**Günther Jansen
Vors. Richter am OLG Hamm a.D.**

**Bauverzögerung und Leistungshindernisse**: Bauzeit, Rechtsfolgen von Ablaufstörungen, technische oder rechtliche Unausführbarkeit des Werkes, Corona

Stand: April 2020

**Gliederung:**

**A. Die Bauzeit** 1
**I. Die Bedeutung der Bauzeit** 1

**II. Was verstehen die Beteiligten eigentlich unter der „Bauzeit“?** 2

**III. Die rechtlichen Grundlagen für die Bestimmung der Bauzeit** 3

1. Bloße Vereinbarung des Fertigstellungszeitpunktes 3

2. Vereinbarung von Zwischen-/ Einzelfristen durch Einbeziehung von Bauablaufplänen 4

a. Verschiedene Arten von Ablaufplänen 4

b. Maßgebend ist das jeweilige Vertragsverhältnis 7

c. Die Einbeziehung der Bauablaufpläne in den jeweiligen Vertrag 8

3. Einzelfälle 9

**IV. Sonderfall: Verzögerte Vergabe** 9

**V. Ergebnis** 11

**B. „Ablaufstörungen“ durch Anfall von Mehrmengen, Änderungen des Bauentwurfs, Zusatzaufträge und „Erschwernisse“** 11

**I. Mehr- und Mindermengen, § 2 Abs. 3 VOB/B** 12

1. Vergütung 12

a. BGB-Vertrag 12

b. VOB/B 12

2. Bauzeit 15

a. BGB-Vertrag 15

b. VOB/B-Vertrag 15

**II. Nachträgliche Änderungen des Bauentwurfs, Beauftragung zusätzlicher
 Leistungen** 15

1. Vergütung 15

a. BGB-Vertrag 15

b. VOB/B-Vertrag 17

2. Bauzeit 21

a. BGB-Vertrag 21

b. VOB/B-Vertrag 21

**III. Schlechtes Wetter, Baugrundprobleme** 21

**IV. Die Fortschreibung der Aufwandswerte/Preise und ihre Grenzen** 23

**C. Behinderungen durch vertragswidriges Verhalten der Parteien** 25

**I. Überblick über die wichtigsten Regelungen** 25

1. BGB 25

2. VOB/B 27

**II. Einige häufig vorkommende Fallkonstellationen** 28

1. Behinderungen durch vertragswidriges Verhalten des AG, § 6 VOB/B 28

a. Folgen für die Bauzeit 28

b. Finanzielle Folgen 29

2. Behinderung durch Obliegenheitsverletzung des AG, § 642 BGB 29

3. Kündigung des AG wegen des vertragswidrigen Verhaltens des AN 31

a. BGB-Vertrag 32

aa. Freie Kündigung nach § 648 BGB 32

bb. Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB 32

b. VOB/B-Vertrag 33

**III. Die Geltendmachung des Behinderungsschadens im Prozess** 34

1. Problem: „Komplexe Ablaufstörungen“ 34

2. Anforderungen an die Darlegung und die Beweisführung 34

a. Grundsatz 34

b. Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast 35

c. Anforderungen des BGH 36

d. Anwendung dieser Grundsätze durch die Instanzgerichte 37

**D. Technische oder rechtliche Unausführbarkeit des Werkes** 40
**E. Die Corona-Pandemie – Einige vorläufige Bemerkungen zu den vertragsrechtlichen Folgen** 42

**I. Einige grundsätzliche Rechtsfragen**  42
1. Unmöglichkeit § 275 Abs. 1 BGB 42
2. Höhere Gewalt 43
3. Wegfall der Geschäftsgrundlage § 313 BGB 45
**II. Folgen für die Ansprüche der Baubeteiligen** 45
1. Verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche 46
2. Anpassung der Vertragsfristen 46
3. Anspruch aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B 46
4. Anspruch des AN aus § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB 46
5. Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B 47
6. Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B 47

**A. Die Bauzeit**

**I. Die Bedeutung der Bauzeit
Drei Faktoren** sind beim Bauen von zentraler Bedeutung: **-** Die Erstellung eines **mangelfreien und funktionsfähigen Bauwerks
-** Die Einhaltung des **Kostenplans
-** Die Einhaltung der **vereinbarten Termine = Bauzeit („Zeit ist Geld“)**Die **Einhaltung der vereinbarten Termine** ist für beide Parteien von erheblicher Bedeutung.
Der **Auftraggeber** (AG) möchte das Werk **von einem bestimmten Termin an nutzen** (Verkauf, Vermietung, Nutzung zu Produktionszwecken).
***Beispiel:*** *Der Investor errichtet ein großes Parkhaus in der Innenstadt von München. Vorgesehen ist die Eröffnung zum 1.11. Da der GU die Arbeiten nicht sorgfältig koordiniert hat, kann das Parkhaus erst am 10.1. des Folgejahres eröffnet werden. Dem Investor/Betreiber entgehen damit Einnahmen aus dem Weihnachtsgeschäft in Höhe von mehreren Millionen €.*
Der **Auftragnehmer** (AN) möchte seine **Ressourcen möglichst effizient einsetzen**. Er plant daher sehr genau den Arbeitsablauf und den Einsatz von Personal, Geräten und Material, um mit möglichst geringem Aufwand seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Darauf beruht seine **Kalkulation.** Nur so kann er auch beurteilen, ob er noch andere Baustellen bedienen und von welchem Zeitpunkt an er Folgeaufträge übernehmen kann. Kommt der Zeitplan durcheinander, kann das für den AN schwerwiegende Folgen haben, etwa weil er den bereits übernommenen Folgeauftrag nicht fristgerecht ausführen kann.
Die Einhaltung der **Bauzeit** ist daher für **beide Parteien** von **wesentlicher Bedeutung.

Exkurs: Warum kommt es gerade bei Großprojekten (Elbphilharmonie, Berliner Flughafen, HBF Stuttgart) zu erheblichen Störungen im Zeit- und Kostenplan?
- Die Planung hat im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch nicht die nötige Planungstiefe bzw. hat nur vorläufigen Charakter. Folge: Ständiger Streit über den geschuldeten Leistungsumfang, die Nachträge und die Einhaltung der Fristen. Problem: „Baubegleitende Planung“
- Das Projekt ist „politisch gewollt“ und wird mit einem viel zu niedrigen Budget „durchgeboxt“.
- Der Zeitplan ist zu eng gestrickt. Der Fertigstellungszeitpunkt orientiert sich am nächsten Wahltermin.**

**II. Was verstehen die Baubeteiligten eigentlich unter der „Bauzeit“?**Bei jedem größeren Bauvorhaben gibt es **verschiedene Beteiligte**, die sich alle mehr oder weniger weitreichende **Gedanken** über die Bauzeit machen.
Der **AG/Investor** möchte zu einem **bestimmten Zeitpunkt fertig** sein, der genaue Bauablauf interessiert ihn an sich weniger. Er weiß aber, wie wichtig die Einhaltung des Zeitplans ist und wird deshalb dem AN zumindest für die Erreichung bestimmter wichtiger **Zwischenziele konkrete zeitliche Vorgaben** = **Einzelfristen** machen. Für ihn ist es dann wesentlich leichter, auf Verzögerungen zu reagieren, §§ 5 Abs. 3 und 4, 6 Abs. 6, 8 Abs. 3 VOB/B (Forderung von Verstärkungsmaßnahmen, Schadensersatz, Auftragsentziehung). Er kann – wenn er will – die Einhaltung des Terminplans auch durch Vereinbarung von **Vertragsstrafen** absichern.
Der **GU = AN** möchte natürlich ebenfalls **zu diesem Zeitpunkt fertig** sein. Er weiß aber, dass er das nur schafft, wenn er die Arbeiten der Nachunternehmer auch zeitlich sorgfältig koordiniert. Der Ausfall eines einzigen Nachunternehmers kann nämlich seinen ganzen Zeitplan durcheinanderbringen. Für ihn bedeutet Bauzeit also: **Sorgfältige Planung der einzelnen Arbeitsschritte = detaillierter Terminplan**, **Fertigstellung zum vereinbarten Zeitpunkt.**
Der **Architekt** sieht das ähnlich. Für ihn ist der Auftrag aber mit der Abnahme des Bauwerks noch nicht erledigt.
Der vom GU beauftragte **Nachunternehmer** interessiert sich weniger für den Ausführungsbeginn und den vorgesehenen Fertigstellungstermin. Ihn interessieren primär **sein eigenes Gewerk und die dafür vorgesehene Bauzeit**. Dafür erstellt er die erforderlichen **Detailplanungen bzw. Werkstattpläne**, er plant auch **den genauen zeitlichen Ablauf seiner Arbeiten**. Er hofft, dass die notwendigen **Vorunternehmerleistungen** pünktlich und mangelfrei bereitgestellt werden, hat darauf aber in der Regel keinen Einfluss.
Wir betrachten das Ganze aus der **Sicht des AG/Investors/Projektsteuerers,** der mit dem **AN = GU** in Vertragsverhandlungen steht. Ihm ist – siehe oben – an der Einhaltung des Fertigstellungstermins, aber auch an der pünktlichen Erreichung bestimmter Zwischenschritte gelegen, um das Vorhaben unter Kontrolle zu halten und auf Verzögerungen frühzeitig reagieren zu können.

 **III. Die rechtlichen Grundlagen für die Bestimmung der Bauzeit
Lit.:** Eschenbruch, Die vertragsjuristische Bewältigung der Bauzeit, BauR 2019, 1213; *Maase,* Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB, BauR 2017, 7781, 929; Kues/Freiheit, Die vertragsrechtliche Bedeutung des Bauzeitenplans, BauR 2019, 1671

Die gesetzliche Regelung ist völlig unzureichend. Nach **§ 271 Abs. 1 BGB** kann der Gläubiger, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, die Leistung sofort verlangen. Diese sehr pauschale Regelung wird den Besonderheiten des Bauvertrages nicht gerecht. Der AG muss das Grundstück bereitstellen, die erforderlichen Genehmigungen einholen und die benötigten Pläne rechtzeitig vorlegen = **Planlieferfristen**. Der AN muss den Arbeitsablauf planen, den Einsatz von Personal, Gerät und Material. **In § 5 VOB/B** werden deshalb ergänzende Regelungen getroffen, die aber – wenn keine Vertragsfristen vereinbart sind - auch nicht viel weiterhelfen. Das hat einen ganz einfachen Grund: Größere Bauvorhaben sind so komplex, dass genaue Fristen nur für den jeweiligen Einzelfall vereinbart werden können. Eine **abstrakte Regelung**, die für eine Vielzahl von Fällen taugt und praktisch brauchbar ist, ist **nicht möglich**.
Die **Bauzeit** wird daher in aller Regel **vertraglich festgelegt**. Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Man kann sich darauf beschränken, im Vertrag einen **Fertigstellungstermin** zu vereinbaren. Man kann aber auch im Vertrag den Arbeitsablauf im Einzelnen regeln und für alle anfallenden Arbeiten bzw. die Erreichung bestimmter **Zwischenschritte** einen detaillierten Terminplan mit vielen **Einzelfristen** aufstellen. Das kann im Bauvertrag selbst geschehen, es kann aber auch – das ist der Regelfall - durch Einbeziehung entsprechender **Bauablauf- bzw. Bauzeitenpläne** in den Bauvertrag vereinbart werden.
Vertragsfristen können als **Kalender- oder Ereignisfristen** i. S. d. § 286 Abs. 2 BGB ausgestaltet werden. Ihre Verletzung führt dann ohne weitere Mahnung zum Verzug.[[1]](#footnote-1)
Für den **Verbraucherbauvertrag** hat der Gesetzgeber in dem neuen Bauvertragsrecht (gültig für alle ab 1.1.2018 abgeschlossenen Bauverträge mit einem Verbraucher) unter § 650k Abs. 3 BGB vorgeschrieben, dass der Bauvertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung bzw. zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Das gilt aber nur für Verträge mit Verbrauchern.
**1. Bloße Vereinbarung des Fertigstellungszeitpunktes**Bei **kleineren und überschaubaren Vorhaben** vereinbaren die Parteien nicht selten lediglich den **Zeitpunkt der Fertigstellung**. Es ist dann Sache des AN, die erforderlichen Arbeiten so zu koordinieren, dass dieser Termin eingehalten werden kann.
***Beispiel:*** *Der AG beauftragt den AN mit der schlüsselfertigen Erstellung seines Wohnhauses. Im Vertrag heißt es: „Der AN verpflichtet sich, das Bauvorhaben bis spätestens 20.3.2012 schlüsselfertig zu erstellen und zu übergeben.“*
Derartige Regelungen sind praktisch zu handhaben und leicht zu überwachen. Ihr Nachteil liegt aber darin, dass der AG auf Verzögerungen im Bauablauf nicht angemessen reagieren kann. Der **AN ist dispositionsbefugt**. Er bestimmt den Arbeitsablauf und den Einsatz von Personal, Geräten und Material. Er wird - auch wenn Verzögerungen eingetreten sind und die Einhaltung des Fertigstellungstermins gefährdet erscheint - geltend machen, dass es seine Sache sei, wie er das Werk zum vorgesehenen Zeitpunkt fertigstelle. Der AG kann erst reagieren - § 323 Abs. 4 BGB – wenn **offensichtlich ist, dass der Fertigstellungstermin nicht eingehalten** werden kann. Das kann für ihn aber schwer zu beurteilen sein. Er geht, wenn er vorzeitig „die Notbremse zieht“, ein hohes Risiko ein. Er ist daher nicht selten gezwungen, den vereinbarten Fertigstellungstermin abzuwarten, obwohl schon frühzeitig erkennbar ist, dass der AN ihn nicht einhalten wird.
**2. Vereinbarung von Zwischen-/Einzelfristen durch Einbeziehung von Bauablaufplänen**Anders liegt es bei größeren Vorhaben, an denen verschiedene AN beteiligt sind. Hier werden in aller Regel **komplizierte Bauablaufpläne** erstellt, in denen im Einzelnen festgelegt ist, welche Arbeiten zu welchem Zeitpunkt ausgeführt werden sollen. Diese Pläne können vom Bauherrn/Architekten stammen, der die Arbeiten der verschiedenen AN koordinieren muss. Sie können aber auch von dem beauftragten GU erstellt worden sein, der seinerseits die Tätigkeit seiner Nachunternehmer koordinieren muss.
**Problem:** Verteilung der Planungsverantwortung; Vorsicht bei nachträglicher Vervollständigung unzureichender Vorgaben
**a. Verschiedene Arten von Ablaufplänen**Nur beispielhaft sollen einige Arten von Plänen, die den Bauablauf und die Fristen und Termine regeln sollen, aufgezählt werden: **- Terminlisten**: Hier werden die einzelnen Arbeitsvorgänge in bestimmter Reihenfolge aufgeführt. Es wird die vorgesehene Dauer der Tätigkeit angegeben und der Zeitraum, in dem sie ausgeführt werden soll. Bei komplexeren Vorhaben dient diese Darstellungsform aber nur als Vorgabe für die weitere Terminplanung. Ihr Vorteil liegt in ihrer leichten Überschaubarkeit, ihr Nachteil in ihrer geringen Aussagekraft. Die Abhängigkeit der einzelnen Arbeitsvorgänge voneinander wird nämlich nicht erkennbar.

* **Balkenplan:** Die Technik wurde Ende des 19. Jahrhunderts von *Gantt*entwickelt, man spricht deshalb auch vom Gantt-Diagramm. Der Balkenplan ist ein sehr häufig eingesetztes Mittel der Terminplanung. Dabei wird in einem Koordinatensystem die horizontal abgebildete zeitliche Komponente in Beziehung zur vertikalen Abbildung der Arbeitsabschnitte bzw. Tätigkeiten gesetzt. Die Einzelvorgänge werden dabei als Balken schematisiert, deren Länge der jeweils aufzuwendenden Zeit entspricht.

Diese Art der Darstellung hat große Vorteile. Man sieht auf einen Blick, welche Arbeiten insgesamt vorgesehen sind, wann sie aufgeführt werden sollen und welche Arbeiten zeitgleich ausgeführt werden sollen. Der AG sieht auf einen Blick, ob alle AN zum vorgesehenen Zeitpunkt tätig sind. Der AN kann sehr schnell überblicken, ob Personal und Geräte ausgelastet sind oder für andere Arbeiten zur Verfügung stehen. Alle Beteiligten können den Fortschritt der Arbeiten gut kontrollieren. Andererseits darf man die Vorteile nicht überschätzen. Nicht selten verlangt der AG einen Terminplan für 2000 einzelne Vorgänge. Das ist mit den entsprechenden Computer-Programmen problemlos zu machen, auch auf sehr kleinem Format. Die angestrebte Übersichtlichkeit geht dabei aber verloren. Ein weiterer Nachteil liegt darin, dass der Balkenplan nur den zeitlichen Ablauf und die Koordination der Arbeiten wiedergibt, die Abhängigkeit der einzelnen Arbeiten voneinander aber nicht erkennen lässt.
- **Netzplan:** Beruht auf einer komplizierten mathematischen Grundlage, der *Graphentheorie.* Im Prinzip werden einzelne Tätigkeiten durch Anordnungsbeziehungen miteinander verknüpft. Im Ergebnis entsteht ein komplexes Beziehungsgefüge mit Vorläufer- und Nachfolgervorgängen. Die **DIN 69 900** regelt verschiedene Varianten. In der Bauwirtschaft ist die **„Vorgangsknotennetzplantechnik“** vorherrschend. Reine Netzpläne sind aber sehr selten, da extrem aufwändig. Man findet sie aber in baubetrieblichen Gutachten über die Auswirkungen komplexer Ablaufstörungen. Der große Vorteil besteht darin, dass sie die zeitliche Abhängigkeit der einzelnen Arbeiten deutlich machen.
- **Vernetzte Balkenpläne:** Der Balkenplan zeigt die zeitlichen und technologischen Abhängigkeiten der einzelnen Vorgänge voneinander nicht auf. Um seine Aussagekraft zu verstärken, werden die Vorteile der Balkenplantechnik und der Netzplantechnik zusammengeführt. Mit Hilfe des vernetzten Balkenplanes können die Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Vorgängen aufgezeigt werden.

Das ist deshalb wichtig, weil nur so erkennbar ist, ob die Arbeiten überhaupt zeitgleich ausgeführt werden können.
Dabei zeigt sich, dass bei jedem Terminplan zwischen **terminkritischen** und **nicht terminkritischen Arbeiten** unterschieden werden muss. Terminkritische Arbeiten können hinsichtlich Zeitdauer und Ausführungsart nicht variiert werden. Es gibt keine **Pufferzeit.** Anfang, Ende und Dauer können nicht verschoben werden, ohne den gesamten Zeitplan und den Fertigstellungstermin zu gefährden. Man spricht vom **kritischen Weg** oder **kritischen Pfad**. Demgegenüber können nicht terminkritische Vorgänge innerhalb bestimmter Grenzen verschoben oder verlängert werden. Die Zeitreserve wird als **Pufferzeit** oder **Puffer** bezeichnet. Wem „der Puffer gehört“, ist in der baurechtlichen Literatur sehr umstritten.[[2]](#footnote-2) M. E. ist das eine Frage der Vertragsauslegung. Es kann sein, dass der AG den Zeitpuffer in seine Planung eingebaut hat. Es kann aber auch sein, dass der AN eine zeitliche Reserve vorgesehen hat, um besser disponieren zu können.
**b. Maßgebend ist das jeweilige Vertragsverhältnis**Den Baujuristen interessieren diese Pläne aber nur, wenn sie durch Einbeziehung in das jeweilige Vertragsverhältnis zum Vertragsbestandteil geworden sind. Dabei muss sehr genau zwischen den **einzelnen Vertragsverhältnissen unterschieden** und geprüft werden, ob und welche Fristen jeweils vereinbart sind.
 **AG/Investor
 |**
 **GU**
 **|**
 **Nachunternehmer**
 **|**
 **Weiterer Nach-, Folge- oder Subunternehmer**
In der Praxis kommt es gar nicht selten vor, dass Vertragsfristen nicht „weitergereicht“ werden, der Nachunternehmer also versäumt, die Einhaltung der mit dem GU vereinbarten Frist durch entsprechende Vereinbarung mit dem Subunternehmer abzusichern.

**c. Die Einbeziehung der Bauablaufpläne in den jeweiligen Vertrag
Grundsatz: Pläne, die den Bauablauf regeln, sind nur dann verbindlich, wenn die Vertragsparteien diese Fristen und Termine verbindlich miteinander vereinbart haben = Vertragsfristen.**Also:
Es nützt nichts, wenn der Architekt einen ausgefeilten Bauablaufplan in der Schublade liegen hat, dieser aber nicht zum Gegenstand des Vertrages mit dem GU gemacht worden ist.
Das ist hinsichtlich der **Einzelfristen** häufig problematisch. Zum einen ist nicht immer ganz klar, ob die Einzelfristen in dem bei Vertragsabschluss vorliegenden Bauzeitenplan ebenfalls als **verbindliche Vertragsfristen** vereinbart sein sollen. Das ist eine Frage der Vertragsauslegung.[[3]](#footnote-3) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B gelten in einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen nur dann als Vertragsfristen, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist. Das geht auch in AGB.[[4]](#footnote-4) Anderenfalls handelt es sich nur um eine **unverbindliche Kontrollfrist**. Die „flächendeckende Erhebung“ aller Zwischenfristen zu verbindlichen Vertragsfristen ist aber nicht ratsam, weil damit die Zeitpuffer für alle Baubeteiligten eliminiert werden. Als Vertragsfrist werden daher in der Regel nur **wichtige Projektmeilensteine** definiert, wie die Fertigstellung der Vorleistungen für Nachunternehmer (Baugrube), größere Bauabschnitte (bestimmte Ebenen, Rohbau), Fertigstellung bestimmter Nutzereinheiten oder der Zeitpunkt der gänzlichen oder teilweisen Inbetriebnahmefähigkeit.[[5]](#footnote-5)
Zum anderen hat sehr häufig der **Bauzeitenplan**, auf den der AG sich später stützt, bei Vertragsschluss **noch gar nicht oder nicht in dieser Form vorgelegen**. Dann kann er auch nicht zur Vertragsgrundlage geworden sein. Sehr häufig sind die dem Vertrag zugrundeliegenden Ablaufpläne auch schon **bei oder kurz nach Baubeginn gegenstandslos**. Manchmal ist auch den Vertragsparteien schon bei Vertragsschluss klar, dass der einbezogene Bauzeitenplan **längst überholt** ist.
Es muss also im Einzelfall sehr genau überprüft werden, ob und welche Fristen in dem jeweiligen Vertragsverhältnis zu verbindlichen Vertragsfristen erhoben worden sind.
**Exkurs: Baubegleitende Planung[[6]](#footnote-6)**

**3. Einzelfälle:
- BGH 11.4.2013 – VII ZR 201/12:**„Soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, schuldet ein Gerüstbauer die Vorhaltung des Gerüstes so lange, wie es für die Ausführung der Bauarbeiten am Bauwerk benötigt wird.Haben die Parteien eines Gerüstbauvertrages Einheitspreise nach Gerüstmaß und Zeit vereinbart, kann die in den Vertrag der Parteien einbezogene VOB/B und damit die Vergütungsregelung in § 2 Abs. 3 VOB/B bei Überschreitung des vertraglichen Zeitmaßes anwendbar sein.“In dem zugrundeliegenden Fall sah der Vertrag eine bestimmte Dauer für die Vorhaltung des Gerüstes vor. Das BV verzögerte sich. Der Gerüstbauer verlangte nunmehr die Vereinbarung einer völlig neuen und satt kalkulierten Vergütung, der Besteller wollte nur die Vertragspreise fortzahlen bzw. aus der Auftragskalkulation heraus fortschreiben.

**IV. Sonderfall: Verzögerte Vergabe**Der BGH hat sich in einer Reihe von Entscheidungen zu der Frage geäußert, welche Folgen sich für die Bestimmung der Bauzeit und die Vergütung des AN aus Verzögerungen im Vergabeverfahren ergeben können.
***Fall:*** *Der öffentliche Auftraggeber hat den Bau einer neuen Autobahnstrecke von 120 km Länge ausgeschrieben. Die Zuschlags- und die Angebotsbindefrist enden am 15.11.2010. Vorgesehener Baubeginn ist der 1.3.2011. Es kommt zu einem Vergabenachprüfungsverfahren. Die Bieter erklären sich mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden, zunächst bis zum 10.1.2011, dann bis zum 10.3.2011. An diesem Tag erfolgt auch der Zuschlag. AN macht geltend, der Vertrag müsse in zeitlicher Hinsicht angepasst werden, da der vorgesehene Baubeginn nicht mehr eingehalten werden könne. Ihm stehe wegen der verzögerungsbedingten Mehrkosten ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zu. Der öffentliche AG steht auf dem Standpunkt, der Auftrag sei mit Zuschlag erteilt worden. Dadurch verschiebe sich automatisch der vertragliche Ausführungsbeginn. Ein zusätzlicher Vergütungsanspruch stehe dem AN nicht zu, da es an einer nachträglichen ändernden Anordnung fehle.*Der BGH hat dazu erklärt, der **Vertrag komme mit Zuschlag** zu den ausgeschriebenen Bedingungen zustande, auch **mit den ausgeschriebenen Ausführungsfristen und Terminen**. Dass diese nicht mehr einzuhalten oder bereits überschritten seien, spiele keine Rolle, da es sich nicht um Fixtermine handele. Diese **Termine seien aber den veränderten Gegebenheiten anzupassen**. Anzupassen sei auch der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B.Diese Entscheidung ist für die AN von großer Bedeutung.***Weiter zum Fall****: Der AN macht geltend, der Baubeginn habe sich damit auf den 1.7.2011 verschoben. Er kündigt zusätzliche Vergütungsansprüche an und trägt zur Begründung vor: Er benötige für den Unterbau große Mengen Schotter. Diesen habe er bislang von seinem Schotterlieferanten für 5,50 € pro to. bezogen. Der langfristige Liefervertrag sei aber inzwischen ausgelaufen. Auf dem freien Markt koste der Schotter etwa 9,00 € pro to. Überdies halte sich einer seiner Subunternehmer nicht mehr an die vertraglichen Vereinbarungen gebunden.*Im Prinzip ist ihm zuzustimmen. Die **Bauzeit** ist den veränderten Gegebenheiten **anzupassen**. Er kann auch die **Mehrkosten** geltend machen, die sich aus der **Verschiebung des Baubeginns** ergeben, nicht aber – so jedenfalls der BGH – die Mehrkosten, die sich allein aus der **Verschiebung des** **Zuschlagstermins** ergeben. Wichtig: Die Preisanpassung erfolgt nicht durch Herleitung des neuen Preises aus der (Ur)-Kalkulation = „vorkalkulatorische Preisfortschreibung“, sondern auf Basis der tatsächlich entstandenen Mehr- oder Minderkosten.
**Fundstellen:**BGH 11.05.2009 – VII ZR 11/08 (AG trägt das Verzögerungsrisiko)BGH 10.09.2009 – VII ZR 255/08 (Verhandlungsverfahren)BGH 10.09.2009 – VII ZR 82/08 (Alte Ausführungsfrist)BGH 10.09.2009 – VII ZR 152/08 (Tatsächliche Mehrkosten entscheidend)BGH 26.11.2009 – VII ZR 131/08 (§ 2 Abs. 5 VOB/B analog)BGH 22.07.2010 – VII ZR 129/09 (auch Schadensersatz)BGH 22.07.2010 – VII ZR 213/08 (zur Berechnung)BGH 25.11.2010 – VII ZR 201/08 (zur Bestimmung der Fristen)BGH 08.03.2012 – VII ZR 202/09 (zur Berechnung)BGH 06.09.2012 – VII ZR 193/10 (Verhandlung)BGH 10.01.2013 – VII ZR 37/11 (Verfahrensrisiko)BGH 26.04.2018 – VII ZR 81/17 (Vorhaltekosten)

**V. Ergebnis**Die **Bauzeit** ist für die Bauvertragsparteien **von erheblicher Bedeutung**. Die **gesetzliche Regelung** ist völlig **unzureichend**. Auch die **VOB/B** überlässt es den Vertragsparteien, **genaue vertragliche Regelungen über die Bauzeit** – Ausführungsbeginn, Zwischenfristen, Fertigstellungstermin – zu treffen. Besonderheiten gibt es bei **Verzögerungen im öffentlichen Vergabeverfahren**. Hier kommt der Vertrag mit den ausgeschriebenen Fristen und Terminen zustande, auch wenn diese nicht mehr einzuhalten sind. Die Termine müssen dann aber den veränderten Gegebenheiten angepasst werden.

**B. „Ablaufstörungen“ durch Anfall von Mehrmengen, Änderungen des Bauentwurfs, Zusatzaufträge und „Erschwernisse“**Die Erstellung eines Bauvorhabens ist ein komplizierter Prozess, der sich nur schwer so planen lässt, dass der Ablaufplan ohne Änderungen durchgehalten werden kann. In aller Regel stellt sich sehr schnell heraus, dass die Planung nicht allen Umständen Rechnung getragen hat. Es kommt zu Mengenmehrungen im Sinne von § 2 Abs. 3 VOB/B, der AG ändert den Bauentwurf §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B, er erteilt zusätzliche Anordnungen im Sinne von §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B. Alle diese Umstände können Auswirkungen auf die Bauzeit haben, zu einer Verschiebung der vereinbarten Fristen und Termine führen und letztlich – gar nicht selten – den vereinbarten Terminplan gegenstandslos werden lassen.[[7]](#footnote-7) Sie können aber auch zusätzliche Vergütungsansprüche, Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz auslösen.
***Fall:*** *Der AG/Investor hat den AN/GU mit der Erstellung eines größeren Bauvorhabens beauftragt. Die VOB/B ist vereinbart. Die Parteien haben – vertragsstrafenbewehrt - den Termin für den Baubeginn, eine Reihe von Einzelfristen für die Erreichung bestimmter Zwischenstände und einen Termin für die bezugsfertige Fertigstellung des Projektes vereinbart. Sie haben darüber hinaus vereinbart, dass der AG das Baugrundstück zu einem bestimmten Termin bereitzustellen und zu bestimmten Zeitpunkten die Ausführungspläne zur Verfügung zu stellen hat. Die Bereitstellung des Baugrundstücks verzögert sich, die endgütigen Ausführungspläne werden teilweise verspätet vorgelegt (teilweise lagen aber schon Vorentwürfe vor, nach denen gearbeitet werden konnte, möglicherweise aber nicht musste), es erweisen sich zusätzliche Arbeiten als erforderlich, der AG ändert an verschiedenen Stellen die Planung, die Baustelle war zeitweise sehr dünn besetzt, ein Kran ist umgefallen, es kam zu einem ungeklärten Wasserschaden, der AN hat stellenweise mangelhaft gearbeitet, so dass schon während der Ausführung zeitaufwändige Mangelbeseitigungsarbeiten anfielen. Das alles führte zu erheblichen Verzögerungen.*Dazu: **I. Mehr- und Mindermengen, § 2 Abs. 3 VOB/B
Lit.:** **Althaus**, Vorkalkulatorische Preisfortschreibung: Werden ganze Bibliotheken zu Makulatur? BauR 2019, 1501; **Markus**, Richterliche Preiskontrolle mit Hilfe von § 2 III Nr. 2 VOB/B? NZBau 2020, 67; **Retzlaff**, Wie funktioniert § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B? BauR 2020, 517;

Die auszuführenden Mengen und Massen werden in den Vordersätzen des LV nur geschätzt.
**Exkurs: Aufbau des LV**Diese Schätzung kann genau und zutreffend sein. Es kann sich aber auch bei Ausführung des Vorhabens ergeben, dass – obwohl keine ändernden Anordnungen erfolgt sind – tatsächlich deutlich mehr oder weniger ausgeführt werden muss.
***Beispiel:*** *Der AN ist – EP-Vertrag - mit dem Bau einer Straße beauftragt. Als Unterbau soll eine Schotterschicht eingebaut werden. Im LV sind 50 to ausgeschrieben. Die vereinbarte Vergütung für Lieferung und Einbau beträgt 30,- €/to. In seiner Kalkulation hat der AN 25,- € Materialkosten vorgesehen. Die Schätzung im LV erweist sich als sehr ungenau. Tatsächlich müssen – ohne irgendwelche Änderungen des Bauentwurfs – 80 to. verbaut werden. Der AN fragt sich, ob diese Mengenmehrung irgendwelche Folgen für die vereinbarte Bauzeit und die vereinbarte Vergütung hat.*

**1. Vergütung
a. BGB-Vertrag**Das BGB sieht für Mehrmengen eine Preisanpassungsmöglichkeit nicht vor, sieht man einmal von den Möglichkeiten einer ergänzenden Vertragsauslegung oder einer Vertragsanpassung nach den Grundsätzen zum Wegfall der GG gemäß § 313 BGB ab. Hier dürften insbesondere für die Frage der ergänzenden Vertragsauslegung die Erwägungen eine Rolle spielen, die der BGH in der zur VOB-Regelung erlassenen Entscheidung vom 8.8.2019 – VII ZR 34/18 - angestellt hat, die im nächsten Abschnitt erörtert wird. Gleichwohl bleibt die Preisanpassung für Mehrmengen beim BGB-Vertrag ein schwieriges Kapitel.
**b. VOB/B**Die VOB/B trifft hier eine differenziertere Regelung und das aus gutem Grund: Die angegebenen Mengen und Massen sind nicht nur unverbindliche Schätzwerte, sondern die **Kalkulationsgrundlage des Unternehmers**.
**Exkurs: Grundsätze der Kalkulation! Wie kalkuliert U den angebotenen EP? (EKT, Personalkosten, Materialkosten, Baustellengemeinkosten BGK, Allgemeine Geschäftskosten AGK, Wagnis und Gewinn); Eventualpositionen; Spekulationspreise; offene und verdeckte Gewinnpositionen; Bedeutung des Zeitfaktors.
*Fortsetzung des Beispielsfalls****: Der AN hat vor Abgabe des Angebotes den Preis bei seinem Schotterlieferanten abgefragt und sofort 50 to für 25,- €/to. bestellt. Als er jetzt 30 to nachbestellt, erfährt er, dass der Schotterpreis inzwischen bei 65,- €/to. liegt.*Nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VOB/B bleibt AN bis zu einer **Mengenmehrung** von 10 % an seinen Vertragspreis gebunden. Er muss also 55 to. für die vereinbarte Vergütung liefern und einbauen. Anders ist es bei **Mengenminderungen.** Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist bei Minderungen um mehr als 10% für die **gesamte Leistung** ein **neuer Vertragspreis** zu bilden. Auch das hat einen guten Grund:
***Beispiel:*** *Der AN hat die Kosten der Baustelleneinrichtung - 10.000,- € - nicht gesondert ausgewiesen, sondern als BGK in die Einheitspreise eingearbeitet. Kommt es jetzt zu einer Mengenminderung um 20%, ist ein entsprechender Anteil aus den Kosten der Baustelleneinrichtung - 2.000,- € - ungedeckt. Das ist nur zu verhindern, wenn man sämtliche Vertragspreise neu kalkuliert und die – fixen – Kosten der Baustelleneinrichtung auf die tatsächlich ausgeführten Mengen umlegt.*Wie der neue Preis für die über 110% hinausgehenden Mehrmengen zu errechnen ist und ob dabei – so die bislang herrschende Meinung in der baurechtlichen Literatur – zwingend die kalkulierten Vertragspreise fortzuschreiben sind = vorkalkulatorische Preisfortschreibung, war schon immer umstritten.[[8]](#footnote-8)
Dazu hat der BGH nunmehr in
**- BGH Urt. v. 8.8.2019 – VII ZR 34/18 – eine Grundsatzentscheidung erlassen:
„a) Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Absatz 3 Nummer 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.
b) Abgesehen von der in § 2 Absatz 3 Nummer 2 VOB/B vorgesehenen Einigung auf einen neuen Einheitspreis können die Vertragsparteien sowohl bei Vertragsschluss für den ungewissen Fall, dass Mengenmehrungen im Sinne dieser Bestimmung eintreten, als auch nachträglich, sobald aufgrund konkret eingetretener Mehrmengen ein neuer Einheitspreis verlangt wird, sich über einzelne Teilelemente der Preisbildung verständigen. Sie können etwa einen bestimmten Maßstab beziehungsweise einzelne Kriterien oder Faktoren festlegen, nach denen im konkreten Fall der neue Einheitspreis nach § 2 Absatz 3 Nummer 2 VOB/B bestimmt werden soll.
c) Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Absatz 3 Nummer 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.
d) Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass – wenn nichts anderes vereinbart ist – für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Absatz 3 Nummer 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.“**Das bedeutet – sofern nichts anderes vereinbart ist – die Abkehr von der „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ und die Hinwendung zu einer Neuberechnung auf Basis der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ wie sie der Gesetzgeber auch in der Neuregelung des § 650c Abs. 1 BGB vorgesehen hat.[[9]](#footnote-9)

In seiner weiteren Entscheidung **BGH Urt. v. 21.11.2019 - VII ZR 10/19 -** hat sich der BGH ergänzend geäußert:
**„Der Anspruch auf Vereinbarung eines neuen Preises nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B setzt nach dem Wortlaut der Klausel nur voraus, dass die ausgeführte Menge den im Vertrag angegebenen Mengenansatz um mehr als 10% überschreitet und eine Partei die Vereinbarung eines neuen Preises verlangt. Dagegen ergibt sich aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht, dass eine auf die Mengenmehrung kausal zurückzuführende Veränderung der im ursprünglichen Einheitspreis veranschlagten Kosten Voraussetzung für den Anspruch auf Vereinbarung eines neuen Preises ist (Anschluss an BGH, Urt. v. 8.8.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766).“**

**2. Bauzeit
a. BGB-Vertrag**Das BGB sieht eine Möglichkeit, die Bauzeit den veränderten Gegebenheiten anzupassen, nicht vor. Man könnte auch hier allenfalls an eine ergänzende Vertragsauslegung oder eine Anpassung der Bauzeitvereinbarung wegen Wegfalls der GG § 313 BGB denken. Das greift aber nur in Ausnahmefällen. Liegen die nicht vor, ist der AN trotz der Mengenmehrung an die Bauzeitvereinbarung gebunden.
**b. VOB/B-Vertrag**Die VOB/B trifft auch hier eine differenziertere Regelung, die den Besonderheiten des Bauvertrags besser gerecht wird. Die ungenauen Mengenangaben in den Vordersätzen des LV stellen eine aus dem Risikobereich des AG stammende Behinderung dar, die nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VOB/B zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen führen kann. Die Mehr- oder auch Mindermengen müssen also in einer Zeitbilanz erfasst werden, die Ausführungsfristen sind entsprechend zu verlängern. Streiten kann man nur darüber, ob die in § 2 Abs. 3 Nr. 1 genannte „Schmerzgrenze“ von 10% auch für die zeitliche Anpassung gilt.
 **II. Nachträgliche Änderungen des Bauentwurfs, Beauftragung zusätzlicher Leistungen**Ähnlich liegt es, wenn der AG den Bauablauf durch Änderungen des Bauentwurfs oder die Beauftragung zusätzlicher Leistungen „stört“.
***Beispiel:*** *Der AG lässt ein Wohnhaus errichten. Nach Aufnahme der Arbeiten teilt er dem AN mit, es solle auch im OG Parkett verlegt werden, das Wohnzimmerfenster solle nun doch in die Südwand, statt der einfachen Garage wünsche er eine Doppelgarage.* **1. Vergütung
Neuere Literatur:** Drittler, Preisfortschreibung nach neuer und alter Ordnung, oder: Die missverstandene Korbion’sche Preisformel, BauR 2018, 1927**;
a. BGB-Vertrag**Beim BGB-Vertrag war der AG bislang zu solchen Anordnungen überhaupt nicht berechtigt, wenn man nicht aus der Kooperationspflicht der Bauvertragsparteien bzw. aus § 242 BGB die Verpflichtung des AN herleitete, sich auf diese Änderungswünsche einzulassen. Es ging also nur im Wege der Vertragsänderung. Damit konnte auch eine Vergütungsvereinbarung einhergehen. Häufig ist das aber nicht so einfach zu machen, weil die Mehr- und Minderleistungen erst noch durchkalkuliert werden müssen. Dann konnte man wunderschön darüber streiten, ob und wie auf Basis der Vertragspreise abzurechnen ist und welche Vergütung sich daraus ergibt bzw. ob man zusätzliche Leistungen nicht mit der üblichen Vergütung ansetzen kann.
Der Gesetzgeber hat aber durch das am 1.1.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts in § 650 b und c BGB für die an dem Stichtag geschlossenen Bauverträge das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers und seine Vergütungsfolgen geregelt, allerdings abweichend von den Vorschriften der VOB/B.
**„§ 650b Änderung des Vertrags, Anordnungsrecht des Bestellers
(1) Begehrt der Besteller
1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§631 Abs. 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,
streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle eine Änderung nach Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.
(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“**

**„650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2
(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.
(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.
(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632 a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80% einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.“**Die Neuregelung wirft eine Fülle von Fragen und Problemen auf, die von der Rechtsprechung zu klären sein werden.

**b. VOB/B-Vertrag**Die VOB/B trifft hierfür eine besondere Regelung. Nach § 1 Abs. 3 VOB/B ist der AG zu einseitigen Änderungen des Bauentwurfs – „technische Änderungen“ -und nach § 1 Abs. 4 VOB/B auch in gewissem Umfang zur Anordnung von zusätzlichen Leistungen befugt, muss dafür aber nach § 2 Abs. 5 bzw. 6 VOB/B eine zusätzliche Vergütung zahlen. Auch deren Berechnung kann aber erhebliche Probleme bereiten. Klar ist aber, dass hier auch der **zeitliche Mehraufwand mit abzugelten** ist. Kann der AN den noch nicht überschauen, kann er sich die Nachforderung dafür vorbehalten = „Technischer Nachtrag unter Vorbehalt des Zeitnachtrags“. Ist das aus seinem Nachtragsangebot nicht zu entnehmen, darf der AG davon ausgehen, dass von dem Nachtragsangebot auch der zeitliche Mehraufwand abgedeckt ist.[[10]](#footnote-10)Abgedeckt ist allerdings nur der zeitliche Mehraufwand, der durch die Änderung des Bauentwurfs unmittelbar veranlasst ist. Kommt es dadurch zu weiteren Verschiebungen, Verzögerungen oder Behinderungen im Bauablauf, bedürfen diese einer gesonderten Betrachtung – „komplexe Ablaufstörungen“.Ziel: Die Parteien sollen an ihren vertraglichen Vereinbarungen festgehalten werden. Die kalkulierten Deckungsbeiträge für AGK und BGK sollen dem AN erhalten bleiben. Im Übrigen soll – so die bislang herrschende Meinung in der baurechtlichen Literatur - der neue Preis aus der (Ur-) Kalkulation des Vertragspreises hergeleitet werden. Ob das zwingend bzw. richtig ist, war aber schon immer umstritten.[[11]](#footnote-11)Dazu hat sich der **- BGH Urt. v. 14.3.2013 – VII ZR 142/12**zunächst sehr vorsichtig geäußert:
**„Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrundeliegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.
Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass – soweit wie möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.
Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.“**Nunmehr hat der BGH sich aber – wie oben zu § 2 Abs. 3 VOB/B schon dargestellt - in
- **BGH Urt. v. 8.8.2019 – VII ZR 34/18**
zu einer **Grundsatzentscheidung** zur **Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 3 VOB/B** durchgerungen, die auch für die **Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 5** **VOB/B** maßgebend sein dürfte = **Abkehr von der „vorkalkulatorischen** **Preisfortschreibung“** und **Hinwendung zur Anknüpfung an die tatsächlich** **erforderlichen Mehr- oder Minderkosten**, wie der Gesetzgeber sie nunmehr auch in § 650c Abs. 1 BGB vorgesehen hat.Auf die zu § 2 Abs. 3 VOB/B angestellten Erwägungen kann daher verwiesen werden.

**Weitere neue Rechtsprechung zur** **Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs:**

**OLG Hamm, Urteil vom 9.5.2018 – 12 U 88/17, BauR 2018, 1884:
„Hat ein Auftragnehmer eine Leistungsposition mit einem geringeren Einheitspreis angeboten, als ihm selbst vom Nachunternehmer angeboten worden ist, so entspricht es dem Grundverständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, diesen kalkulierten Verlust betragsmäßig auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben.“**
**KG, Urteil vom 10.7.2018 – 21 U 30/17, BauR 2019, 1738:
„1. Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Absatz 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen.
2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.
3. Soweit der Unternehmer die Werkleistung durch einen Nachunternehmer erbringen lässt, liegen seine Mehrkosten in der Mehrvergütung, die er aufgrund einer Leistungsänderung an diesen entrichten muss, solange diese Mehrvergütung marktgerecht ist.
4. Übersteigt die einem Bauunternehmer zugesagte Vergütung die Kosten, die ihm durch die Vertragserfüllung tatsächlich entstehen, so dass er einen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns erwirtschaftet, ist bei Ermittlung des Mehrvergütungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B der entsprechende Zuschlagsfaktor auch auf die änderungsbedingten Mehrkosten anzuwenden („guter Preis bleibt guter Preis“).
5. Auch bei der Ermittlung dieses Zuschlagsfaktors kommt es im Streitfall nicht auf den vom Unternehmer kalkulierten Wert, sondern auf den Faktor an, der in Anbetracht der tatsächlichen Kosten des Bauvorhabens und der Vergütungshöhe zutreffend ist.
6. Auch wenn die Vergütung des Unternehmers zur Deckung seiner Kosten nicht auskömmlich ist, beläuft sich sein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B stets zumindest auf seine änderungsbedingten Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns.
7. Dieser angemessene Zuschlagsfaktor beträgt analog §§ 649 Satz 3 und 648a Abs. 5 Satz 3 BGB a.F. mindestens 100/95 = 20/19 = 1.0526.
8. Für Bauprozesse folgt hieraus: Ein Bauunternehmer hat seinen Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B jedenfalls in Höhe eines Sockelbetrages schlüssig dargelegt, wenn er die ihm durch die Leistungsänderung tatsächlich entstandenen Mehrkosten vorgetragen hat. Ist dies geschehen, muss der Unternehmer die Kalkulation seiner Vergütung nicht weiter darlegen.“**Ich bin sehr gespannt, was der BGH dazu sagen wird.[[12]](#footnote-12)

Dazu weiter:
**KG, Urt. v. 27.8.2019 – 21 U 160/18, BauR 2019, 1931:
„Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.
2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.
3. Allerdings dient die Kalkulation dazu, die Kosten anzugeben, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen.
Daraus folgt: Soweit die Kalkulation, auf die sich ein Unternehmer in einem Rechtsstreit bezieht, unstreitig bleibt, ist die von ihm auf dieser Grundlage errechnete Mehrvergütung im Zweifel auf Grundlage seiner tatsächlichen Mehrkosten ermittelt und also maßgeblich nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.
4. Ist es nach der einem Vertrag zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung unklar, ob der Unternehmer eine bestimmte Leistung in die vereinbarte Vergütung hätte einkalkulieren müssen, so gibt es keine allgemeine Regel, dass diese Unklarheit generell zu seinen Lasten oder umgekehrt zu Lasten des Bestellers zu lösen wäre. Maßgeblich ist vielmehr die Auslegung der Leistungsbeschreibung aus der Sicht einer objektiven Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.“**

**2. Bauzeit
a. BGB-Vertrag**Der Gesetzgeber hat dem Besteller nunmehr in § 650b BGB für die ab 1.1.2018 abgeschlossenen Bauverträge ein einseitiges Anordnungsrecht eingeräumt, ohne aber gleichzeitig die bauzeitlichen Folgen der ändernden Anordnung zu regeln. Wenn die Parteien daher über die beabsichtigte Änderungsanordnung und ihre Folgen verhandeln, sollte unbedingt auch über die Bauzeit gesprochen werden. Wird das versäumt, stellt sich die Frage, ob nicht im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** die Bauzeit angepasst werden kann. Bei aufwändigeren Änderungswünschen liegt das nahe. Die Regelung des § 6 Abs. 2 VOB/B lässt sich dann auf den BGB-Vertrag übertragen, § 242 BGB.
Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, bleibt der AN an die vereinbarte Bauzeit gebunden.
**b. VOB/B-Vertrag**Auch hier können sich die Parteien natürlich über die Änderungswünsche und ihre zeitlichen Folgen verständigen.
Geschieht das nicht und macht der AG von seinem Anordnungsrecht Gebrauch, liegt darin – auch wenn es sich um eine rechtmäßige Anordnung handelt – eine Behinderung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lt. a VOB/B, die zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen führen kann.
**Exkurs: Zeitliches Anordnungsrecht des AG, Beschleunigungsanordnung**

**III. Schlechtes Wetter, Baugrundprobleme
a. Schlechtes Wetter
Neuere Lit.:** Otto/Senkel, Entwicklung des „normalen“ Wetters aus baubetrieblicher Sicht, BauR 2019, 24; Motzke, Bauumstände, Bauzeit und das Wetter, BauR 2018, 581;
Dazu nunmehr
**- BGH Urt. v. 20.4.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361:
„Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung i. S. d. § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.“**Das bedeutet: Die außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnisse stellen zwar eine Behinderung dar, die zur einer Verlängerung der Ausführungsfristen gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B führen kann, rechtfertigen aber keinen Mehrvergütungsanspruch gemäß §§ 2 Abs. 5 bzw. 6 oder § 6 Abs. 6 VOB/B i. V. m. § 642 BGB. **b. Baugrundprobleme**Nicht selten stellt sich während der Bauausführung heraus, dass der Baugrund Besonderheiten aufweist, mit denen eine der Parteien bzw. beide Parteien nicht gerechnet haben:- hoher Grundwasserstand- kontaminierter Boden- Felsboden- Baugrund nicht hinreichend tragfähig- Munitionsfunde- archäologisch wertvolle Bodenfunde.In aller Regel will der Auftraggeber, dass das Vorhaben gleichwohl ausgeführt wird und ordnet zumindest konkludent die Fortsetzung der Arbeiten unter den geänderten Bedingungen an. Gestritten wird dann regelmäßig über die Frage, wer die Mehrkosten zu tragen hat und ob sich die Ausführungsfristen ändern. Das ist eine Frage der Vertragsauslegung. Zu warnen ist daher vor allen **„Baugrundrisikolehren“**, die ohne Rücksicht auf den Parteiwillen die Rechtsfolgen solcher Erschwernisse einer der Parteien – in der Regel dem Auftraggeber – auferlegen wollen. Der Auftragnehmer ist nämlich nicht gehindert, erkennbare Risiken auf sich zu nehmen. Hat er das getan, muss er die vereinbarte Leistung für die in aller Regel insoweit pauschalisierte Vergütung ausführen und das innerhalb der vereinbarten Fristen. Ist das Risiko aber dem Auftraggeber zuzurechnen, kann der Auftragnehmer die Anpassung seiner Vergütungsansprüche und ggf. auch der Vertragsfristen verlangen.

Beispiele aus der Rechtsprechung:
**- BGH 22.12.2011 – VII ZR 67/11** (Der öffentliche Auftraggeber muss grundsätzlich in der Ausschreibung Angaben dazu machen, wenn kontaminierter Boden zu entfernen ist. Anderenfalls darf Bieter von nicht kontaminiertem Boden ausgehen. Anders dann, wenn auf Grund der Umstände – Boden unter Asphaltschicht – von Kontamination auszugehen ist, so hier der SV).
**- BGH 21.3.2013 – VII ZR 122/11** (Allein die Möglichkeit, dass Kontaminationen vorliegen könnten, reicht nicht aus.)
**- BGH 20.6.2013 – VII ZR 103/12** (Abweichung vom Bodengutachten macht eine aufwändigere Gründung erforderlich; ordnet AG Fortführung der Arbeiten an: § 2 Abs. 5 VOB/B; Risikoverlagerung durch AGB auf AN ist dahin eng auszulegen, dass dieses Risiko nicht übertragen werden sollte.)
**- BGH 12.9.2013 – VII ZR 227/11** (Darf Bieter annehmen, dass eine Hochspannungsfreileitung, die dem Einsatz eines Kranes entgegensteht, vor Arbeitsbeginn entfernt werden muss, darf er – wenn keine entgegenstehenden Anhaltspunkte vorliegen – auch annehmen, dass sie für die Dauer der Arbeiten entfernt bleibt. AN muss nicht auf derartige Unklarheiten in der Ausschreibung hinweisen, AG muss vielmehr sorgfältig ausschreiben; keine Auslegung zu Lasten des AN bei Unklarheiten; kein ungewöhnliches Wagnis.)

**IV. Die Fortschreibung der Aufwandswerte/Preise und ihre Grenzen bei „vorkalkulatorischer Preisfortschreibung“**Auch nach der gesetzlichen Neuregelung in § 650c Abs. 1 und 2 BGB und der Grundsatzentscheidung des BGH im Urteil vom 8.8.2019 – VII ZR 34/18 – ist die „vorkalkulatorische Preisfortschreibung“ nicht „vom Tisch“. Die dazu entwickelten Grundsätze gelten fort, wenn die Parteien ihre Anwendung – ausdrücklich oder konkludent - wirksam vereinbart haben. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber in § 650c Abs. 2 BGB ausdrücklich offengehalten, ebenso der BGH in seiner oben erwähnten Grundsatzentscheidung. Nach wie vor spielt daher - liegt eine solche Vereinbarung vor - auch die Frage eine Rolle, wo bei Anwendung der Grundsätze zur „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ die Grenzen zu ziehen sind, um nicht hinnehmbare Störungen des Äquivalenzverhältnisses zu verhindern. **Fall 1:** Der AG will eine 50 km lange Straße durch das Sauerland bauen. Klar ist, dass Unmengen von Grünzeug entsorgt werden müssen. Im LV sind aber – warum auch immer – nur 50 m³ ausgeschrieben. Der erfahrene Bieter sieht sofort, dass hier mengenmäßig viel Luft nach oben ist. Er bietet die Leistung zu einem viel zu hohen Preis an. Das fällt zunächst nicht auf, weil der Gesamtpreis dieser Position wegen der geringen Mengenangabe nicht ins Gewicht fällt. Es wird ein EP-Vertrag geschlossen. Der Bieter = AN entsorgt voller Freude 25.000 m³ und rechnet die zum überhöhten Vertragspreis ab. **Fall 2:[[13]](#footnote-13)** Im LV ist der Stahlpreis gesondert ausgeworfen und zwar pro kg. Der Kalkulator trägt versehentlich den Preis pro to ein. Das fällt zunächst nicht auf. Nach Fertigstellung rechnet der AN über die eingebaute Menge und die angefallenen Mehrmengen entsprechend ab. Er sagt, er wisse auch nicht, wie es zu dieser ungewöhnlichen Preisbildung gekommen sei. Aber schon *Korbion* habe immer gesagt: „Guter Preis bleibt guter Preis“. **Fall 3:**[[14]](#footnote-14) Nach dem LV soll der AN insgesamt 50 Wanddurchführungen 40x40 cm anlegen. Er hat dafür einen zeitlichen Aufwandswert von 140 Minuten/Durchführung kalkuliert statt der eigentlich erforderlichen 7 Minuten/Durchführung. Als tatsächlich notwendig erweisen sich 4.725 Durchführungen 20x20 cm. Der AN verlangt nunmehr für diese Anzahl einen geringfügig herabgesetzten EP, wobei er den zeitlichen Aufwandswert von eigentlich erforderlichen 6 Minuten/Durchführung 20x 20 cm mit 120 Minuten/Durchführung ansetzt = Fortschreibung des (übersetzten) kalkulierten Aufwandswertes.Folgt man den zur **„vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“** entwickelten Grundsätzen, sind bei der Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistungen/geänderten Leistungen/Zusatzleistungen die von dem AN kalkulierten Aufwandswerte und Preise fortzuschreiben. Der Grund liegt auf der Hand: Die Parteien bewegen sich in einem wirksamen Vertragsverhältnis mit fest vereinbarten Leistungspflichten. Die vereinbarten Preise gelten im Prinzip auch für Mehrmengen oder – um *Korbion* zu zitieren -: **„Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“.**Dieser Grundsatz gilt aber nicht unbegrenzt. Es gilt vielmehr – wie auch an anderer Stelle – das uralte **Zöllnermotto: „Irgendwo ist die Grenze!“[[15]](#footnote-15)** Das hat auch der BGH so gesehen und den Gerichten in mehreren Fällen, die erstaunlicherweise bis in die höchste Instanz getrieben worden sind, das nötige Handwerkszeug an die Hand gegeben, um die schlimmsten Auswüchse der „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ in den Griff zu bekommen: **- Sittenwidrigkeit des Preisfortschreibungsverlangens –** BGH Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06 (um mehr als das 800-fache überhöhter EP) und Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 68/10, **- Änderung der Geschäftsgrundlage –** BGH Beschl. v. 23.3.2011 – VII ZR 216/08 und Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 68/10 (etwa 20-fach überhöhte zeitliche Aufwandswerte für die oben geschilderten Wanddurchführungen), **- Rechtsmissbräuchliche Durchsetzung überhöhter Einheitspreise –** BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 68/10 – und BGH Urt. v. 14.3.2013 – VII ZR 116/12.

**V. Zwischenergebnis:**Es kann aufgrund von Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 VOB/B, angeordneten Leistungsänderungen im Sinne von § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 5 VOB/B oder Zusatzleistungen im Sinne von § 1 Abs. 4, § 2 Abs. 6 VOB/B zu zeitlichem Mehraufwand des AN und zu einer daraus resultierenden Bauzeitverlängerung/Verzögerung kommen. Für diesen Mehraufwand – auch den zeitlichen – kann dem AN ein zusätzlicher Zahlungsanspruch zustehen, bei dem es sich um einen **vertraglichen Vergütungsanspruch** handelt und nicht um einen Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch. Der Anspruch ist verschuldensunabhängig. Der zeitliche Mehraufwand ist bei der Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung/geänderte Leistung/Zusatzleistung „einzuarbeiten“.

**C. Behinderungen durch vertragswidriges Verhalten der Parteien**Darüber hinaus kann es zu einer Vielzahl von **Störungen und Behinderungen** im Bauablauf kommen, die teils dem AG, teils dem AN, manchmal auch keinem von beiden eindeutig zuzurechnen sind. Rechtlich kann es sich bei diesen Behinderungen um **schuldhafte Vertragsverletzungen im Sinne von § 280 Abs. 1** BGB handeln, um die **Verletzung von Obliegenheiten**, an deren Erfüllung der Vertragspartner ein **mehr oder weniger großes schutzwürdiges Interesse** hat, aber auch um **Vorgänge, die keinerlei Rechtsfolgen auslösen**. Jede einzelne Störung des Bauablaufs muss daher für sich betrachtet und rechtlich selbständig darauf untersucht werden, welche Folge sich daraus für die Bauzeit ergeben bzw. welche sonstigen Rechte und Ansprüche die Parteien daraus herleiten können. Schon das kann große Probleme bereiten. Hinzu kommt, dass es eine **Fülle von Vorschriften** gibt, die die Bauzeit und die Folgen solcher Ablaufstörungen regeln sollen. Im Folgenden will ich daher zunächst einen **Überblick über die wichtigsten Regelungen** geben und sodann einige immer **wieder vorkommende Grundfälle** näher erörtern.

**I. Überblick über die wichtigsten Regelungen
1. BGB
- § 271 BGB**Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.
**- § 323 Abs. 4 BGB**Wenn der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag die fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt, kann der Gläubiger, wenn er erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.
**- § 280 BGB**Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des entstandenen Schadens verlangen. Das gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB verlangen.
**- § 286 BGB**Leistet der Schuldner auch auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er in Verzug.
Einer Mahnung bedarf es nicht,
- wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
- der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender bestimmen lässt, oder
- der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.
**- § 642 BGB**Kommt der Besteller durch das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug, kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen.
**- § 643 BGB**Der Unternehmer ist in diesem Fall berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht innerhalb der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.
**- § 648 BGB „freie Kündigung“ (früher § 649 BGB)**Der Besteller kann den Vertrag jederzeit kündigen, allerdings nur mit den in der Vorschrift näher geregelten Vergütungsfolgen.
**- § 648a BGB – Kündigung aus wichtigem Grund**Der Gesetzgeber hat nunmehr für die ab 1.1.2018 geschlossenen Bauverträge die Kündigung aus wichtigen Grund ausdrücklich vorgesehen, dabei aber im Wesentlichen die insoweit ergangene bisherige Rechtsprechung zugrunde gelegt.

**2. VOB/B**
**- § 2 Abs. 5 VOB/B**
Werden durch eine Anordnung 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.
**- § 4 Abs. 7 VOB/B**AN muss erkannte Mängel schon während der Ausführung beseitigen; ggf. Schadensersatz. AG kann Frist setzen und Auftragsentziehung androhen, **§ 8 Abs. 3 VOB/B.
- § 5 Abs. 1 VOB/B**Der AN muss die Arbeiten nach den **verbindlichen Fristen** (Vertragsfristen) beginnen, angemessen fördern und vollenden. Einzelfristen in einem Bauzeitenplan gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist.
**- § 6 Abs. 1 VOB/B**Glaubt sich der AN in der ordnungsgemäßen Ausführung der Arbeiten **behindert**, hat er dies dem AG **unverzüglich schriftlich anzuzeigen**. Unterlässt er diese Anzeige, hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn diese und ihre hindernde Wirkung dem AG bekannt waren.
**- § 6 Abs. 2 VOB/B
Ausführungsfristen werden verlängert**, soweit die Behinderung verursacht ist ….. **- § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B**Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.
**- § 6 Abs. 3 VOB/B**Der AN muss alles tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Sobald die hindernden Umstände weggefallen sind, hat er ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wiederaufzunehmen und den AG davon zu verständigen.
**- § 6 Abs. 4 VOB/B**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.
**- § 6 Abs. 6 VOB/B**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 und grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB, sofern die Anzeige nach Abs. 1 Satz 1 erfolgt oder die Offenkundigkeit nach Abs. 1 Satz 2 gegeben ist.
**- § 8 Abs. 3 VOB/B**AG kann aus wichtigem Grund kündigen!
**Wichtig:
Sollen Ansprüche wegen Ablaufstörungen geltend gemacht werden, muss sich der Vortrag an diesen Normen und ihren jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen orientieren. Dazu näher unter III.**

**II. Einige häufig vorkommende Fallkonstellationen
1. Behinderung durch vertragswidriges Verhalten des AG, § 6 VOB/B**Zu einer Bauzeitverlängerung kann es durch das vertragswidrige Verhalten des AG kommen, der seine Mitwirkungspflichten/Obliegenheiten nicht erfüllt.[[16]](#footnote-16)
***Beispiel:*** *Als der AN zum vereinbarten Termin die Arbeiten aufnehmen will, stellt sich heraus, dass das Grundstück noch gar nicht bebaubar ist (der Altbau ist noch nicht vollständig beseitigt), die Baugenehmigung noch nicht vorliegt und ein Anschluss für Wasser und Strom fehlt.* **a. Folgen für die Bauzeit**§ 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VOB/B:
Es handelt sich um Behinderungen aus dem Risikobereich des AG; der AN muss die Behinderung anzeigen, soweit sie nicht offenkundig ist; auf das **Verschulden des AG kommt es nicht an**; es reicht, dass die Behinderung aus seinem Risikobereich stammt; wichtig: **Kausalität** zwischen „Umstand“ und Behinderung.
Folge:
**„Automatische“ Fristverlängerung** nach Abs. 4 mit **Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten** und die etwaige **Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit**; keine Vereinbarung oder Zustimmungserklärung des AG erforderlich. Bei beiderseitiger Verursachung eventuell § 254 BGB analog. Basis ist der Bauzeitenplan**.
Exkurs: Bauzeitenplan, modifizierter Bauzeitenplan, Soll-Ablaufplan, Soll‘-Ablaufplan**Bei der Berechnung der neuen Frist sind alle baubetrieblich relevanten Umstände zu berücksichtigen. Grundlage ist der vereinbarte Bauzeitenplan.
**Folge:
Kein Verzug des AN, wenn er innerhalb der neuen Frist leistet, keine Vertragsstrafe!
Erhebliche Verzögerungen können die Vertragsstrafenvereinbarung sogar komplett entfallen lassen.[[17]](#footnote-17)**Im Prozess muss der AN aber eine bauablaufbezogene Darstellung der hindernden Umstände vorlegen und dafür ggf. vollen Beweis erbringen, § 286 ZPO. Dazu näher unter III. **b. Finanzielle Folgen**§ 6 Abs. 6 VOB/B: Schadensersatz
- Pflichtverletzung des AG; Verschulden
- Behinderung, Kausalität (muss ausreichend dokumentiert werden!)
- Behinderungsanzeige (BGH Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722)
- Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese (bauablaufbezogene Darstellung; Vergleich Soll -/ Ist-Ablauf; welche zusätzlichen Kosten sind angefallen?) **2. Behinderung durch Obliegenheitsverletzung des AG, § 642 BGB**
§ 642 BGB: Verschuldensunabhängiger **Entschädigungsanspruch** bei Gläubigerverzug; Anknüpfung an die Mitwirkungsobliegenheit des AG; unterlässt er die ihm obliegende Mitwirkung und gerät er dadurch in Gläubigerverzug, steht dem AN ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zu.
**Exkurs: Mitwirkungspflichten bzw. Mitteilungsobliegenheiten des AG: Bereitstellung der Pläne; auch die pünktliche Bereitstellung einer mangelfreien Vorunternehmerleistung? (Glasfassadenurteil des BGH vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06; Leupertz BauR 2010, 1999, 2008).
Beim VOB-Vertrag ist auch eine schriftliche Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 VOB/B erforderlich (BGH Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/99; jetzt auch § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B).
Folge: Entschädigung**Wie diese zu berechnen ist, ist sehr umstritten.[[18]](#footnote-18)
Klar ist: Es handelt sich wohl um einen **vergütungsähnlichen Anspruch.** In die Berechnung einzustellen sind alle verzögerungsbedingten Folgen:
- Gerätestillstandskosten
- Verwaltungsmehraufwand
- zusätzliche Mietkosten für Maschinen
- BGK
- AKG
aber auch etwa ersparte Aufwendungen.
Streitig war lange, ob die Entschädigung nur für den **Zeitraum des Annahmeverzugs** geschuldet ist[[19]](#footnote-19) oder – wofür der Gesetzeszweck wohl eher spricht – für den **Zeitraum, um den sich die Herstellung infolge des Annahmeverzugs verzögert**.[[20]](#footnote-20) Der BGH hat diese Frage jetzt durch
**- Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NZBau 2018, 25**
dahin entschieden, dass eine Entschädigung nur für den Zeitraum des Annahmeverzuges geschuldet sei. Zu den Anforderungen an die baubegleitende Darstellung hat der BGH leider nichts gesagt.
Ob die frühere Rechtsprechung des BGH[[21]](#footnote-21), nach der kalkulierte **Zuschläge für Wagnis** **und Gewinn** nicht zu berücksichtigen sind[[22]](#footnote-22), richtig war, war sehr zweifelhaft, weil auch Wagnis und Gewinn Elemente der vereinbarten Vergütung sind.[[23]](#footnote-23) So sieht es jetzt auch wohl der BGH in der oben angeführten Entscheidung.
**Zur Berechnung des Anspruchs aus § 642 BGB:
KG Urt. v. 29.1.2019 – 21 U 122/18, NZBau 2019, 637:
„1. Kann ein Werkunternehmer während des Annahmeverzugs des Bestellers die Vergütung aus dem gestörten Werkvertrag nicht wie vorgesehen erwirtschaften, steht ihm für diesen Umsatznachteil keine Entschädigung aus § 642 BGB zu.
2. Begehrt ein Werkunternehmer Entschädigung für den Vorhalt von Arbeitskräften während des Annahmeverzugs, so hat er darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er die Arbeitskräfte im fraglichen Zeitraum nicht anderweitig einsetzen konnte.
3. Auch wenn die VOB/B von einer Vertragspartei ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen und die Kontrolle daher gem. § 310 I 3 BGB eingeschränkt ist, ist sie gem. § 305c II BGB verwenderfeindlich auszulegen.
4. Zeigt der Besteller dem Unternehmer die Umstände an, die seinen Annahmeverzug begründen, so liegt in einer solchen Verzugsmitteilung in aller Regel eine Leistungsänderung gem. § 2 V VOB/B, so dass dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch nach dieser Vorschrift zustehen kann.
5. In diesem Fall besteht der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 V VOB/B neben demjenigen aus § 642 BGB. Im Unterschied zu § 642 BGB gewährt er auch eine Mehrvergütung für annahmeverzugsbedingte Kostensteigerungen.
6. Ein Bauvertrag begründet im Grundsatz keine terminbezogenen Pflichten des Bestellers, auch wenn die Parteien Vertragsfristen vereinbart haben (vgl. BGHZ 143, 32 = NZBau 2000, 187). In diesem Fall ist die Mitwirkung des Bestellers zur Einhaltung der Ausführungsfristen generell nicht als vertragliche (Neben-) Pflicht, sondern nur als Obliegenheit ausgestaltet, sodass dem Unternehmer bei Störungen des Bauablaufs keine Ansprüche aus § 6 VI VOB/B oder §§ 280, 286 BGB zustehen.“

3. Kündigung des AG wegen vertragswidrigen Verhaltens des AN
*Beispiel:*** *Der AN hat die Arbeiten erst eine Woche zu spät aufgenommen; die Baustelle ist völlig unzureichend besetzt; es treten grobe Mängel auf; auf Beanstandungen reagiert er nicht; stattdessen macht er die Fortführung der Arbeiten von einer saftigen Vorauszahlung abhängig. Der AG möchte kündigen.***Exkurs: Schlusszahlung, Abschlagszahlung, Vorauszahlung
a. BGB-Vertrag
aa. Freie Kündigung, § 648 BGB n. F.**Spielt in der Praxis keine große Rolle. AN behält nämlich seinen Vergütungsanspruch, muss sich aber anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder böswillig zu erwerben unterlassen hat.[[24]](#footnote-24) Ein **geschäftsbezogenes Wagnis** wird durch die Kündigung nicht erspart.[[25]](#footnote-25) AN erfährt durch die Kündigung also keine Vor- oder Nachteile. AG verliert Anspruch auf die Leistung, muss aber - mit den dargestellten Einschränkungen – selbst für die nicht erbrachten Leistungen zahlen. Daran ist er nicht interessiert.[[26]](#footnote-26)
**bb. Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund, § 648a BGB n.F.**Mit dem am 1.1.2018 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts hat der Gesetzgeber das außerordentliche Kündigungsrecht ausdrücklich für Werkverträge vorgesehen, § 648 a n. F. BGB.
**Voraussetzung: wichtiger Grund, schwerwiegende Vertragsverletzung
Beispiele:**Täuschung über die besondere Eignung für die Arbeiten; Festhalten an unberechtigter Kündigung; grobe Ausführungsfehler; unberechtigte Drohung mit Arbeitseinstellung; Drohung mit Arbeitseinstellung, wenn Vergütung nicht angehoben wird; Leistungsverweigerung; unzumutbare Verzögerung, Fertigstellungstermin wird nicht eingehalten werden können; Täuschung, Bestechung.
**Aber Vorsicht:**Die gesetzliche Regelung darf nicht durch das Kündigungsrecht ausgehebelt werden. Dem **Rücktritt** hat nach § 323 Abs. 3 BGB grundsätzlich eine **Abmahnung** vorauszugehen. Das gilt auch für das Kündigungsrecht. Die Abmahnung ist aber entbehrlich, wenn dem § 323 Abs. 2 BGB vergleichbare Umstände vorliegen. Im Zweifel abmahnen!
Die **Kündigung** muss – so BGH – **nicht begründet** werden, es können auch später Gründe nachgeschoben werden, die im Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt waren. Das führt häufig dazu, dass die Anwälte versuchen, eine – eigentlich freie – **Kündigung nachträglich** in eine Kündigung aus wichtigem Grund **„umzuwandeln“**.
Die **unberechtigte Kündigung** aus wichtigem Grund ist nicht wirkungslos, sondern in der Regel **in eine freie Kündigung nach § 648 BGB n. F. umzudeuten**, wenn dem Verhalten des AG zu entnehmen ist, dass das Vertragsverhältnis auf jeden Fall beendet werden sollte (BGH Urt. v. 26.7.2001 – X ZR 162/99; 24.7.2003 – VII ZR 218/02).
**Folge der Kündigung aus wichtigem Grund:
Vertragsverhältnis** wird **beendet**; erbrachte Leistungen sind nur zu vergüten, soweit sie verwertbar sind; nicht erbrachte Leistungen sind überhaupt nicht zu vergüten. Der AG steht also deutlich besser als bei freier Kündigung nach § 648 BGB n. F.
**cc. Form der Kündigung**Nach § 650h BGB n. F. bedarf die Kündigung des Bauvertrags der Schriftform. **b. VOB/B-Vertrag**Die VOB/B enthält **verschiedene Kündigungstatbestände**, die in ihrem Anwendungsbereich die **gesetzlichen Regelungen des § 323 BGB ausschließen**. Die Kündigung muss **immer schriftlich** erklärt werden, § 8 Abs. 5 VOB/B.
Dazu:
**§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B**Freies Kündigungsrecht ähnlich wie § 649 BGB
**§ 8 Abs. 2 VOB/B**Kündigung in der (wirtschaftlichen) Krise des AN
**§ 8 Abs. 4 VOB/B**Kündigung nach Wettbewerbsbeschränkung
**§§ 8 Abs. 3, 5 Abs. 4, 4 Abs. 7 VOB/B**Kündigung wegen **Verzögerung** bzw. **mangelhafter Leistung**, der wohl wichtigste Fall.
**§ 5 Abs. 4 VOB/B** enthält **drei Verzögerungstatbestände**:
- Verzögerter Beginn,
- Verzug mit Vollendung,
- unzureichende Ausstattung der Baustelle.
Nach Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung kann AG kündigen. Aber Vorsicht: Wenn AN zu Recht **Behinderungen angezeigt** hat, können sich die Fristen verschoben haben, § 6 Abs. 2 VOB/B. Die Kündigung des AG kann dann seinerseits eine Pflichtverletzung darstellen, auf die AN ein Kündigungsrecht stützen kann.
**Daneben: Recht zur außerordentlichen Kündigung**Wie beim BGB-Vertrag. Auch hier dürfen aber die VOB/B-Regelungen nicht „ausgehebelt“ werden. Bei mangelhafter oder zögerlicher Ausführung ist daher in der Regel eine Kündigung mit Fristsetzung erforderlich.
**§ 6 Abs. 7 VOB/B**Kündigung nach Unterbrechung

**III. Die Geltendmachung des Behinderungsschadens im Prozess**kann große Schwierigkeiten bereiten. **Literatur**: *Kornet,* Die Behandlung von AGK in gestörten Bauabläufen, BauR 2016, 1386 **1. Problem: „Komplexe Ablaufstörungen“**Sehr häufig werden Bauzeitverzögerungen ausgelöst durch eine Vielzahl von Störungstatbeständen, die sich nicht immer eindeutig zuordnen bzw. voneinander abgrenzen lassen:
**Mengenänderungen** § 2 Abs. 3 VOB/B
**Änderungen des Bauentwurfs** §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B
**Zusatzleistungen** §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B
**Nicht beauftragte, aber notwendige Leistungen** § 2 Abs. 8 VOB/B
**Behinderungen** im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB
**Wirbelstürme, Grippewellen, Fußballweltmeisterschaft**Alle diese Störungen haben zusammen zu einer Bauzeitverzögerung von 6 Monaten geführt = **„komplexe Ablaufstörung“.
2. Anforderungen an die Darlegung und Beweisführung
a. Grundsatz:**Wir haben oben gesehen, dass hier ganz unterschiedliche rechtliche Regelungen greifen mit ganz eigenen Tatbestandsvoraussetzungen und unterschiedlichen Rechtsfolgen. Teilweise ist der neue Preis aus der (Ur-)-Kalkulation herzuleiten, teilweise kommt es auf die tatsächlich entstandenen Mehr- oder Minderkosten an. Teilweise kommt es auf das Verschulden an, teilweise spielt das Verschulden keine Rolle.
Daran muss sich der Vortrag im Prozess orientieren.
Das bedeutet:
**Die einzelnen Störungstatbestände – so der BGH - müssen für sich betrachtet und bewertet werden, keine „wertende Gesamtbetrachtung“ der Gesamtstörung.**Das kann im Einzelfall außerordentlich schwierig sein, weil- die einzelnen Störungen und ihre Folgen sich nur schwer isoliert betrachten und bewerten lassen und  **-** weil sie nicht selten nur unzureichend dokumentiert sind.
Das ändert aber nichts daran, dass die **Rechtsprechung hohe Anforderungen** an die Darlegungs- und Beweislast desjenigen stellt, der aus solchen Störungen Ansprüche herleitet. Er muss differenziert vortragen zu den einzelnen Störungen und ihren Folgen und im Einzelnen darlegen, dass die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind. Er muss im Prinzip auch darlegen, dass die eingetretene Störung nicht „aufgefangen“ werden konnte.
Dazu:
**- BGH Urt. v. 21.3.2002 – VII ZR 224/00**: Zur konkreten Darlegung der Ansprüche ist eine bauablaufbezogene Darstellung erforderlich. Allgemeine Hinweise zu den Folgen verzögerter Planlieferung sind nicht einmal eine geeignete Grundlage für eine Schadensschätzung.
**- BGH Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 141/03 und 225/03**: Erforderlich ist eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung und ihrer Folgen für den Bauablauf. Grundlage dieser Darlegung muss eine lückenlose nachvollziehbare Dokumentation des Bauablaufs sein, die im Regelfall baubegleitend zu erstellen ist.
**- BGH Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 141/03**: Die Frage, ob eine Pflichtverletzung zu einer Behinderung geführt hat, betrifft die haftungsbegründende Kausalität. Dem AN obliegt die volle Beweislast.
Diese hohen Anforderungen werden von den Instanzgerichten nicht selten noch weiter verschärft, um die Klagen sodann schon an der unzureichenden Darlegung des Anspruchs scheitern zu lassen.
**b. Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast**Der BGH hat aber gewisse Erleichterungen geschaffen, die die Instanzgerichte leider nicht immer zur Kenntnis nehmen: **-** bei **beiderseitiger Verursachung** der Verzögerung ist eine **Schätzung der Verursachungsanteile** erlaubt, die beiderseitige Verursachung muss aber feststehen. **-** im Bereich der **haftungsausfüllenden Kausalität** (etwa für die Bewertung der Folgen der Verzögerung) gilt **§ 287 ZPO**.Dazu: **- BGH Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 225/03**: AN muss darlegen und Beweis dafür erbringen, dass er behindert worden ist und die Behinderung die geltend gemachte Verzögerung verursacht hat. Die weiteren Folgen der Behinderung sind analog § 287 ZPO zu beurteilen. Hier ist eine einschätzende Bewertung durch den Tatrichter möglich. Das gilt auch für die Frage, inwieweit die nachgewiesene Behinderung zu einer Verlängerung der gesamten Bauzeit geführt hat.- **BGH Urt. v. 14.1.1993 – VII ZR 185/91**: Bei beiderseitiger Verursachung darf das Gericht die Anteile gemäß § 287 ZPO schätzen. **c. Welche Anforderungen an die Darlegung ergeben sich aus der BGH-rechtsprechung?**Erforderlich ist immer eine
 **genaue Dokumentation des Bauablaufs**durch- Bautagebuch- Tagesberichte- Behinderungsanzeigen (häufig inhaltlich unzureichend)- sonstige Korrespondenz- Terminpläne- Foto- oder Videodokumentation- notfalls Sachverständigengutachten **Grundsatz: Ohne Dokumentation kein Geld**Damit ist es aber noch nicht getan. Diese Dokumentation muss für den Prozess aufbereitet werden. Das geht in aller Regel nur durch eine
 **baubetriebliche Auswertung,**die durch die eigene Fachabteilung des AN oder einen externen Gutachter erstellt werden muss.
 **Der normale Baujurist kann das nicht!**Auch die baubetrieblichen Gutachten haben aber gelegentlich ihre Tücken. Nicht selten werden einseitig die Störungen der Gegenseite in den Soll‘-Ablaufplan eingearbeitet, die eigenen unstreitigen oder nicht bestreitbaren Störungen aber vernachlässigt. Es dürfen auch nur Störungen berücksichtigt werden, die tatsächlich auf dem „kritischen Weg“ liegen. ***Beispiel:*** *Die Ausführungspläne für das 12. OG müssen nach den vertraglichen Vereinbarungen am 2.10. vorliegen, werden aber erst am 12.10. vorgelegt. Die Verzögerung ist nicht zu bestreiten. Sie ist aber uninteressant, wenn - der AN auf Grund unzureichender Besetzung der Baustelle ohnehin erst beim 10. OG war, - auf Grundlage der vom AG freigegebenen „vorläufigen Pläne“ gearbeitet werden konnte.* **d. Die Anwendung dieser Grundsätze durch die Instanzgerichte**Nicht selten werden aber die vom BGH gestellten Anforderungen durch die Instanzgerichte dadurch verschärft, dass „unnatürlich hohe Anforderungen an die Darstellung gestellt werden“[[27]](#footnote-27), die kaum zu erfüllen sind. **- OLG Köln Urt. v. 28.1.2014 – 24 U 199/12 -, IBR 2014, 257:
„Die Ermittlung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs durch die theoretische Fortschreibung des Bauablaufs aufgrund von verschiedenen Einzelstörungssachverhalten genügt nicht den Anforderungen einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung.
Der Auftragnehmer muss nachweisen, dass die Bauzeit mit den kalkulierten Mitteln bei ungestörtem Bauablauf eingehalten worden wäre, er selbst im Zeitpunkt einer Behinderung leistungsbereit war, keine von ihm selbst verursachten Verzögerungen vorlagen und keine Umstände gegeben waren, die gegen eine Behinderung sprechen, z.B. in Form der Umstellung von Bauabläufen oder Inanspruchnahme von Pufferzeiten. Hierbei handelt es sich um Fragen des Haftungsgrunds, die einer Schätzung nicht zugänglich sind.“**

**- OLG Köln Beschl. v. 27.10.2014 – 11 U 70/13:
„Eine Verlängerung der Bauzeit begründet nur bei einer Anordnung des Auftraggebers einen Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Beruht die Verlängerung der Bauzeit auf sonstigen Behinderungen, kommen Ansprüche des Auftragnehmers nur aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder § 642 BGB in Betracht. Ein Auftraggeber kann, wenn er umfangreiche Leistungen nachträglich beauftragt, davon ausgehen, dass ihm der Auftragnehmer mit seinem Nachtragsangebot ein abschließendes Angebot aller durch den Nachtrag hervorgerufenen Mehrkosten macht; anderenfalls muss sich der Auftragnehmer künftig entstehende Mehrkosten wegen einer mit der Nachtragsbeauftragung verbundenen Bauablaufstörung vorbehalten. Bei der Beauftragung von Nachträgen bedarf es der vollständigen Darstellung des geplanten und des tatsächlichen Bauablaufs unter Berücksichtigung der dem Auftragnehmer unstreitig erteilten Nachtragsaufträge. Im Rahmen der Berechnung eines Anspruchs wegen Bauzeitverzögerungen muss der Auftragnehmer selbst verursachte Verzögerungen ebenso berücksichtigen wie die Erteilung von Nachtragsaufträgen. Eine Berechnung, die solche Faktoren außer Acht lässt, ist unschlüssig. Darzulegen ist in jedem Fall, wie der Auftragnehmer den Bauablauf geplant hatte, das heißt, welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte. Dem ist der tatsächliche Bauablauf gegenüberzustellen.**Bedeutet das, dass die Klagebegründung auch dann nicht mehr schlüssig ist, wenn der AG im Laufe des Verfahrens nachweist, dass es zu auftragnehmerseitigen Verzögerungen gekommen ist, die in der der Klageforderung zugrundeliegenden Berechnung des AN nicht vorkommen?

**- OLG Köln Beschl. v. 23.2.2015 – 17 U 35/14
„Für die Erstattung von Deckungsbeiträgen für Allgemeine Geschäftskosten (AGK) muss der Auftragnehmer darlegen, aus welchen Gründen diese – statt in der Kalkulation der vorgesehenen, aber verschobenen Leistungen – in den tatsächlich in diesem „Verzögerungszeitraum“ ausgeführten Werkleistungen für andere Auftraggeber oder sonstigen Ersatzmaßnahmen nicht enthalten waren.“**Das mag für „echte Füllaufträge“ zutreffen, die ohne die Verzögerung nicht hätten ausgeführt werden können. Davon ist hier aber keine Rede. Will das OLG Köln wirklich sagen, dass in den Verzögerungsfällen der AN von sich aus darlegen muss, dass er die Deckungsbeiträge für die AGK für den Verzögerungszeitraum auch nicht durch die in diesem Zeitraum für andere Auftraggeber erbrachten Leistungen erwirtschaftet hat? Muss er dazu wirklich darlegen, welche anderen Aufträge er in diesem Zeitraum ausgeführt hat, wie die Vertragspreise kalkuliert waren und in welchem Umfang dadurch AGK erwirtschaftet worden sind?Ich gehe davon aus, dass die Kölner Gerichte das Problem „Komplexe Bauablaufstörungen“ damit zwar nicht gelöst, aber jedenfalls für sich endgültig erledigt haben.Anders hat es aber das
- **KG, Urt. v. 10.1.2017 – 21 U 14/16, BauR 2017, 923**zum Umfang der erforderlichen bauablaufbezogenen Darstellung entschieden. Danach kann der Unternehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB beanspruchen, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät, weil er das Baugrundstück nicht bereitstellt. Dem Unternehmer steht dann eine Entschädigung zu, soweit ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein Vermögensnachteil entsteht. Nur die hierfür maßgeblichen Tatsachen muss er darlegen und beweisen. Eine weitergehende „bauablaufbezogene Darstellung“ ist nicht erforderlich. Die gemäß § 642 Abs. 2 BGB zu zahlende Entschädigung bemisst sich nach den verzögerungsbedingten Mehrkosten des Unternehmers, die einen Deckungsbeitrag für die AGK und einen Gewinnanteil umfassen, wenn und soweit solche Zuschläge bereits in den Vertragspreis einkalkuliert waren. Soweit die demnach für die Bemessung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 Abs. 2 BGB maßgebliche Kalkulation des Unternehmers nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, muss das Gericht die Ansätze des Unternehmers auf der Kostenelementebene seiner Kalkulation entsprechend korrigieren. Die hierfür erforderlichen Feststellungen kann das Gericht im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO treffen.Das KG löst damit den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB aus der Umklammerung einer schadensrechtlichen, der Differenzhypothese verpflichteten Betrachtungsweise (so schon BGH Urt. v. 24.1.2008 – VII ZR 280, 05). Der daraus resultierende Verzicht auf das Erfordernis einer bauablaufbezogenen Darstellung hindert das Gericht dann aber nicht, sich dem Sog der herrschenden Meinung ( OLG Köln Urt. v. 14.8.2003 – 12 U 114/02; OLG Jena Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 849/04; Glöckner BauR 2014, 368, 374; Sienz BauR 2014, 390; Leupertz BauR 2014, 381, 389) zu widersetzen und den Entschädigungsanspruch auch auf solche Umstände zu beziehen, die erst nach der Beendigung des Annahmeverzugs als kausale Folge mangelnder Mitwirkung des Bestellers entstanden sind. Darüber lässt sich streiten (Leupertz BauR 8/17, Editorial).
Der BGH hat das Urteil insoweit abgeändert, den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB auf den Zeitraum des Verzuges beschränkt, leider aber nichts zu den Anforderungen an die bauablaufbezogene Darstellung gesagt (BGH, Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

Zur **Kompensation durch Erträge aus anderen Vertragsverhältnissen** sagt
**OLG Brandenburg, Urt. v. 16.10.2019 – 4 U 80/18, BauR 2020, 644** zu Recht:
**„1. Ein Ausgleich in anderer Weise im Rahmen des § 2 Abs. 3 VOB/B setzt voraus, dass der Ausgleich auch tatsächlich erzielt worden ist.
2. Zweck des § 2 Abs. 3 VOB/B ist es , eine durch eine Mindermenge entstandene Äquivalenzstörung auszugleichen . Auf diese Leistung kann sich aber eine zusätzliche Leistung nur dann auswirken, wenn Leistung wie Gegenleistung gleichermaßen im Rahmen desselben Vertragsverhältnisses zu erbringen sind.
3. Auszugleichen ist auch die infolge der Mindermenge entstandene Unterdeckung des auf die genannte Position des Leistungsverzeichnisses entfallenden Anteils an dem vom Auftragnehmer kalkulierten Gewinn.“**Also keine Kompensation aus Erträgen aus einem anderen Vertragsverhältnis.

**D. Technische oder rechtliche Unausführbarkeit des Werks
Lit***.: Kniffka*, Die riskante Bauausführung – Haftung und Zurechnung, Baur 2017, 159)
***Beispiel:*** *Der GU hat sich verpflichtet, ein Bauwerk nach von ihm selbst zu erstellenden Plänen zu errichten. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Planung überhaupt nicht genehmigungsfähig ist bzw. technisch nicht in der vorgesehenen Weise umgesetzt werden kann.*Die **„Unmöglichkeit“ aus technischen oder rechtlichen Gründen** spielt im Baurecht traditionell **keine große Rolle**.
Bis zur Schuldrechtsreform – 1.1.2002 – galt zwar im Prinzip für alle Verträge § 306 BGB a. F. Danach war ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Die Rechtsprechung hat **§ 306 BGB a. F.** aber nur in seltenen Ausnahmefällen auf den Bauvertrag angewandt. Sie hat stattdessen eine **Garantiehaftung des Unternehmers** bejaht und ihn wegen Nichterfüllung haften lassen.
Nunmehr gilt **§ 311 a BGB**. Nach § 311 a Abs. 1 BGB steht es der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1-3 BGB nicht zu leisten braucht. Der Vertrag ist also wirksam. Der Unternehmer ist aber gleichwohl nicht verpflichtet, eine Bauleistung zu erbringen, die er nicht erbringen kann. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Erfüllung der Leistungspflicht aus tatsächlichen = technischen oder aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. Die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges muss aber wirklich unmöglich sein. Wenn sich der geschuldete Erfolg technisch auf eine andere Weise herbeiführen lässt, liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor.
Streiten lässt sich aber über die Frage, **ob und unter welchen Voraussetzungen** der Unternehmer **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** schuldet.
Teilweise wird dazu vertreten, der **„Garantiegedanke“ habe weiterhin Gültigkeit**; § 311 a BGB n.F. sei nur in den seltenen Fällen anwendbar, in denen auch nach altem Recht ausnahmsweise die Nichtigkeit des Vertrages bejaht worden sei (Voit BauR 2002, 149). Andere weisen darauf hin, dass auch **nach „neuem Recht“** in dem Versprechen der Leistung die **Übernahme einer Garantie** liegen könne mit entsprechenden Haftungsfolgen (Zimmer NJW 2002, 1, 3).
Nach anderer Auffassung in der Literatur (Teichmann BB 2001, 1485, 1487; Canaris JZ 2001, 499, 506) hat sich die Rechtslage aber durch die Neuregelung geändert. Die **Garantiehaftung des Unternehmers** sei damit **entfallen.** Ob der Besteller Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen verlangen könne, hänge nunmehr nach § 311 a Abs. 2 BGB davon ab, ob der **Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss gekannt bzw. seine Unkenntnis zu vertreten** habe. Der Unternehmer müsse sich also vor Vertragsschluss vergewissern, was rechtlich und tatsächlich möglich sei. Obliege ihm – wie im Ausgangsfall – die Erstellung der Planung und die Einholung der Baugenehmigung, müsse er sich ggf. durch eine Bauvoranfrage Gewissheit verschaffen. Die Prüfung der technischen Durchführbarkeit sei ohnehin seine Sache. Habe er diese Pflichten verletzt, hafte er auf Schadensersatz.
Der BGH hat sich nunmehr in zwei Entscheidungen erstmals seit der Schuldrechtsreform mit diesem Problem befasst und erklärt:
- **BGH Urt. v. 8.5.2014 – VII ZR 203/11 und Urt. v. 9.7.2014 – VII ZR 161/13
„Ist die vereinbarte Funktionalität einer Glasfassade (hier: uneingeschränkte Bruchsicherheit) technisch nicht zu verwirklichen, steht dem Auftraggeber als Mängelrecht ausschließlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 311 a Abs. 2 BGB zu.“**Hier hat der BGH die objektive Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB bejaht. Die Parteien hatten nämlich – so jedenfalls die Auslegung des BGH – die uneingeschränkte Bruchsicherheit der zu montierenden Glasfassade vereinbart, obwohl diese technisch nicht zu gewährleisten war, weil die vollständige Freiheit solcher Scheiben von Nickel-Sulfid-Einschlüssen technisch nicht zu gewährleisten ist, auch nicht durch einen Head-Soak-Test. Geht man aber davon aus, dass das in der Fachwelt bekannt ist, hätte man die Vereinbarung – beide Parteien waren vom Fach und hatten im Vertrag ausdrücklich auf den Head-Soak-Test verwiesen – vielleicht auch dahin auslegen können, dass der AN verpflichtet sein sollte, alle technischen Möglichkeiten zur Ausschaltung des Bruchrisikos auszuschöpfen, das verbleibende Restrisiko aber hinzunehmen sei.[[28]](#footnote-28)Folgt man dem BGH, besteht in diesen Fällen **kein Vorschussanspruch**, sondern lediglich – sofern die Voraussetzungen vorliegen – ein **Schadensersatzanspruch gemäß § 311 a BGB**, der – so der BGH – auch die Folgeschäden umfasst. Der AG könne also nach seiner Wahl **Schadensersatz statt der Leistung** oder **Ersatz seiner Aufwendungen** verlangen. Eine Haftung des AN sei nur ausgeschlossen, wenn er – hier fernliegend – das Risiko nicht gekannt habe und nicht habe kennen müssen. **Exkurs: „Die riskante Bauausführung“** (Vertragsauslegung, Risikoübernahme, Hinweispflichten)[[29]](#footnote-29)

**E. Die Corona-Pandemie – einige vorläufige Bemerkungen zu den vertragsrechtlichen Folgen**Die Corona-Pandemie legt derzeit große Teile der Wirtschaft lahm und hat - auch wenn hierzulande die Baustellen nicht stillgelegt worden sind - auch für die Bauwirtschaft schwerwiegende Folgen. Es gibt Schwierigkeiten bei der Lieferung von Baumaterialien, Grenzschließungen behindern den Einsatz von Baustellenpersonal, Auftraggeber und Auftragnehmer müssen weitreichende Vorkehrungen zum Schutz der Baubeteiligten treffen, das Betreten des Baugrundstücks kann behördlich verboten werden.
Die Diskussion im baurechtlichen Schrifttum hat gerade erst begonnen. Es zeigt sich aber schon jetzt, dass Corona sich auf sämtliche Bereiche des Bauens auswirkt. Ich will insbesondere die vergabe- und planungsrechtlichen Aspekte hier vernachlässigen und mich den vertragsrechtlichen Fragen – Bauzeit, Vergütung - zuwenden. Geht man darauf näher ein, zeigt sich sehr schnell, dass Corona den Baurechtler zwingt, sich mit einer ganzen Reihe schwieriger Rechtsfragen zu befassen, insbesondere solchen aus dem Allgemeinen Schuldrecht. Hier ist im Moment nur eine vorläufige Einschätzung möglich.

**I. Einige grundsätzliche Rechtsfragen**

**1. Unmöglichkeit § 275 Abs. 1 BGB**
Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB liegt nur bei dauerhafter Unmöglichkeit vor. Daran wird es bei Corona-bedingten Ablaufstörungen in aller Regel fehlen. Ganz klar ist das allerdings nicht. Der BGH hat nämlich einmal entschieden, dass vorübergehende, aber schon seit drei Jahren andauernde und zeitlich nicht abschätzbare Unruhen im Iran als Fall der (dauerhaften) Unmöglichkeit anzusehen seien.[[30]](#footnote-30)

**2. „Höhere Gewalt“**Das Gesetz kennt diesen Begriff jedenfalls nicht als Grundlage für eine vertragsrechtliche Risikozuweisung, sondern lediglich im Verjährungsrecht, bei der Regelung der Gastwirtshaftung bzw. im Reisevertragsrecht. Das bedeutet aber nicht, dass dieser Begriff bzw. die ihn ausfüllenden tatsächlichen Umstände vertragsrechtlich irrelevant wären. Das bedarf vielmehr einer genaueren Betrachtung. Zu klären ist, was man unter „höherer Gewalt“ zu verstehen hat, ob die zugrunde liegenden Umstände dem Risikobereich einer der Parteien zuzuordnen sind und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.
Im Baurecht versteht man unter „höherer Gewalt“ ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar war, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden konnte und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist.[[31]](#footnote-31) Das wird man für Corona im Prinzip bejahen können. So sieht es auch für die Bundeshochbauverwaltung der Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 23.3.2020 vor.
Schwieriger zu beantworten ist aber die Frage, ob und in welchem Umfang die Corona-bedingten Störungen aufgrund gesetzlicher Regelung oder vertraglicher Vereinbarung dem Risikobereich einer Partei zuzuordnen sind.
Das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB kennt durchaus derartige Risikozuweisungen, auch wenn der Begriff der höheren Gewalt bzw. die Corona-Pandemie hier (noch) keine Erwähnung finden. Anhaltspunkte für die Behandlung derartiger Störungen lassen sich aber möglicherweise gewinnen aus der BGH-Rechtsprechung zur Zuweisung des Witterungsrisikos[[32]](#footnote-32) und zur ausbleibenden Vorleistung des Vorunternehmers[[33]](#footnote-33).
Eine ausdrückliche Regelung findet aber in § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit.c VOB/B. Danach können in Fällen höherer Gewalt die Ausführungsfristen verlängert werden. Die Verlängerung der Ausführungsfristen kann erhebliche Folgen haben, insbesondere für Ansprüche aus §§ 280, 286 BGB auf Ersatz des Verzugsschadens bzw. für Vertragsstrafenansprüche.
Das zeitliche Risiko der Störung trägt danach der Auftraggeber.
Nur am Rande sei aber darauf hingewiesen, dass dafür nach § 6 Abs. 1 VOB/B eine Behinderungsanzeige mit detaillierter bauablaufbezogener Darstellung der Behinderung und ihrer konkreten Folgen erforderlich ist. Nur so ist es später möglich, die Corona-bedingten Verzögerungen von denen aus falscher Personaldisposition, zu später Materialbestellung, Kapazitätsbindung durch Mangelbeseitigung pp. abzugrenzen. Auch die Anforderungen an die bauablaufbezogene Darstellung der Behinderungen und die baubegleitend zu erstellende Dokumentation werden hoch sein.
Für den BGB-Vertrag könnten sich ähnliche Konsequenzen aus § 286 Abs. 4 BGB ergeben. Den Schuldner schützt das fehlende Verschulden vor Haftung.
Eine korrespondierende Regelung für zusätzliche Vergütungsansprüche wegen der Fristverlängerung findet sich in § 6 VOB/B aber nicht. § 6 Abs. 6 VOB/B kommt nicht in Betracht, weil die Corona-bedingten Verzögerungen nicht von dem Auftraggeber zu vertreten sind. Denkbar sind aber Ansprüche aus § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 642 BGB. Dazu unten mehr.
Vielfach haben die Parteien aber vorausschauend in ihren AGB Klauseln über die Risiko-Verteilung eingebaut, so genannte ***Force-Majeure-Klauseln***, etwa über Störungen der Lieferkette durch Seuchen oder andere Naturkatastrophen.[[34]](#footnote-34) Zu prüfen ist dann aber im jeweiligen Einzelfall, ob diese Klauseln wirksam vereinbart sind und einer Inhaltskontrolle standhalten.
Findet sich keine gesetzliche oder vertragliche Regelung über die Zuweisung des Corona-Risikos bzw. seiner Rechtsfolgen, gelten die allgemeinen Regeln. Da die höhere Gewalt von keiner der Parteien zu vertreten ist, scheiden alle Ansprüche aus, die Verschulden voraussetzen, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.
Im Übrigen hätte aber wohl jede Partei die Auswirkungen der Corona-Pandemie selbst zu tragen.[[35]](#footnote-35)
In den Risikobereich des Auftraggebers fällt danach die rechtzeitige Bereitstellung und die Zugänglichkeit des Baugrundstücks, die rechtzeitige Bereitstellung der Vorunternehmerleistungen, die rechtzeitige Vorlage der erforderlichen Pläne und das rechtzeitige Treffen aller wichtigen weiteren Entscheidungen. Darf auf behördliche Weisung die Baustelle nicht mehr betreten werden, fällt dieser Umstand in den Risikobereich des Auftraggebers.
In den Risikobereich des Auftragnehmers fällt es andererseits, wenn seine Mitarbeiter unter Quarantäne gestellt werden oder wegen angeordneter Schutzmaßnahmen nicht anreisen können.

**3. Wegfall der Geschäftsgrundlage § 313 BGB**Zweifelhaft ist, ob einem geltend gemachten Anspruch – etwa einem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB – der Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage entgegengehalten werden kann. Die Vorschrift ist eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben und ermöglicht unter engen Voraussetzungen eine Anpassung des Vertrages, wenn die zur Grundlage des Vertrages gewordenen Umstände sich schwerwiegend verändert haben und das Risiko nicht von einer Partei allein zu tragen ist.[[36]](#footnote-36)
Dem dürfte aber entgegenstehen, dass die Parteien - jedenfalls bei einem VOB/B-Vertrag - das Risiko der höheren Gewalt mitgeregelt haben. § 313 ist daher gar nicht anwendbar. Anders sieht die Rechtslage nur aus, wenn man annimmt, dass es sich bei der Corona-Pandemie um einen so krassen Fall der Störung handelt, dass man annehmen darf, dass die Parteien ihn nicht mitbedacht und mitgeregelt haben dürften.[[37]](#footnote-37)

**II. Folgen für die Ansprüche der Baubeteiligten**

**1. Verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche**scheiden aus, da keine der Parteien die Corona-Pandemie und ihre Folgen zu vertreten hat.

**2. Anpassung der Vertragsfristen**Insoweit wird auf die obenstehenden Ausführungen zu § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B verwiesen.

**3. Anspruch aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B**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. Die Corona-Pandemie als solche dürfte aber keine der Parteien zu vertreten haben, ebenso wenig ihre Folgen, soweit sie nicht auf eigenes Verschulden, etwa auf unterbliebene Hygiene-Maßnahmen zurückzuführen sind.

**4. Anspruch des Auftragnehmers aus § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB**Fällt die Störung in den Risikobereich des Auftraggebers, kommt ein Anspruch aus § 642 BGB in Betracht.
Die Vorschrift setzt voraus, dass der Besteller eine erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, etwa die rechtzeitige Bereitstellung des Baugrundstücks oder der erforderlichen Vorunternehmerleistungen. Ein Verschulden des Bestellers ist nicht erforderlich. Er muss aber in jedem Fall eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlassen haben. Verfügt die Behörde nach § 28 IfSG die Einstellung der Arbeiten, dürfte es nach der schon oben erwähnten „Witterungs-Rechtsprechung“ des BGH[[38]](#footnote-38) aber an einer unterlassenen Mitwirkungshandlung fehlen. Unklar ist, wie die Corona-bedingte Verzögerung der Bereitstellung der vereinbarten Vorunternehmerleistungen zu behandeln sein wird. Im Prinzip gilt dafür die bisherige BGH-Rechtsprechung[[39]](#footnote-39), nach der in diesen Fällen ein Entschädigungsanspruch besteht, ohne dass es insoweit auf ein Verschulden des Bestellers bzw. seines Vorunternehmers ankommt. Ob die Rechtsprechung daran aber auch in den Fällen der Corona-bedingten Verzögerung der Fertigstellung von Vorunternehmerleistungen uneingeschränkt festhalten wird, bleibt abzuwarten.
Dem Grunde nach gegeben ist der Anspruch aber sicherlich, wenn der Besteller die Arbeiten nicht ausführen lässt, um die weitere Entwicklung abzuwarten bzw. seine Liquidität zu schonen.[[40]](#footnote-40)
Die Rechtsprechung hat – wie oben schon dargelegt - den zeitlichen und inhaltlichen Umfang des Anspruchs aus § 642 BGB aber erheblich eingeschränkt.[[41]](#footnote-41)

**5. Ansprüche aus § 2 Abs. 5 VOB/B**sind ebenfalls vorstellbar, wenn der Auftraggeber ausdrücklich oder konkludent ändernde Anordnungen zur Vermeidung oder Behebung Corona-bedingter Störungen trifft. Auch hier spielen aber die oben angestellten Erwägungen zur Risikoverteilung im Bauvertrag eine maßgebende Rolle. Fällt die Störung in den Risikobereich des Auftragnehmers, kann er daraus auch dann keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B herleiten, wenn der Auftraggeber die unverzügliche Behebung der Störungsfolgen verlangt. Anders liegt es aber wiederum, wenn sich die Ausführungsfrist gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B Corona-bedingt verschiebt, der Auftraggeber aber die Einhaltung der ursprünglich vereinbarten Fristen verlangt. Hier ist ein zusätzlicher Vergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B vorstellbar.

**6. Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B**Danach können beide Parteien den Vertrag kündigen, wenn die Baustelle länger als drei Monate stillliegt. Das gilt auch für den Auftraggeber, auch wenn der BGH höhere Gewalt wie Hochwasser seiner Risikosphäre zuordnet.[[42]](#footnote-42)

Jansen

1. Eschenbruch, BauR 2019, 1215 [↑](#footnote-ref-1)
2. Dazu Markus, „Zeitreserven („Puffer“) im gestörten Bauablauf“, NZBau 2014, 92 ff; Mechnig u.a. , „Ist das Bauzeitlabyrinth ein Irrgarten?“, NZBau 2014, 85 ff; OLG Düsseldorf IBR 2011, 505 [↑](#footnote-ref-2)
3. Dazu Kues/Freiheit BauR 2019, 1671 [↑](#footnote-ref-3)
4. BGH Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 73/98, BauR 1999, 645, 646 [↑](#footnote-ref-4)
5. Eschenbruch BauR 2019, 1215 [↑](#footnote-ref-5)
6. Zu den Vor- und Nachteilen Eschenbruch, BauR 2019, 1221 [↑](#footnote-ref-6)
7. OLG Düsseldorf Urt. v. 28.2.2014 – I – 22 U 112/13, BauR 2015, 1168 [↑](#footnote-ref-7)
8. Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil Rn. 125 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 213 ff.; Beck’scher VOB-Kommentar/Jansen, 3. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 51 ff. [↑](#footnote-ref-8)
9. dazu Althaus, BauR 2019, 1501 [↑](#footnote-ref-9)
10. OLG Köln Beschl. v. 27.10.2014 – 11 U 70/13, BauR 2015, 850 [↑](#footnote-ref-10)
11. Dazu Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil Rn. 125 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 213 ff.; Beck’scher VOB-Kommentar/Jansen, 3. Aufl.; § 2 Abs. 5 Rn. 51 ff. [↑](#footnote-ref-11)
12. Dazu Olching BauR 2019, 566 [↑](#footnote-ref-12)
13. Nach BGH Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06 [↑](#footnote-ref-13)
14. Nach BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 68/10, BauR 2013, 1116 [↑](#footnote-ref-14)
15. Zu Recht hervorgehoben von *Umbach* in seinem vorzüglichen Beitrag **„Die Basis ist das Fundament der** **Grundlage“**  in **„Das wahre Verfassungsrecht – Gedächtnisschrift für F. G. Nagelmann“,** S. 448 [↑](#footnote-ref-15)
16. Zu der Frage, ob auch die pünktliche Bereitstellung einer mangelfreien Vorunternehmerleistung zu den Obliegenheiten des AG gehören kann, verweise ich auf: BGH Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BGH Urt. v. 27.11.2008 (Glasfassadenurteil) – VII ZR 206/06 und Leupertz BauR 2010, 1999, 2008 [↑](#footnote-ref-16)
17. BGH BauR 1993, 600; BauR 1999, 645; OLG Düsseldorf BauR 2012, 142; Eschenbruch BauR 2019, 1220. [↑](#footnote-ref-17)
18. Schilder BauR 2007, 450; Roquette BauR 2010, 1468; Heilfort BauR 2010, 1673; Eschenbruch/Fandrey BauR 2011, 1223, 1228; Zimmermann NZBau 2012, 1 ff; Kues/Lüders BauR 2012, 1847; Stickler in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 642 Rn. 48; Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Teil 4 Rn. 264 ff; Kniffka in Kniffka/Koeble, 8. Teil Rn. 35 ff; Glöckner BauR 2014, 368; Leupertz BauR 2014, 381; Sienz BauR 2014, 390 [↑](#footnote-ref-18)
19. Glöckner BauR 2014, 368 ff; Leupertz BauR 2014, 381 f; Sienz BauR 2014, 390, 398; Roskosny/Bolz BauR 2006, 1804, 1811; OLG Jena IBR 2006, 14 [↑](#footnote-ref-19)
20. Schilder BauR 2007, 450, 451; Boldt BauR 2006, 185, 194; Kniffka in Kniffka/Koeble, 8. Teil Rn. 36 [↑](#footnote-ref-20)
21. BGH Urt. v. 21.10.1999 VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 = NZBau 2000, 187 [↑](#footnote-ref-21)
22. So auch Sienz BauR 2014, 390, 400; Skauradszun/Eix NZBau 2010, 87 [↑](#footnote-ref-22)
23. Schilder BauR 2007, 450; Leinemann NZBau 2009, 624, 629; Kniffka in Kniffka/Koeble, 8. Teil Rn. 39 [↑](#footnote-ref-23)
24. dazu Klein, Die Gewährleistung der Vor- und Nachteilswahrung beim frei gekündigten VOB/B-Werkvertrag, BauR 2016, 12 [↑](#footnote-ref-24)
25. BGH Urt. v. 24.3.2016 – VII ZR 201/15 -, BauR 2016, 1153 [↑](#footnote-ref-25)
26. Zur Abrechnung bei fehlender Kalkulation OLG Hamm Urt. v. 26.2.2015 – 24 U 56/10 -, BauR 2016, 677 [↑](#footnote-ref-26)
27. Kniffka in Kniffka/Koeble, 8. Teil Rn. 60 [↑](#footnote-ref-27)
28. Althaus BauR 2014, 1369; Kniffka BauR 2017, 159 [↑](#footnote-ref-28)
29. Dazu Kniffka, BauR 2017, 159 [↑](#footnote-ref-29)
30. BGHZ 83, 197 [↑](#footnote-ref-30)
31. BGHZ 7, 338 [↑](#footnote-ref-31)
32. BGH Urt. v. 20.4.2017 – VII ZR 194/13 [↑](#footnote-ref-32)
33. BGH NZBau 2000, 187 [↑](#footnote-ref-33)
34. Kaminsky in N/W/J/S, VOB/B, Übersicht und Erläuterungen zu den FIDIC- Conditions Rn. 199 [↑](#footnote-ref-34)
35. Weiser, NZBau 2020, 203 mit weiteren Nachweisen. [↑](#footnote-ref-35)
36. BGH NJW 2006, 899; 2010, 1874; 2012, 2733 [↑](#footnote-ref-36)
37. Weiser, NJW 2020, 203 ff. [↑](#footnote-ref-37)
38. BGH Urt. v. 20.4.2017 - VII ZR 194/13 [↑](#footnote-ref-38)
39. BGH NZBau 2000, 187 [↑](#footnote-ref-39)
40. Dreher NZBau 2020, 201 [↑](#footnote-ref-40)
41. BGH, Versäumnisurteil v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17; KG, Urt. v. 29.1.2019 – 21 U 122/18 [↑](#footnote-ref-41)
42. BGH NZBau 2004, 432; Dreher a.a.O. [↑](#footnote-ref-42)