. Darauf muss sich der Auftragnehmer in der Bauzeit einstellen und dies während der Bauzeit entsprechend dokumentieren. Wenn man sich jedoch vor Augen geführt hat, welche tatsächlichen Folgen und damit welche wirtschaftlichen Folgen sich an die Störungen anschließen, dann minimiert dies zwar keineswegs den Aufwand, es wird jedoch für den Auftragnehmer klar, was er wie dokumentieren muss – gegebenenfalls durch weitere in das Projekt eingebundene Bauingenieure. Insbesondere reicht es nicht aus, standardisiert einen Sachverständigen einzuschalten. Hier muss insbesondere vorab nicht nur geklärt werden, ob er nur für diesen Bereich zugelassen ist, sondern anhand mehrerer Referenzgutachten eine Prüfung erfolgen, ob er in der Lage ist, konkrete Schäden zu ermitteln. Sachverständige, die sich entgegen der ständigen BGH-Rechtsprechung schlicht auf hypothetische Kausalverläufe und hypothetische Schäden stützen, sind nicht hilfreich. Diese Gutachten sind lediglich teuer, aber juristisch nicht verwertbar. Auch bei der Einschaltung eines Sachverständigen minimiert sich der Aufwand der Projektleitung des Auftragnehmers nicht. Dieser muss weiterhin alle notwendigen Unterlagen erstellen und zusammenstellen, die für die Abfassung eines gestörten Bauablaufs notwendig sind. Auch dies wird häufig übersehen. Der gestörte Bauablauf muss in tatsächlicher Hinsicht so dokumentiert und durch Unterlagen und Belege belegt werden, dass ein Gerichtsgutachter auf dieser Basis feststellen kann – soweit Störungen vorlagen – inwieweit hier Ansprüche bestehen.

Der Auftragnehmer muss sich auch klar vor Augen führen, dass die häufig von Sachverständigen und Juristen benannte Beweiserleichterung des § 287 ZPO, wonach das Gericht schätzen kann, nur den Anspruch der Höhe nach betrifft. Wenn man es verbildlichen möchte, müsste man sich vorstellen, dass der Anspruch dem Grunde nach so klar dargestellt werden muss, dass eine vollständige „Treppe“, die ohne Probleme begehbar ist, entsteht. Auf der Darstellung der Höhe dürften bei dieser Treppe unterschiedliche Stufen fehlen. Es müsste nur die Möglichkeit bestehen, dass man sich ggf. auch schwierig „heraufhangeln“ kann.

Wenn ein gestörter Bauablauf ausreichend dokumentiert ist, lässt sich dieser Nachtrag in neun von zehn Fällen außergerichtlich vergleichen, so dass sich der Aufwand immer lohnt. Denn wenn dieser Aufwand nicht betrieben wird, lässt er sich letztlich auch nicht verlässlich gerichtlich durchsetzen.

Darüber hinaus wird vielfach verkannt, dass es nicht sinnvoll ist, allein dem Auftraggeber Störungen durch Behinderungsanzeigen mitzuteilen und davon auszugehen, dass die damit im Zusammenhang stehenden, möglicherweise erheblichen Kosten auch ersetzt werden. Die Bauzeit ist einer der wichtigsten, wenn nicht der wichtigste Faktor bei der wirtschaftlichen Betrachtung eines Bauvorhabens. Bei den sehr hohen monatlichen Bauzeitkosten bedingt durch zeitabhängige Faktoren (Personal, Geräte etc.) entstehen bei größeren Bauvorhaben häufig sechsstellige Beträge pro Monat, selbst bei kleineren Bauvorhaben sind es Beträge im deutlich fünfstelligen Bereich. Es muss immer auch versucht werden, eine Lösung dahingehend zu finden, dass eingetretene Störungen schnellstmöglich abgestellt werden bzw.

im Sinne der Kooperationsverpflichtung die Parteien eine Lösung finden, die dann häufig deutlich günstiger ist, da die Bauzeitverlängerung zumindest in diesem Umfang nicht eintreten wird. Es findet sich schneller eine Verständigung über die Kosten einer Bauzeitverlängerung von einem Monat als über vier Monate. Wenn sich dieser den erheblichen Verzugsansprüchen oder Rücktrittsansprüchen des Enderwerbers ausgesetzt sieht, wird er zwangsläufig den Standpunkt einnehmen, er habe keine Ursachen gesetzt. Es ist damit im beidseitigen Interesse, Lösungen zu finden.

Zu differenzieren ist auch, ob ein reiner Bauzeitverlängerungsanspruch nach § 6 Abs. 2 VOB/B geltend gemacht wird, um etwaige Verzugs- und Vertragsstrafenansprüche des Auftraggebers zu Fall zu bringen. In diesem Fall können sämtliche Behinderungen gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B geltend gemacht werden oder aber, ob ein Schadensersatzanspruch wegen einer eingetretenen Bauzeitverlängerung nach § 6 Abs. 6 VOB/B geltend gemacht werden soll. In diesem Fall können nur solche Behinderungen herangezogen werden, die tatsächlich auch vom Auftraggeber zu vertreten sind. Wenn es sich um Behinderungen handelt, die aus der Sphäre des Auftraggebers stammen, aber nicht von ihm zu vertreten sind, muss dann wiederum geprüft werden, inwieweit ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht kommt.

## 2 Nachträge gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B/Mengenmehrungen bei einem Einheitspreisvertrag nach § 2 Abs. 3 VOB/B

Insoweit wird zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zu Störungen durch Nachträge (§2 Abs. 5, 6 VOB/B) und Mengenmehrungen bei einem Einheitspreisvertrag nach § 2 Abs. 3 VOB/B verwiesen. Aus diesen Ausführungen folgt auch, in welcher Form die Nachträge abzurechnen sind. Entscheidend für den gestörten Bauablauf ist, dass die entsprechenden schriftlichen Anzeigen, die an den Bauherrn gerichtet werden, im Falle von Leistungsänderungen, Zusatzleistungen und Mengenmehrungen nicht nur auf entstehende Mehrkosten (im Falle von Mengenmehrungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B möglicherweise Reduzierungen) allgemein bezogen sind, sondern es muss dem Bauherrn auch mitgeteilt werden, dass sich – wenn dies der Fall ist – die Bauausführung verzögert. Es müsste insoweit auch mitgeteilt werden, in welchem Umfang sich die Bauausführung verzögert. Verzögerungen entstehen im Falle von Nachträgen nicht unbedingt zwangsläufig dadurch, dass plötzlich wesentlich mehr Leistungen ausgeführt werden müssen, sondern entweder dadurch bedingt, dass bestimmte Leistungen zurückgebaut werden müssen, oder aber häufig auch durch sehr lange Bestellfristen. Das bedeutet, dass wenn sich der Auftraggeber zu einem möglicherweise ungünstigen Zeitpunkt für eine Zusatzleistung oder aber eine Leistungsänderung entschließt und sich Bestellfristen von zwölf Wochen anschließen und sich dadurch möglicherweise das gesamte Bauvorhaben verzögern kann. Dies betrifft nicht

nur den Fall, wenn diese Nachträge kurz vor Bauende beauftragt werden, sondern auch dann, wenn sie während der Bauausführung beauftragt werden und andere Leistungen bis zur Ausführung dieser Nachträge nicht begonnen oder auch nicht fortgesetzt werden können. Es müssen hier technologische Abhängigkeiten berücksichtigt werden. Dies wird von einer Vielzahl von Auftraggebern jedoch nicht berücksichtigt, häufig auch aus Unkenntnis, da sich die Auftraggeber einer entsprechenden Projektleitung, Architekten sowie Planern bedienen und auf die Aussage dieser Erfüllungsgehilfen vertrauen.

Häufig unterbleibt der Hinweis auf die Auswirkung der Nachträge auf den Bauablauf. In einer Vielzahl von Fällen hätten sich die Auftraggeber jedoch dagegen entschieden, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, zu welchen Kosten diese Nachträge tatsächlich führen, da auch an die Fertigstellungstermine für die Auftraggeberseite erhebliche wirtschaftliche Folgen geknüpft werden, wenn ein Bauvorhaben nicht rechtzeitig fertig gestellt wird. Wenn das Objekt beispielsweise vermietet ist, drohen erhebliche Verzugsschäden, auch Umsatzeinbußen der Mieter, verlängerte Finanzierungskosten, möglicherweise springt auch ein Enderwerber ab.

In vielen Fällen ist es auch so, dass die Auftragnehmerseite die Nachtragsproblematik im Hinblick auf die Bauausführung unterschätzt und keinen Hinweise auf eine etwaige Bauverzögerung an den Auftraggeber richtet, weil sie davon ausgeht, dass dieser selbstverständlich auch die Folgen seines Nachtrages im Sinne einer entsprechenden Vergütung tragen muss.

### **3 Darstellung eines Schadensersatzanspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B**

#### **3.1 Herangehensweise**

Die grundsätzlichen notwendigen Vorüberlegungen wurden bereits im Rahmen der Einleitung dieses Kapitels dargestellt. Entscheidend ist insoweit, dass für einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B der Ausgangspunkt, d.h. die Vertragsgrundlagen in den für die Störung relevanten Eckpunkten dargestellt werden, d.h. es ist zunächst einmal zu überprüfen und auch darzustellen, von welchen Voraussetzungen die Parteien gemäß des geschlossenen Vertrages unter Einschluss der Vertragsbestandteile ausgegangen sind.

Um dann einen gestörten Bauablauf darzustellen, muss sich der Auftragnehmer darüber klar werden, ob er über mögliche Bauzeitverlängerungskosten hinaus weitere Schäden erlitten hat, wie z. B. Produktivitätsminderungen, Stillstandskosten oder sonstige Schäden. Diese Vorüberlegungen werden häufig nicht angestellt, sondern es wird ein Sammelsurium von häufig ungenauen Behinderungsanzeigen aneinandergereiht und mitgeteilt, dass angesichts der Vielzahl der Behinderungen davon auszugehen sei, dass Störungen des Bauablaufs in

Form von Produktivitätsminderungen, Stillstandskosten und einer Bauzeitverlängerung eingetreten sind. Das reicht unter gar keinen Umständen aus.

Genau diese Überlegungen sind auch notwendig, um eine den Anforderungen des § 6 Abs. 1 VOB/B entsprechende Behinderungsanzeige zu formulieren. Es reicht eben nicht aus zu sagen, es fehlt irgendein Plan, sondern es müssen die Auswirkungen auf den Bauablauf dargestellt werden.

### 3.2 Vertragliche Ausgangslage

Zunächst ist die vertragliche Ausgangslage festzustellen. Auch diese Ausführungen beschränken sich auf exemplarische praxisrelevante Beispiele. Häufig kommt es bei der Übergabe der Baugrube, der Baugenehmigung oder der zur Verfügung zu stellenden Pläne zu Verzögerungen.

Ausgangspunkt ist damit die Feststellung, inwieweit die Parteien für bestimmte Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers verbindliche Fristen vereinbart haben. Dies bietet sich in jedem Fall an. Selbst wenn die Parteien keine Fristen vereinbart haben, sind die zur Bauausführung notwendigen Unterlagen jeweils rechtzeitig vorzulegen. Aber auch hier bedürfte es dann der Auslegung. Um derartigen Auslegungsschwierigkeiten und Unsicherheiten im Falle der Einholung von Sachverständigengutachten zu diesen Fragen aus dem Weg zu gehen, sollten zu Kernpositionen des Vertrages immer auch entsprechende Vereinbarungen getroffen werden. Dies betrifft beispielsweise:

- Vorlage der Baugenehmigung
- Übergabe des Baugrundstücks
- Planlieferfristen.

Darüber hinaus liegt einem Bauvertrag in der Regel auch ein abgestimmter Bauablaufplan zu Grunde, wobei regelmäßig ein sehr geringer Teil der dort benannten Fristen Vertragsfristen sind, was aus Sicht des Auftragnehmers auch wesentlich sinnvoller ist, da es bei jedem Bauvorhaben während der Ausführung immer zu Verschiebungen der Leistungszeiträume kommt. Wären also sämtliche in einem Bauzeitenplan enthaltene Fristen Vertragsfristen, käme der Auftragnehmer jeweils mit der Überschreitung einer einzelnen Frist auch in Verzug mit etwaigen Verzugsfolgen oder vereinbarten Vertragsstrafenansprüchen.

Trotzdem ist ein Bauablaufplan für die Darstellung eines gestörten Bauablaufs von entscheidender Bedeutung. Er enthält die vertraglich kalkulierte Bauzeit und stellt die technologischen Abhängigkeiten der unterschiedlichen Gewerke dar.

### 3.3 Dokumentation während der Bauphase

#### 3.3.1 Behinderungsanzeigen

Ein ganz wesentliches Dokumentationsmittel sind auch die Behinderungsanzeigen. Sie sind gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B nicht nur zwingend notwendig, mit Ausnahme der Offenkundigkeit, auf die sich der Auftragnehmer nie verlassen sollte. Sie stellen vielmehr, wenn sie ordnungsgemäß und unter Berücksichtigung der vorstehend ausgeführten Vorüberlegungen abgefasst werden, einen Großteil der notwendigen Darstellung zur Geltendmachung eines Nachtrags für einen gestörten Bauablauf dar. Dies wird häufig unberücksichtigt gelassen. Eine Vielzahl der Behinderungsanzeigen sind mangels eines nachvollziehbaren Inhalts nicht den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B entsprechend aufgesetzt. Erneut bleibt darauf hinzuweisen, dass sich der Auftragnehmer unter gar keinen Umständen darauf stützen sollte, dass eine bekannte und aufgetretene Behinderung oder Unterbrechung offenkundig ist. In jedem Fall, in dem er feststellt, dass eine Behinderung vorliegt, sollte er eine Behinderungsanzeige auch schriftlich abfassen. In Bezug auf den notwendigen Inhalt einer Behinderungsanzeige wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

#### 3.3.2 Bautagebuch

Ein weiteres sehr wichtiges Dokumentationsmittel ist das Bautagebuch, sofern es ordnungsgemäß geführt wird. Ein Bautagebuch gehört zu jedem Bauvorhaben zwingend dazu. Der Vorteil besteht darin, dass es regelmäßig von beiden Vertragsparteien unterschrieben wird. Folgerichtig sollten sich die Angaben auf tatsächliche Umstände beziehen und neutral gehalten werden. Es reicht jedoch keinesfalls aus, kurorisch auf das Wetter zu verweisen und das Datum aufzuführen. Gerade dann, wenn Behinderungen aufgetreten sind, sollten zwingend sämtliche Auswirkungen an den einzelnen Tagen in das Bautagebuch eingetragen werden. Wenn beispielsweise bedingt durch fehlende Freigaben oder fehlende Pläne an bestimmten Tagen Mitarbeiter nicht oder nur in sehr geringem Umfang eingesetzt werden können, sollte dazu das Gewerk benannt werden und die Tätigkeit, die eigentlich ausgeführt werden sollte und die Anzahl der Personen sowie die namentliche Benennung der Personen, die letztendlich herumgestanden haben und die anderweitig gar nicht oder nur unproduktiv eingesetzt werden konnten. Auch dieser unproduktive Einsatz, d. h. die Mitteilung, welche Leistungen konnten von den Mitarbeitern überhaupt erbracht werden, sollte erfasst werden. Das Bautagebuch muss so geführt werden, dass letztendlich dann, wenn ein gerichtlich bestellter Sachverständiger wirklich notwendig werden sollte – weil sich der gestörte Bauablauf nicht außergerichtlich klären lässt – dieser in der Lage ist, anhand des Bautagebuchs sich den tatsächlichen Ablauf vorzustellen. Bei einem extrem gestörten Bauablauf ist dies sicherlich nicht ausreichend und darüber hinaus auch sehr zeitaufwändig. Im Verhältnis zu dem Zeit-

aufwand, der notwendig wird, wenn im Nachhinein die Störungen und Auswirkungen recherchiert und zusammengefasst werden müssen, ist jedoch deutlich geringer.

Zudem sollten hier auch separate Belege aufgesetzt werden, die die einzelnen betroffenen Gewerke und tatsächlichen Tätigkeiten benennen und ggf. vorliegende Behinderungen und davon betroffene Personen; nach Möglichkeit sollte der Sachverhalt auch noch einmal schriftlich durch Unterschrift bestätigt werden. Für diese Vorgehensweise spricht insbesondere, dass nie ausgeschlossen werden kann, dass ein Klageverfahren durchgeführt werden muss, d. h. die Bauausführung muss auch in juristischer Sicht immer so geführt werden, dass auf bestmöglichster Grundlage ein Klageverfahren mit hoher Erfolgsaussicht durchgeführt werden kann. Das ist letztendlich der Schlüssel, die Angelegenheit in mindestens neun von zehn Fällen außergerichtlich zu Ende zu bringen, da bei einer ausreichenden Dokumentation der Auftraggeber und die vom ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen und möglichen Anwälte auf dieser Basis wesentlich einfacherer zu einer einvernehmlichen Lösung in adäquater Größenordnung bereit sind.

### 3.3.3 Sachverständigengutachten

Wenn sich während der Bauausführung herausstellt, dass erhebliche und gravierende Störungen vorliegen, die auch zu beträchtlichen (deutlich sechsstelligen) Mehrkosten führen, sollte darüber nachgedacht werden, einen entsprechend qualifizierten Sachverständigen baubegleitend einzusetzen. Da diese Sachverständigengutachten häufig sehr teuer sind, kommt dieses Mittel nicht bei jedem gestörten Bauablauf in Betracht, sondern letztlich nur dann, wenn dies wirtschaftlich sinnvoll ist. Wie bereits mehrfach dargestellt, sollte nicht einfach irgendein Sachverständiger beauftragt werden, sondern Grundvoraussetzung ist, dass er für den Bereich des gestörten Bauablaufs bestellt ist oder eben umfangreiche Erfahrungen in diesem Bereich nachweisen kann. Auf jeden Fall sollten zwei Referenzgutachten dahingehend überprüft werden, ob sie in einer justizialen Form aufgesetzt sind. Sollten sich in diesen Gutachten Ausführungen zu hypothetischen Kausalverläufen und hypothetischen Schäden finden – was extrem häufig der Fall ist – dann macht die Beauftragung dieses Sachverständigen aus juristischer Sicht keinen Sinn. Gutachten, die auf hypothetischen Abläufen und hypothetischen Schäden beruhen, sind nicht justizierbar, d. h. sie können nicht durchgesetzt werden und würden vor Gericht auch nicht berücksichtigt.

Bei allem Verständnis dafür, dass ein Sachverständigengutachten zu einem gestörten Bauablauf sicherlich wesentlich schwieriger ist als ein normales Mängelgutachten, muss darauf geachtet werden, dass die grundsätzlichen Voraussetzungen eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, dann werden möglicherweise fünf- bis sechsstellige Beträge für Gutachten ausgegeben, die nicht verwertbar sind. Insbesondere auch die pauschalen Hinweise einiger weniger Sachverständiger darauf, dass die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung nicht einzuhalten sind, führen nicht zum Erfolg, sondern dazu, dass letztendlich noch mehr Geld aus-

gegeben wurde, ohne dass eine Grundlage geschaffen wurde, auf deren Basis die entstandenen Kosten eingeklagt werden können. Auf der Basis solcher Gutachten lassen sich auch außergerichtlich nur sehr schwer einvernehmliche Lösungen finden.

Es muss mit dem Sachverständigen auch geklärt werden, welche Tätigkeiten er insgesamt erbringen soll, d. h. ob er baubegleitend tätig werden soll und welches Aufgabenfeld er in diesem Zusammenhang übernehmen muss. Sinnvollerweise sollte bei der Einschaltung auch darauf geachtet werden, dass der Sachverständige mögliche Reduzierungen von zu erwartenden Bauzeitverlängerungen mit in seine Beratungstätigkeit aufnimmt. Dies führt in vielen Fällen dazu, dass trotz massivster Störungen eben nicht 100% der zu erwartenden Bauzeitverlängerung das Ergebnis ist – wobei jeder Monat Bauzeitverlängerung zu ganz gravierenden Kosten führt –, sondern dass sich einige Monate einsparen lassen.

### **3.3.4 Bauablaufpläne**

Ausgangspunkt ist der vertraglich vereinbarte Bauablaufplan, der häufig eine Balkendiagrammform aufweist, d. h. es wird für die einzelnen Gewerke dargestellt, in welchem Zeitraum sie ausgeführt werden sollen, hierbei werden bei der Erstellung des vertraglich vereinbarten Bauablaufplans die technologischen Gegebenheiten berücksichtigt.

Sofern Störungen auftreten und diese sich bauzeitverlängernd auswirken, sollte für die einzelnen Störungen zumindest intern ein störungsbedingter auf die jeweiligen Störungen/Behinderungen abgestimmter weiterer Bauablaufplan erstellt werden. Dieser allein wäre jedoch weder justizierbar noch geeignet, die dazu notwendig verbale Beschreibung zu ersetzen. Diese sollte unmittelbar während der Bauphase zu diesem störungsbedingten Bauablaufplan von dem jeweiligen Projektleiter erstellt werden, wobei die dafür notwendigen Dokumente beigefügt werden sollten, so dass letztendlich während der Bauphase sukzessiv die notwendigen Dokumentationen für einen Nachtrag zum gestörten Bauablauf erstellt werden. Neben den Balkendiagrammformen gibt es auch Bauablaufpläne, die die technologischen Abhängigkeiten z. B. durch Verknüpfungen darstellen.

### **3.3.5 Foto/Videos**

Im Einzelfall kann es auch sinnvoll sein, für die Begutachtung durch einen späteren Sachverständigen von bestimmten Teilbereichen Videos zu erstellen, wobei die Verwertbarkeit vor Gericht nicht unproblematisch ist und man nicht davon ausgehen kann, dass man sich vor einem Zivilgericht ein Video ansieht.

Es ist jedoch durchaus sinnvoll, während der Bauphase Fotos von den entsprechenden Beispielen und Folgen der Behinderungen zu erstellen, wobei sichergestellt sein muss, dass das Datum der Aufnahme nicht nur auf den Fotos aufgedruckt wird, sondern darüber hinaus auch nachgewiesen werden kann, dass die Fotos an dem benannten Tag erstellt wurden.

Fotos bieten sich insbesondere auch deswegen an, weil man auf dieser Basis nicht nur im Rahmen einer außergerichtlichen Vergleichsverhandlung einen auch nicht technisch bewanderten Auftraggeber genauso wie einen technisch bewanderten Auftraggeber oder später einem Richter visualisieren kann, worin das Problem zu sehen ist. Es ist wesentlich einfacher, für einen Nichtbauingenieur, aber auch für einen Bauingenieur, wenn er anhand des Fotos sich den Zustand vor Augen führen kann.

## 3.4 Darstellung dem Grunde nach

### 3.4.1 Herangehensweise

Um einen gestörten Bauablauf auf der Basis von § 6 Abs. 6 VOB/B dem Grunde nach ordnungsgemäß und innerhalb der Vorgaben der ständigen BGH-Rechtsprechung aufzusetzen, muss sich der Auftragnehmer – wie mehrfach dargelegt – zunächst vor Augen führen, welche Schäden (Produktivitätsminderung, Stillstandskosten, Bauzeitverlängerungskosten, sonstige Schäden) er geltend machen will und auf welcher Basis diese entstanden sind. Häufig kommt es vor, dass mehrere hundert Behinderungen bei einem Großbauvorhaben auftreten, obwohl nur ein Bruchteil der insgesamt abgesetzten Behinderungen sich tatsächlich ausgewirkt haben, weil eine Vielzahl von Behinderungen entweder nicht bestanden oder aber sehr schnell durch den Auftraggeber gelöst wurden. Es ist insoweit sicherlich nicht sinnvoll, mehrere hundert Behinderungen pauschal aneinander zu reihen und damit eine Bauzeitverlängerung X zu begründen. Die tatsächlich relevanten Behinderungen sollten vorangestellt werden und auf deren Basis dann auch die entsprechenden Auswirkungen beschrieben werden.

Die Fälle, in denen eine vollständige Unterbrechung der Bauausführung eingetreten ist und dadurch bedingt Bauzeitverlängerungen eintreten, sind sicherlich relativ einfach darstellbar im Verhältnis zu Bauzeitverlängerungen, die auf der Basis von mehreren Dutzend Behinderungen entstanden sind.

### 3.4.2 Stillstandskosten

Sofern Stillstandskosten dargestellt werden sollen, d. h. für Personen oder Geräte, die in bestimmten Zeiträumen nicht eingesetzt werden konnten, muss auch hier zunächst aufgeführt werden, welche Behinderung bzw. Unterbrechung eingetreten ist unter Bezugnahme auf die den Anforderungen des § 6 Abs. 1 VOB/B entsprechende Behinderungsanzeige. Stillstandskosten müssen während der Bauausführung zwingend schriftlich dokumentiert werden. Dies betrifft nicht nur das Bautagebuch, sondern – wie bereits dargestellt – ggf. auch eine separate Darstellung, die von den betroffenen Personen nach Möglichkeit unterschrieben werden sollen. Dies ist sicherlich keine Forderung, die nach § 6 Abs. 6 VOB/B aufgestellt wird, son-

dern dazu dient, den Anspruch bestmöglich abzusichern. Anhand der – dann letztlich unnütz – entstandenen Personalkosten bzw. Gerätekosten könnte der Schaden dargestellt werden.

### 3.4.3 Produktivitätsminderungen

Eine sehr praxisrelevante und sehr schwierig darstellbare Auswirkung sind die Produktivitätsminderungen. Wenn beispielsweise in erheblichem Umfang Rohbauleistungen ausgeführt werden sollen, Pläne jedoch häufig verspätet vorgelegt werden, so dass in der Quintessenz der Rohbau nur in bestimmten Zeiträumen des Bauvorhabens immer wieder nur langsamer ausgeführt werden kann, weil letztendlich sich mehr Personen auf der Baustelle befinden, als nach den zur Verfügung gestellten Plänen notwendig wären, um die noch ausführbaren Leistungen zu erstellen, könnten auch Produktivitätsminderungen eintreten. Dies lässt sich auf jedes Gewerk übertragen. Da letztendlich hier Bauausführungen geleistet werden und sich möglicherweise auch die Bauzeit in diesen Fällen nicht zwangsläufig verlängern muss, muss ein probates Mittel entsprechend des Einzelfalls eingesetzt werden, um die Produktivitätsminderungen aufzuzeigen. Hierbei ist es nicht ausreichend, schlicht zu behaupten, ohne die Störungen hätte die Produktivität 100% betragen und bedingt durch die Störungen waren es 85%. Dies lässt sich für einen Sachverständigen nicht mehr nachvollziehen und folgerichtig auch nicht für das Gericht.

Hier müssen erneut zunächst die vertraglichen Vereinbarungen dargestellt werden unter Benennung der möglicherweise vereinbarten Planlieferfristen. Sollten diese nicht vereinbart worden sein, muss dargestellt werden, zu welchen Zeitpunkten die Pläne hätten vorgelegt werden müssen und inwieweit sie abgefordert wurden. Es müssen dann die einzelnen Behinderungsanzeigen aufgeführt und in Bezug auf die einzelnen Störungen auf den Bauablauf inhaltlich beschrieben werden.

Dann müssen die Produktivitätsminderungen untersetzt werden. Bei dem benannten Beispielsfall des Rohbaus könnte es beispielsweise so sein, dass zunächst die kalkulierte Gesamtstundenzahl der eingesetzten Mitarbeiter als Ausgangspunkt gewählt wird und dann die tatsächlich aufgewendete Anzahl gegenübergestellt wird. Daraus lässt sich letztendlich die prozentuale Produktivitätsminderung zunächst einmal rein mathematisch herleiten, was juristisch jedoch nicht reichen würde. Dies könnte jedoch der Ausgangspunkt sein. Darüber hinaus gibt es allgemeine, auch technisch anerkannte Erfahrungswerte, wie viel Kubikmeter umbauter Raum in einer bestimmten Zeiteinheit von den eingesetzten Personen im Durchschnitt hätte erstellt werden können. Dem gegenüber zu stellen ist dann die tatsächliche Ist-Baulage, d.h. wie viel umbauter Raum konnte pro Zeiteinheit wegen der Störungen nur erstellt werden. Der Nachweis für die Kausalität der aufgetretenen Behinderungen zu den Produktivitätsminderungen könnte – so nachgewiesen ist, dass die Pläne verspätet vorgelegt wurden – auch durch einen Vergleich der ausführbaren Pläne erfolgen, d.h. es müsste überprüft und dargestellt werden, in welchem Umfang jeweilig anhand der ausführbaren, d.h.

rechtzeitig und ordnungsgemäß vorgelegten Pläne in den einzelnen Zeitabschnitten tatsächlich Leistungen erbracht werden konnten.

### 3.4.4 Bauzeitverlängerung

Sofern eine Bauzeitverlängerung und die dafür entstandenen Kosten geltend gemacht werden, muss erneut auf die vertraglichen Grundlagen als Ausgangspunkt abgestellt werden. Davon abweichend muss das tatsächliche Bau-Ist gegenübergestellt werden und dann deziert die zugrunde liegenden Ursachen, die zu dem tatsächlichen vom Bau-Soll abweichenden Bau-Ist geführt haben. Nachdem die Vertragsgrundlagen dargestellt wurden, wobei auch der Bauablauf zumindest in Form eines Bauablaufplans mit Balkendarstellung aufgeführt wurde, müssen dann anhand der einzelnen aufgetretenen Behinderungen die Änderungen, d. h. die Auswirkungen auf den Bauablauf dargestellt werden und zwar sowohl verbal als auch durch Beifügung der entsprechenden Dokumentationen. Der Aufwand ist sehr hoch, da hinsichtlich jeder einzelnen sich auswirkenden Behinderung auch die zeitliche Änderung dargestellt werden muss. Dies sollte nicht nur verbal, sondern nach Möglichkeit, um die Änderungen zu visualisieren, auch durch entsprechende Übersichten und Anlagen geschehen, damit sich entweder der Auftraggeber im Falle einer außergerichtlichen Verhandlung oder aber der Richter und der später eingeschaltete Sachverständige hier einfacher ein Bild machen können.

Angesichts der Vielzahl der Informationen ist es andernfalls kaum möglich, den Ausführungen zu folgen. Es muss also jeweils gegenübergestellt werden, wie es hätte sein sollen und wie es tatsächlich war aufgrund der aufgetretenen Behinderungen.

Wenn z. B. Planlieferverzüge behauptet werden, muss dargestellt werden, dass die Pläne tatsächlich in dem Zeitpunkt benötigt werden, in welchem der Auftragnehmer von einer Behinderung ausgeht.

## 3.5 Der Höhe nach

Hinsichtlich der Art und Weise des Nachweises des entstandenen Schadens wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Anders als bei der Darstellung dem Grunde nach kann das erkennende Gericht einen Schaden nach § 287 ZPO schätzen.

## 4 Erschädigungsanspruch nach § 642 BGB

Ein Anspruch nach § 642 BGB ist letztendlich dem Grunde nach genauso darzustellen, wie ein Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B. Auch hier müssen die Behinderungen aufgetreten und schriftlich nach § 6 Abs. 1 VOB/B dem Auftraggeber angezeigt worden oder aber offenkundig gewesen sein. Anders als bei einem Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B bedarf es keines Verschuldens. Die Folge ist dann der bereits dargestellte Erschädigungsanspruch.

## Die VOB/B im Volltext

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen

Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Fassung 2009 (Bekanntmachung vom 31.07.2009, BAnz. Abs. 155 vom 15.10.2009)

### § 1 Art und Umfang der Leistung

- (1) Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C).
- (2) Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:
  1. die Leistungsbeschreibung,
  2. die Besonderen Vertragsbedingungen,
  3. etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
  4. etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
  5. die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen,
  6. die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.
- (3) Änderungen des Bauentwurfs anzordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.
- (4) Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

### § 2 Vergütung

- (1) Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.
- (2) Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z. B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist.
- (3) 1. Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis.

2. Für die über 10v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.
  3. Bei einer über 10v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.
  4. Sind von der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung andere Leistungen abhängig, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist, so kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung der Pauschalsumme gefordert werden.
- (4) Werden im Vertrag ausbedungene Leistungen des Auftragnehmers vom Auftraggeber selbst übernommen (z. B. Lieferung von Bau-, Bauhilfs- und Betriebsstoffen), so gilt, wenn nichts anderes vereinbart wird, § 8 Absatz 1 Nummer 2 entsprechend.
- (5) Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.
- (6) 1. Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.  
2. Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.
- (7) 1. Ist als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart, so bleibt die Vergütung unverändert. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 313 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.  
2. Die Regelungen der Absatz 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.  
3. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gelten die Nummern 1 und 2 auch für Pauschalsummen, die für Teile der Leistung vereinbart sind; Absatz 3 Nummer 4 bleibt unberührt.
- (8) 1. Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen; sonst kann es auf seine Kosten geschehen. Er haftet außerdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen.  
2. Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Absätze 5 oder 6 entsprechend.  
3. Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB) bleiben unberührt.
- (9) 1. Verlangt der Auftraggeber Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte, nicht zu beschaffen hat, so hat er sie zu vergüten.

2. Lässt er vom Auftragnehmer nicht aufgestellte technische Berechnungen durch den Auftragnehmer nachprüfen, so hat er die Kosten zu tragen.
- (10) Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind (§ 15).

### § 3 Ausführungsunterlagen

- (1) Die für die Ausführung nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.
- (2) Das Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen, ebenso der Grenzen des Geländes, das dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wird, und das Schaffen der notwendigen Höhenfestpunkte in unmittelbarer Nähe der baulichen Anlagen sind Sache des Auftraggebers.
- (3) Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Geländeaufnahmen und Absteckungen und die übrigen für die Ausführung übergebenen Unterlagen sind für den Auftragnehmer maßgebend. Jedoch hat er sie, soweit es zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung gehört, auf etwaige Unstimmigkeiten zu überprüfen und den Auftraggeber auf entdeckte oder vermutete Mängel hinzuweisen.
- (4) Vor Beginn der Arbeiten ist, soweit notwendig, der Zustand der Straßen und Geländeoberfläche, der Vorfluter und Vorflutleitungen, ferner der baulichen Anlagen im Baubereich in einer Niederschrift festzuhalten, die vom Auftraggeber und Auftragnehmer anzuerkennen ist.
- (5) Zeichnungen, Berechnungen, Nachprüfungen von Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen, oder der gewerblichen Verkehrssitte oder auf besonderes Verlangen des Auftraggebers (§ 2 Absatz 9) zu beschaffen hat, sind dem Auftraggeber nach Aufforderung rechtzeitig vorzulegen.
- (6)
  1. Die in Absatz 5 genannten Unterlagen dürfen ohne Genehmigung ihres Urhebers nicht veröffentlicht, vervielfältigt, geändert oder für einen anderen als den vereinbarten Zweck benutzt werden.
  2. An DV-Programmen hat der Auftraggeber das Recht zur Nutzung mit den vereinbarten Leistungsmerkmalen in unveränderter Form auf den festgelegten Geräten. Der Auftraggeber darf zum Zwecke der Datensicherung zwei Kopien herstellen. Diese müssen alle Identifikationsmerkmale enthalten. Der Verbleib der Kopien ist auf Verlangen nachzuweisen.
  3. Der Auftragnehmer bleibt unbeschadet des Nutzungsrechts des Auftraggebers zur Nutzung der Unterlagen und der DV-Programme berechtigt.

### § 4 Ausführung

- (1)
  1. Der Auftraggeber hat für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer zu regeln. Er hat die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse – z. B. nach dem Baurecht, dem Straßenverkehrsrecht, dem Wasserrecht, dem Gewerberecht – herbeizuführen.
  2. Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen. Hierzu hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die vertragliche Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe und Bauteile gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen sowie die Ergebnisse von Güteprüfungen zur Einsicht vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wenn hierdurch keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden. Als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Auskünfte und Unterlagen hat er vertraulich zu behandeln.
  3. Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Absatz 2) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind. Die Anordnungen sind grundsätzlich nur dem Auftragnehmer oder seinem für die Leitung der Ausführung bestellten Vertreter zu erteilen, außer wenn Gefahr im Verzug ist. Dem

- Auftraggeber ist mitzuteilen, wer jeweils als Vertreter des Auftragnehmers für die Leitung der Ausführung bestellt ist.
4. Hält der Auftragnehmer die Anordnungen des Auftraggebers für unberechtigt oder unzweckmäßig, so hat er seine Bedenken geltend zu machen, die Anordnungen jedoch auf Verlangen auszuführen, wenn nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen. Wenn dadurch eine ungerechtfertigte Erschwerung verursacht wird, hat der Auftraggeber die Mehrkosten zu tragen.
  - (2) 1. Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten. Es ist seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen.  
2. Er ist für die Erfüllung der gesetzlichen, behördlichen und berufsgenossenschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern allein verantwortlich. Es ist ausschließlich seine Aufgabe, die Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu den Arbeitnehmern regeln.
  - (3) Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.
  - (4) Der Auftraggeber hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, dem Auftragnehmer unentgeltlich zur Benutzung oder Mitbenutzung zu überlassen:
    1. die notwendigen Lager- und Arbeitsplätze auf der Baustelle,
    2. vorhandene Zufahrtswege und Anschlussgleise,
    3. vorhandene Anschlüsse für Wasser und Energie. Die Kosten für den Verbrauch und den Messer oder Zähler trägt der Auftragnehmer, mehrere Auftragnehmer tragen sie anteilig.
  - (5) Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er sie vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen, ferner Schnee und Eis zu beseitigen. Obliegt ihm die Verpflichtung nach Satz 2 nicht schon nach dem Vertrag, so regelt sich die Vergütung nach § 2 Absatz 6.
  - (6) Stoffe oder Bauteile, die dem Vertrag oder den Proben nicht entsprechen, sind auf Anordnung des Auftraggebers innerhalb einer von ihm bestimmten Frist von der Baustelle zu entfernen. Geschieht es nicht, so können sie auf Kosten des Auftragnehmers entfernt oder für seine Rechnung veräußert werden.
  - (7) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).
  - (8) 1. Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).  
2. Der Auftragnehmer hat bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile B und C zugrunde zu legen.

3. Der Auftragnehmer hat die Nachunternehmer dem Auftraggeber auf Verlangen bekannt zu geben.
- (9) Werden bei Ausführung der Leistung auf einem Grundstück Gegenstände von Altertums-, Kunst- oder wissenschaftlichem Wert entdeckt, so hat der Auftragnehmer vor jedem weiteren Aufdecken oder Ändern dem Auftraggeber den Fund anzuseigen und ihm die Gegenstände nach näherer Weisung abzuliefern. Die Vergütung etwaiger Mehrkosten regelt sich nach § 2 Absatz 6. Die Rechte des Entdeckers (§ 984 BGB) hat der Auftraggeber.
- (10) Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.

## § 5 Ausführungsfristen

- (1) Die Ausführung ist nach den verbindlichen Fristen (Vertragsfristen) zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist.
- (2) Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen. Der Auftragnehmer hat innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen. Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuseigen.
- (3) Wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen.
- (4) Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, gerät er mit der Vollendung in Verzug, oder kommt er der in Absatz 3 erwähnten Verpflichtung nicht nach, so kann der Auftraggeber bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Absatz 6 verlangen oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).

## § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

- (1) Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuseigen. Unterlässt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren.
- (2) 1. Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:
  - a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,
  - b) durch Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb,
  - c) durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.
 2. Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.
- (3) Der Auftragnehmer hat alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat er ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen.
- (4) Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.
- (5) Wird die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen, ohne dass die Leistung dauernd unmöglich wird, so sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen

und außerdem die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind.

- (6) Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.
- (7) Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag schriftlich kündigen. Die Abrechnung regelt sich nach den Absätzen 5 und 6; wenn der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, sind auch die Kosten der Baustellerräumung zu vergüten, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind.

## § 7 Verteilung der Gefahr

- (1) Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Absatz 5; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht.
- (2) Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören alle mit der baulichen Anlage unmittelbar verbundenen, in ihre Substanz eingegangenen Leistungen, unabhängig von deren Fertigstellungsgrad.
- (3) Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören nicht die noch nicht eingebauten Stoffe und Bauteile sowie die Baustelleneinrichtung und Absteckungen. Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören ebenfalls nicht Hilfskonstruktionen und Gerüste, auch wenn diese als Besondere Leistung oder selbstständig vergeben sind.

## § 8 Kündigung durch den Auftragnegeber

- (1) 1. Der Auftragnegeber kann bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen.  
2. Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).
- (2) 1. Der Auftragnegeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftragnegeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.  
2. Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftragnegeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.
- (3) 1. Der Auftragnegeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Absätze 7 und 8 Nummer 1 und des § 5 Absatz 4 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags). Die Entziehung des Auftrags kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.  
2. Nach der Entziehung des Auftrags ist der Auftragnegeber berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen, doch bleiben seine Ansprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens bestehen. Er ist auch berechtigt, auf die weitere Ausführung zu verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ausführung aus den Gründen, die zur Entziehung des Auftrags geführt haben, für ihn kein Interesse mehr hat.

3. Für die Weiterführung der Arbeiten kann der Auftraggeber Geräte, Gerüste, auf der Baustelle vorhandene andere Einrichtungen und angelieferte Stoffe und Bauteile gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen.
4. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer eine Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten und über seine anderen Ansprüche spätestens binnen 12 Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten zuzusenden.
- (4) Der Auftraggeber kann den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Die Kündigung ist innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen. Absatz 3 gilt entsprechend.
- (5) Die Kündigung ist schriftlich zu erklären.
- (6) Der Auftragnehmer kann Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistungen alsbald nach der Kündigung verlangen; er hat unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen.
- (7) Eine wegen Verzugs verwirkte, nach Zeit bemessene Vertragsstrafe kann nur für die Zeit bis zum Tag der Kündigung des Vertrags gefordert werden.

## § 9 Kündigung durch den Auftragnehmer

- (1) Der Auftragnehmer kann den Vertrag kündigen:
  1. wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und dadurch den Auftragnehmer außerstande setzt, die Leistung auszuführen (Annahmeverzug nach §§ 293ff. BGB),
  2. wenn der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät.
- (2) Die Kündigung ist schriftlich zu erklären. Sie ist erst zulässig, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde.
- (3) Die bisherigen Leistungen sind nach den Vertragspreisen abzurechnen. Außerdem hat der Auftragnehmer Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB; etwaige weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers bleiben unberührt.

## § 10 Haftung der Vertragsparteien

- (1) Die Vertragsparteien haften einander für eigenes Verschulden sowie für das Verschulden ihrer gesetzlichen Vertreter und der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen (§§ 276, 278 BGB).
- (2) 1. Entsteht einem Dritten im Zusammenhang mit der Leistung ein Schaden, für den auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen beide Vertragsparteien haften, so gelten für den Ausgleich zwischen den Vertragsparteien die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, soweit im Einzelfall nichts anderes vereinbart ist. Soweit der Schaden des Dritten nur die Folge einer Maßnahme ist, die der Auftraggeber in dieser Form angeordnet hat, trägt er den Schaden allein, wenn ihn der Auftragnehmer auf die mit der angeordneten Ausführung verbundene Gefahr nach § 4 Absatz 3 hingewiesen hat.
  2. Der Auftragnehmer trägt den Schaden allein, soweit er ihn durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.
- (3) Ist der Auftragnehmer einem Dritten nach den §§ 823ff. BGB zu Schadensersatz verpflichtet wegen unbefugten Betretens oder Beschädigung angrenzender Grundstücke, wegen Entnahme oder Auflagerung von Boden oder anderen Gegenständen außerhalb der vom Auftraggeber dazu angewiesenen Flächen oder wegen der Folgen eigenmächtiger Versperrung von Wegen oder Wasserläufen, so trägt er im Verhältnis zum Auftraggeber den Schaden allein.

- (4) Für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte haftet im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander der Auftragnehmer allein, wenn er selbst das geschützte Verfahren oder die Verwendung geschützter Gegenstände angeboten oder wenn der Auftraggeber die Verwendung vorgeschrieben und auf das Schutzrecht hingewiesen hat.
- (5) Ist eine Vertragspartei gegenüber der anderen nach den Absätzen 2, 3 oder 4 von der Ausgleichspflicht befreit, so gilt diese Befreiung auch zugunsten ihrer gesetzlichen Vertreter und Erfüllungshilfen, wenn sie nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben.
- (6) Soweit eine Vertragspartei von dem Dritten für einen Schaden in Anspruch genommen wird, den nach den Absätzen 2, 3 oder 4 die andere Vertragspartei zu tragen hat, kann sie verlangen, dass ihre Vertragspartei sie von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten befreit. Sie darf den Anspruch des Dritten nicht anerkennen oder befriedigen, ohne der anderen Vertragspartei vorher Gelegenheit zur Äußerung gegeben zu haben.

## § 11 Vertragsstrafe

- (1) Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB.
- (2) Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät.
- (3) Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werkstage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als 1/6 Woche gerechnet.
- (4) Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat.

## § 12 Abnahme

- (1) Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung – gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist – die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.
- (2) Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.
- (3) Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.
- (4)
  1. Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.
  2. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.
- (5)
  1. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.
  2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.
  3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.
- (6) Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über, soweit er sie nicht schon nach § 7 trägt.

## § 13 Mängelansprüche

- (1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln,
  1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
  2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.
- (2) Bei Leistungen nach Probe gelten die Eigenschaften der Probe als vereinbarte Beschaffenheit, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies gilt auch für Proben, die erst nach Vertragsabschluss als solche anerkannt sind.
- (3) Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Absatz 3 obliegende Mitteilung gemacht.
- (4)
  1. Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.
  2. Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Nummer 1 zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen; dies gilt auch, wenn für weitere Leistungen eine andere Verjährungsfrist vereinbart ist.
  3. Die Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung; nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme (§ 12 Absatz 2).
- (5)
  1. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Absatz 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Absatz 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.
  2. Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.
- (6) Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638 BGB).
- (7)
  1. Der Auftragnehmer haftet bei schuldhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.
  2. Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet er für alle Schäden.
  3. Im Übrigen ist dem Auftraggeber der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Einen darüber hinausgehenden Schaden hat der Auftragnehmer nur dann zu ersetzen,

- a) wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht,
  - b) wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder
  - c) soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.
4. Abweichend von Absatz 4 gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, soweit sich der Auftragnehmer nach Nummer 3 durch Versicherung geschützt hat oder hätte schützen können oder soweit ein besonderer Versicherungsschutz vereinbart ist.
5. Eine Einschränkung oder Erweiterung der Haftung kann in begründeten Sonderfällen vereinbart werden.

## § 14 Abrechnung

- (1) Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Er hat die Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen. Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.
- (2) Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen zu beantragen.
- (3) Die Schlussrechnung muss bei Leistungen mit einer vertraglichen Ausführungsfrist von höchstens 3 Monaten spätestens 12 Werktagen nach Fertigstellung eingereicht werden, wenn nichts anderes vereinbart ist; diese Frist wird um je 6 Werktagen für je weitere 3 Monate Ausführungsfrist verlängert.
- (4) Reicht der Auftragnehmer eine prüfbare Rechnung nicht ein, obwohl ihm der Auftraggeber dafür eine angemessene Frist gesetzt hat, so kann sie der Auftraggeber selbst auf Kosten des Auftragnehmers aufstellen.

## § 15 Stundenlohnarbeiten

- (1) 1. Stundenlohnarbeiten werden nach den vertraglichen Vereinbarungen abgerechnet.  
2. Soweit für die Vergütung keine Vereinbarungen getroffen worden sind, gilt die ortsübliche Vergütung. Ist diese nicht zu ermitteln, so werden die Aufwendungen des Auftragnehmers für Lohn- und Gehaltskosten der Baustelle, Lohn- und Gehaltsnebenkosten der Baustelle, Stoffkosten der Baustelle, Kosten der Einrichtungen, Geräte, Maschinen und maschinellen Anlagen der Baustelle, Fracht-, Fuhr- und Ladekosten, Sozialkassenbeiträge und Sonderkosten, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung entstehen, mit angemessenen Zuschlägen für Gemeinkosten und Gewinn (einschließlich allgemeinem Unternehmerwagnis) zuzüglich Umsatzsteuer vergütet.
- (2) Verlangt der Auftraggeber, dass die Stundenlohnarbeiten durch einen Polier oder eine andere Aufsichtsperson beaufsichtigt werden, oder ist die Aufsicht nach den einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften notwendig, so gilt Absatz 1 entsprechend.
- (3) Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen. Über die geleisteten Arbeitsstunden und den dabei erforderlichen, besonders zu vergütenden Aufwand für den Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten sind, wenn

nichts anderes vereinbart ist, je nach der Verkehrssitte werktäglich oder wöchentlich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Der Auftraggeber hat die von ihm bescheinigten Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang, zurückzugeben. Dabei kann er Einwendungen auf den Stundenlohnzetteln oder gesondert schriftlich erheben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.

- (4) Stundenlohnrechnungen sind alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen, einzureichen. Für die Zahlung gilt § 16.
- (5) Wenn Stundenlohnarbeiten zwar vereinbart waren, über den Umfang der Stundenlohnleistungen aber mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel bestehen, so kann der Auftraggeber verlangen, dass für die nachweisbar ausgeführten Leistungen eine Vergütung vereinbart wird, die nach Maßgabe von Absatz 1 Nummer 2 für einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit und Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten ermittelt wird.

## § 16 Zahlung

- (1) 1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.  
2. Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig.  
3. Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.  
4. Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.
- (2) 1. Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.  
2. Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.
- (3) 1. Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe nicht bis zum Ablauf der jeweiligen Frist erhoben, kann der Auftraggeber sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.  
2. Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.  
3. Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und schriftlich ablehnt.

4. Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen werden ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden.
  5. Ein Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung nach den Nummern 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 28 Tagen – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 28 Tage – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.
  6. Die Ausschlussfristen gelten nicht für ein Verlangen nach Richtigstellung der Schlussrechnung und -zahlung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern.
- (4) In sich abgeschlossene Teile der Leistung können nach Teilabnahme ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden.
- (5) 1. Alle Zahlungen sind aufs Äußerste zu beschleunigen.  
 2. Nicht vereinbarte Skontoabzüge sind unzulässig.  
 3. Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 Absatz 2 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugsschaden nachweist. Der Auftraggeber kommt jedoch, ohne dass es einer Nachfristsetzung bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder der Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der Auftragnehmer seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrug nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der Auftraggeber ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.  
 4. Der Auftragnehmer darf die Arbeiten bei Zahlungsverzug bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist.
- (6) Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.

## § 17 Sicherheitsleistung

- (1) 1. Wenn Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die §§ 232 bis 240 BGB, soweit sich aus den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.  
 2. Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen.
- (2) Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden, sofern das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer
  1. in der Europäischen Gemeinschaft oder
  2. in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder
  3. in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassen ist.

- (3) Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.
- (4) Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat. Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.
- (5) Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide nur gemeinsam verfügen können (»Und-Konto«). Etwas Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu.
- (6) 1. Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10v. H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Sofern Rechnungen ohne Umsatzsteuer gemäß § 13 b UStG gestellt werden, bleibt die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicherheitseinbehalts unberücksichtigt. Den jeweils einbehaltenen Betrag hat er dem Auftragnehmer mitzuteilen und binnen 18 Werktagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto bei dem vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen. Gleichzeitig muss er veranlassen, dass dieses Geldinstitut den Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrags benachrichtigt. Absatz 5 gilt entsprechend.
2. Bei kleineren oder kurzfristigen Aufträgen ist es zulässig, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Sicherheitsbetrag erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto einzahlt.
3. Zahlt der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, so kann ihm der Auftragnehmer hierfür eine angemessene Nachfrist setzen. Lässt der Auftraggeber auch diese verstreichen, so kann der Auftragnehmer die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrags verlangen und braucht dann keine Sicherheit mehr zu leisten.
4. Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, den als Sicherheit einbehaltenen Betrag auf eigenes Verwahrgeldkonto zu nehmen; der Betrag wird nicht verzinst.
- (7) Der Auftragnehmer hat die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Soweit er diese Verpflichtung nicht erfüllt hat, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Guthaben des Auftragnehmers einen Betrag in Höhe der vereinbarten Sicherheit einzubehalten. Im Übrigen gelten die Absätze 5 und 6 außer Nummer 1 Satz 1 entsprechend.
- (8) 1. Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.
2. Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

## § 18 Streitigkeiten

- (1) Liegen die Voraussetzungen für eine Gerichtsstandvereinbarung nach § 38 Zivilprozessordnung vor, richtet sich der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Vertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist. Sie ist dem Auftragnehmer auf Verlangen mitzuteilen.
- (2) 1. Entstehen bei Verträgen mit Behörden Meinungsverschiedenheiten, so soll der Auftragnehmer zunächst die der auftraggebenden Stelle unmittelbar vorgesetzte Stelle anrufen. Diese soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn möglichst innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden und dabei auf die Rechtsfolgen des Satzes 3 hinweisen. Die Entscheidung gilt als anerkannt, wenn der Auftragnehmer nicht

innerhalb von 3 Monaten nach Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch beim Auftraggeber erhebt und dieser ihn auf die Ausschlussfrist hingewiesen hat.

2. Mit dem Eingang des schriftlichen Antrages auf Durchführung eines Verfahrens nach Nummer 1 wird die Verjährung des in diesem Antrag geltend gemachten Anspruchs gehemmt. Wollen Auftraggeber oder Auftragnehmer das Verfahren nicht weiter betreiben, teilen sie dies dem jeweils anderen Teil schriftlich mit. Die Hemmung endet 3 Monate nach Zugang des schriftlichen Bescheides oder der Mitteilung nach Satz 2.
- (3) Daneben kann ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsabschluss erfolgen.
- (4) Bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Stoffen und Bauteilen, für die allgemein gültige Prüfungsverfahren bestehen, und über die Zulässigkeit oder Zuverlässigkeit der bei der Prüfung verwendeten Maschinen oder angewendeten Prüfungsverfahren kann jede Vertragspartei nach vorheriger Benachrichtigung der anderen Vertragspartei die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle vornehmen lassen; deren Feststellungen sind verbindlich. Die Kosten trägt der unterliegende Teil.
- (5) Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer nicht, die Arbeiten einzustellen.

## Quellenverzeichnis

Baurecht (BauR) – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Neuwied: Luchterhand Verlag. ISSN: 0340-7489

BB – Der Betriebsberater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft. Frankfurt a. M.: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH. ISSN: 0340-7

Beck'scher VOB-Kommentar Teil B: Vergabe- und Vertragsordnung für die Ausführung von Bauleistungen. 2. Aufl. München: C. H. Beck 2008

BGBI – Bundesgesetzblatt. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH. ISSN: 0341-1095

BGHZ – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Köln: Carl Heymanns Verlag

Heiermann, Wolfgang; Riedl, Richard; Rusam, Martin; Kullack, Andrea Maria; Weyand, Rudolf: Handkommentar zur VOB. Teile A und B. Rechtsschutz im Vergabeverfahren. 12., völlig neu bearb. u. erw. Aufl. Wiesbaden: Vieweg 2011. ISBN: 978-3-8348-1508-8

IBR – Immobilien- und Baurecht. Mannheim: ID Verlags GmbH. ISSN: 0941-5750

Locher, Horst; Vygen, Klaus (Hrsg.); Ingenstau, Heinz; Korbion, Hermann: VOB Teile A und B, Kommentar. 18., überarb. Aufl. München/Unterschleißheim: Werner, Wolters Kluwer 2010. ISBN: 978-3-8041-2153-9

JMBL ST – Justizministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt

JurBüro – Das juristische Büro. Neuwied: Luchterhand Verlag. ISSN: 0931-6000

Kapellmann, Klaus D.; Schiffers, Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Rechtliche und baubetriebliche Darstellung der geschuldeten Leistung und Vergütung sowie der Ansprüche des Auftragnehmers aus unklarer Ausschreibung, Mengenänderung, geänderter oder zusätzlicher Leistung und aus Behinderung gemäß VOB/B. Bd. 1. Einheitspreisvertrag. 6., völlig neu bearb. u. erw. Aufl. München/Unterschleißheim: Werner, Wolters Kluwer 2011. ISBN: 978-3-8041-5212-0

Leinemann, Ralf (Hrsg.): VOB/B Kommentar. Fassung 2002. Kommentierung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen mit ausgewählten Vorschriften des BGB-Wertragsrechts. 4. Aufl. Köln: Heymanns 2010. ISBN: 978-3-8041-4771-3

MDR – Monatsschrift für deutsches Recht. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. ISSN: 0340-1812

Nicklisch, Fritz; Weick, Günter: Verdingungsordnung für Bauleistungen. VOB Teil B. 3., völlig neu bearb. Aufl. München: C. H. Beck 2001. ISBN: 3-406-38701-2

NJW – Neue Juristische Wochenzeitschrift. München: Verlag C. H. Beck. ISSN: 0341-1915

NJW-RR – Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht. München: C. H. Beck.  
ISSN: 0179-4043

NZBau – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. München: C. H. Beck. ISSN: 1439-6351

OLG – NL – OLG-Rechtsprechung – Neue Länder. München: C. H. Beck

OLGR Bremen – OLG-Report Bremen. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG

OLGR Frankfurt – OLG-Report Frankfurt. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG

OLGR Köln – OLG-Report Köln. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG

OLGR Zweibrücken – OLG-Report Zweibrücken. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG

VersR – Versicherungsrecht. Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht.

Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft. ISSN: 0342-2429

Vygen, Klaus; Joussen, Edgar; Schubert, Eberhard; Lang, Andreas: Bauverzögerung und Leistungsänderung. Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen. 6., neu bearb. u. erw. Aufl. Köln: Werner 2011. ISBN: 978-3-8041-3863-6

Werner, Ulrich; Pastor, Walter: Der Bauprozess. Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses. 13., neu bearb. u. stark erw. Aufl. München/Unterschleißheim: Werner, Wolters Kluwer 2011. ISBN: 3-8041-5002-0

WM – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen. Frankfurt a.M.: Herausgebergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen; Keppler, Lehmann GmbH & Co. KG. ISSN: 0342-6971; 0342-698X

ZfBR – Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh: Bauverlag BV. ISSN: 0170-0413

# Stichwortverzeichnis

## A

Abgrenzung 20, 23, 25, 26, 30, 34, 43, 68, 94, 95  
 Abhängigkeiten 32, 37, 39, 75, 76, 122, 126, 127, 130  
 Abhilfe 41, 45, 46, 47, 110, 139  
 Abrechnung 18, 20, 36, 38, 42, 62, 63, 64, 65, 67, 80, 94, 95, 99, 121, 140, 141, 144  
 Abweichungen +/-10% 18, 20  
 Allgemeine Geschäftsbedingungen 112, 113, 116  
 Angemessene Frist 96, 98, 138, 139, 141, 144  
 Annahmeverzug 43, 45, 82, 83, 100, 141  
 Anordnungen 22, 24, 48, 76, 119, 136, 137, 138, 143  
 Ansprüche des Auftraggebers 89, 92, 97, 121, 147  
 Ansprüche des Auftragnehmers 15, 51, 141, 149  
 Anspruchsberechtigte 85, 87  
 Anspruchsverlust 34, 40, 47, 76, 98  
 Anwendungsbereich 43  
 Arbeitgeber 50, 51, 54, 139  
 Architekt 25, 34, 41, 45, 70, 73, 83, 85, 92, 114, 117, 126  
 Ausführungsplan 37, 52, 72, 76  
 Ausführungsvariante 25  
 Ausführungszeitraum 22, 31, 106, 109  
 Aussperrung 42, 50, 51, 54, 139

## B

Bauablaufplan 75, 127, 130, 133  
 Bauausführung 11, 21, 24, 25, 26, 27, 37, 43, 48, 52, 56, 62, 66, 76, 89, 109, 119, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 129, 131, 132  
 Baubeginn 30, 53, 59, 66, 73, 76, 79, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 119  
 Baubetreuer 86  
 Bauentwurf 22, 23, 24, 135, 136  
 Baugenehmigung 48, 66, 72, 83, 108, 109, 119, 127  
 Baugrube 52, 73, 127  
 Baugrundgutachten 26  
 Bauherr 23, 25, 30, 48, 52, 83, 93, 125  
 Bau-Ist 21, 39, 133  
 Bau-Soll 21, 22, 35, 37, 39, 75, 133

Baustelleneinrichtung 18, 19, 59, 81, 140  
 Baustellengemeinkosten 18, 19, 20, 50, 57, 64, 136  
 Baustellenräumung 65, 140  
 Baustoffe 96  
 Bautagebuch 30, 39, 78, 121, 122, 128, 131  
 Bauzeitverschiebung 32, 70  
 Bauzeitverzögerung 46  
 Behinderungen des Bauablaufs 12  
 Berufsvertretung 42, 50, 54, 139  
 Beschleunigungsanordnung 23, 24, 28, 29  
 Beschleunigungsvergütung 28, 29, 30  
 Beweislast 15, 41, 57, 63, 68, 71, 74, 78, 92, 93, 101, 102, 115, 122  
 Bodenbeschaffenheit 25, 73  
 Bodenklasse 26, 27

## D

Differenzhypothese 68, 78  
 Dokumentation des gestörten Bauablaufs 121, 123  
 Dritte 11, 13, 17, 28, 30, 38, 45, 55, 94, 99, 117, 140, 141, 142

## E

Eingriffsrechte 52, 53  
 Einheitspreis 18, 19, 20, 27, 122, 135, 136  
 Einheitspreisvertrag 11, 17, 18, 19, 20, 22, 27, 64, 122, 125, 149  
 Entschädigungsanspruch 83, 84, 134  
 Erdaushub 32  
 Erfüllungsgehilfe 54, 71, 83  
 Erschwernisse 24, 25

## F

Fertigstellung 21, 47, 51, 54, 71, 73, 76, 80, 92, 96, 106, 107, 142, 144  
 Fertigstellungstermin 12, 21, 26, 38, 44, 57, 89, 92, 93, 107, 109, 110, 113, 115, 116  
 Finanzierungsmittel 86  
 Formularausschluss 20  
 Fortführungsverpflichtung 42, 49, 50  
 Fristberechnung 49, 50, 54, 57, 107, 115  
 Fristverlängerung 50, 57, 58, 59, 61, 81, 139

**G**

Gebrauchsfähigkeit 101, 102, 104, 143  
 Generalunternehmer 85, 87  
 Generalunternehmervertrag 32, 116  
 Geschäftskosten 18, 19, 20, 50, 57, 64, 79, 136

**H**

Haftungsumfang 94, 95, 97  
 Höhere Gewalt 38, 42, 48, 50, 55, 140

**I**

Insolvenzrisiko 86

**K**

Kalkulation 11, 18, 19, 24, 28, 33, 50, 56, 64, 78  
 Klausel 20, 21, 81, 116, 117, 118, 119  
 Kündigungsandrohung 85, 94, 96, 97, 98, 106, 111  
 Kündigungsmöglichkeit 42, 66, 95

**L**

Leerstandskosten 123  
 Leistungsbestimmungsrecht 28  
 Leistungsmehrungen 13  
 Leistungsverzeichnis 24, 26, 27  
 Lohnpreissteigerung 79

**M**

Mahnung 29, 47, 54, 57, 59, 108, 109, 110, 113, 116  
 Mängel 92, 93, 94, 97, 101, 103, 137, 138, 143, 144  
 Mängelansprüche vor Abnahme 13  
 Materialwechsel 32, 37  
 Mehrkostenankündigung 34  
 Mehrkostenanzeige 33, 34  
 Mengenmehrung 12, 16, 19, 122, 125  
 Mengenüberschreitung 19  
 Mengenunterschreitung 19, 20  
 Mietausfall 92, 101  
 Mitverschulden 54, 91, 97  
 Mitwirkungshandlung 50, 82  
 Mitwirkungspflicht 52

**N**

Nachtrag 29, 32, 36, 74, 124, 130  
 Nachunternehmer 31, 53, 54, 71, 73, 80, 83, 85, 87, 91, 97, 100, 119, 138  
 Nichterfüllung 62, 94, 96, 140

**O**

Offenkundigkeit 40, 41, 44, 45, 48, 49, 61, 68, 71, 75, 82, 83, 123, 128, 140

**P**

Pfandgegenstand 87  
 Planliefertfristen 122, 127, 132  
 Planungsänderung 24, 30, 31, 34, 35, 73, 79, 119  
 Praxishinweis 71  
 Preisanpassung 20  
 Preisvereinbarung 33, 73  
 Produktivitätsminderung 17, 39, 123, 126, 127, 131, 132  
 Projektsteuerer 45, 70  
 Prozessfall 30

**R**

Rechtsprechungsbeispiel 25, 27, 35, 77  
 Risikobereich 42, 50, 52, 54, 66, 139  
 Rohbau 52, 75, 132

**S**

Sachverständigengutachten 92, 127, 129  
 Sachverständiger 39, 128, 129  
 Schadensersatzanspruch groß 104  
 Schadensersatzanspruch klein 101  
 Schadenshöhe 40, 47, 68, 79  
 Schadensposition 39, 79, 91, 92, 93, 123  
 Schätzung 14, 40, 68, 69, 92  
 Schlechtwettertage 50, 56  
 Schriftform 34, 46  
 Sicherbare Ansprüche 87  
 Sicherheiten 84  
 Sicherungshypothek 84, 85, 87  
 Sicherungsumfang 84, 88  
 Sonderfachleute 70, 85, 92  
 Sondervermögen 86  
 Spezialvorschrift 63, 65  
 Sphäre 11, 12, 13, 15, 17, 28, 30, 38, 51, 52, 53, 54, 71, 74, 82, 125  
 Statiker 70, 85  
 Stilllegungskosten 81  
 Stillstandskosten 46, 78, 79, 80, 122, 123, 126, 127, 131  
 Störung des Bauablaufs 11, 12, 15, 21, 36, 77, 85, 89, 93, 126  
 Streik 42, 50, 51, 54, 139

**T**

Tragwerksplaner 70

**U**

Ungünstige Jahreszeit 23, 50, 58, 59  
 Ungünstige Witterung 50  
 Unmöglichkeit 62, 64, 98  
 Unterschreitungen über 10% 19  
 Unwirksame Klauseln 81  
 Unzumutbarkeit 28

**V**

Vergütung 20, 22, 25, 33, 34, 35, 80, 83, 88, 94, 96, 99, 121, 126, 135, 136, 138, 139, 140, 143, 144, 145, 149  
 Vergütungsanspruch 12, 13, 19, 21, 61, 77, 99  
 Verschiebung der Bautermeine 115  
 Verschulden 16, 29, 38, 40, 42, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 78, 82, 83, 91, 101, 102, 108, 113, 134, 141, 143  
 Vertragsabschluss 20, 21, 23, 25, 26, 41, 50, 52, 56, 66, 107, 111, 143, 145, 147, 148  
 Vertragsfristen 106, 107, 110, 127, 139  
 Vertragsgrundlagen 18, 24, 25, 26, 27, 35, 126, 133  
 Vertragspreise 62, 64, 65, 68, 139, 141  
 Vertragsstrafenanspruch 19, 21, 47, 51, 59, 111, 112, 115, 125, 127

Vertragsstrafenhöhe 115

Vertragsstrafenvereinbarung 112, 113, 115  
 Verzug 12, 29, 37, 38, 43, 50, 54, 57, 59, 76, 89, 99, 107, 108, 109, 110, 113, 121, 127, 137, 139, 142  
 Verzugsansprüche 13, 39, 51, 97, 118, 121  
 Vorauszahlungsbürgschaft 119  
 Vorunternehmer 54, 71, 73, 83

**W**

Weiterführungsverpflichtung 60, 61  
 Werklohn 80  
 Wesentlicher Mangel 101, 102, 104, 142, 143  
 Wiederaufnahmeverpflichtung 60, 61  
 Witterungseinflüsse 42, 50, 56, 139

**Z**

Zahlungsbürgschaft 84, 86, 88  
 Zahlungsgarantien 84, 88  
 Zeitverzögerung 28  
 Zurückbehaltungsrecht 86, 96  
 Zusatzeistungen 12, 13, 17, 20, 22, 34, 35, 36, 37, 53, 125  
 Zuschlag 31, 58, 59, 139, 144  
 Zwischentermin 107, 110, 119

## Risse in Beton und Mauerwerk

### Ursachen, Sanierung, Rechtsfragen



Heinz Meichsner, Katrin Rohr-Suchalla

2., überarb., erw. Aufl. 2011,

317 Seiten, zahlr., meist farb. Abb., Tab., Gebunden

ISBN 978-3-8167-8239-1

Risse in Beton- und Mauerwerksbauten sehen oft harmlos aus, können aber das ganze Bauwerk ruinieren. Damit Risse gar nicht erst entstehen, werden die baustofftechnischen, statischen und konstruktiven Grundlagen, die zu beachten sind, erläutert. Der Autor beschreibt die verschiedenen Ursachen der Rissentstehung, die unterschiedlichen Schadensbilder, Möglichkeiten der Rissvermeidung sowie die Verfahren der Rissanierung. Ein eigener Abschnitt befasst sich mit den rechtlichen Problemen wie Haftungs- und Gewährleistungsfragen. Das Buch

bietet eine umfassende und anschauliche Darstellung der gesamten Rissproblematik im Massivbau und hilft bei einer schadenfreien Planung und Ausführung und der Versachlichung in Streitfragen.

## Schäden an Grundstücksentwässerungsanlagen

### Ursachen, Folgen, Sanierung, Rechtsfragen



Michael Scheffler, Katrin Rohr-Suchalla

2010, 232 Seiten, zahlr. farb. Abb., Tab., Gebunden

ISBN 978-3-8167-8242-1

Grundstücksentwässerungsanlagen und ihr meist sehr schlechter Zustand wurden bisher kaum beachtet. Heute stellen sie Fachleute, Betreiber und Eigentümer bei der Sanierung vor große Probleme. Abhilfe schafft dieses Buch mit seiner anschaulichen Darstellung der gesamten Schadensproblematik – von der Zustandserfassung bis zur Schadensbehebung. Typische Schadensbilder in und an Entwässerungsanlagen werden vorgestellt. Übersichtlich aufgebaute und umfangreiche Zustandsbildkataloge ermöglichen einen informativen Einblick in Schadenstypen, -arten und -ausprägungen und erleichtern die Zustandserfassung und Interpretation der Anlagen. Ergänzend zu den technischen Aspekten befasst sich ein weiteres Kapitel mit rechtlichen Fragestellungen zu Mängelhaftung und Gewährleistung.

## Fraunhofer IRB Verlag

### Der Fachverlag zum Planen und Bauen

Nobelstraße 12 · 70569 Stuttgart · Tel. 0711 9 70-25 00 · Fax -25 08 · [irb@irb.fraunhofer.de](mailto:irb@irb.fraunhofer.de) · [www.baufachinformation.de](http://www.baufachinformation.de)

## VOB/B-Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen

Ein Leitfaden für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber. Mit neuer VOB/B



Rolf Theissen

2., aktual. Aufl. 2011, 268 Seiten, 80 Bau-Musterformulare, Gebunden  
ISBN 978-3-8167-8531-6

Aufgrund von Änderungen in der Rechtssprechung liegt dieses Buch nun in der 2. Auflage überarbeitet vor. Mit der erweiterten Musterformularsammlung wird dem öffentlichen und gewerblichen Auftraggeber ein Leitfaden an die Hand gegeben, der die praktische Abwicklung eines Bauvorhabens deutlich erleichtert. Entsprechend dem Ablauf eines Bauprojekts sind die Musterformulare nach 17 Praxis schwerpunkten strukturiert, die typische Abwicklungsschwerpunkte und Konfliktsituationen während eines Bauablaufs behandeln und zu lösen helfen. Zu jedem Musterformular werden zugleich Praxishinweise gegeben. Schaubilder und Checklisten ergänzen das Werk. Die Musterbriefe richten sich an den Praktiker und wurden bereits in zahlreichen Bauvorhaben mit gutem Erfolg angewendet.

## VOB/B – Basiswissen für Baufachleute



Katrin Rohr-Suchalla

2., überarb. Aufl. 2012, 164 Seiten, 32 Abb., Tab., Gebunden  
ISBN 978-3-8167-8675-7  
E-Book: ISBN 978-3-8167-8774-7  
BuchPlus [Printversion + E-Book]: ISBN 978-3-8167-8890-4

Die VOB/B ist die wichtigste Vertragsgrundlage für das gesamte Baugeschehen und regelt alle rechtlichen Dinge zwischen den Baubeteiligten. Wie sie in der Praxis umgesetzt und interpretiert wird, und was der Baupraktiker im Umgang mit ihr wissen und beachten sollte, hat die Autorin in diesem Buch zusammengestellt. Kurz und präzise erläutert sie alle Elemente des Bauvertrages nach VOB/B – von den Vertragsarten über die allgemeinen Geschäftsbedingungen bis hin zu Abnahme, Gewährleistung, Kündigung und Haftung. Sie zeigt Stolperstellen auf und gibt wertvolle Hinweise für eine rechtssichere Vertragsgestaltung und einen reibungslosen Bauablauf.

**Fraunhofer IRB-Verlag**

Der Fachverlag zum Planen und Bauen

Nobelstraße 12 · 70569 Stuttgart · Tel. 07119 70-25 00 · Fax-25 08 · [irb@irb.fraunhofer.de](mailto:irb@irb.fraunhofer.de) · [www.baufachinformation.de](http://www.baufachinformation.de)

Katrin Rohr-Suchalla

## Der gestörte Bauablauf

**Verantwortlichkeiten, Ansprüche und Rechtsfolgen nach VOB/B**

**2., überarbeitete Auflage**

Der ›gestörte Bauablauf‹ ist der schwierigste Bereich des zivilen Baurechts. Häufig hat man es mit mehreren, sich überlagernden Störungen zu tun – verursacht von Auftraggeber, Auftragnehmer oder sogar Dritten – und diese haben in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht die unterschiedlichsten Auswirkungen auf den Bauablauf.

Praxisorientiert und auf den Punkt gebracht erläutert die Autorin, welche Arten von Bauablaufstörungen es gibt, wie sie in der VOB/B behandelt werden und welche Ansprüche sich für Auftraggeber und Auftragnehmer daraus ergeben. Das Buch bietet so Rechtssicherheit für alle Baubeteiligten im Umgang mit diesen klassischen Problemen des Baualltags.



**Rechtsanwältin Dr. Katrin Rohr-Suchalla** ist Partnerin bei der bundesweit und international tätigen Wirtschaftskanzlei CMS Hasche Sigle mit Schwerpunkt im Bereich des Bau- und Immobilienrechts. Ein wesentlicher Teil ihrer Tätigkeit umfasst die ständige baubegleitende Beratung von Großbauvorhaben sowie die Betreuung von Prozessen und Schiedsverfahren. Sie ist von Stuttgart aus bundesweit beratend tätig.

ISBN 978-3-8167-8969-7



9 783816 789697