

Abrechnung der Folgen von Bauablaufstörungen im VOB-Vertrag

Terminliche und monetäre Mehrforderungen der von Bauablaufstörungen betroffenen Bauunternehmer scheitern immer wieder an der unzureichenden Darstellung der vom BGH geforderten, bauablaufbezogenen Darstellungen der konkreten Ursachen und Auswirkungen. Dieser Beitrag stellt das Verfahren der störungsspezifischen Anspruchsermittlung vor und erläutert die Vorgehensweise bei der Abrechnung der Folgen von Bauablaufstörungen.

Thomas Heilfort, Dresden, und Rechtsanwalt Carsten Zipfel, Leipzig

Widerspruch zwischen klassischer Baubetriebslehre und BGH

Der BGH hat mit Urteil vom 21.03.2002 (VII ZR 224/00, BauR 2002, 1249) Anforderungen an den baubetrieblichen Nachweis von Schadensersatzansprüchen nach § 6 Nr. 6 VOB/B definiert, die sich auch allgemein auf die Geltendmachung von störungsbedingten terminlichen und monetären Ansprüchen des Auftragnehmers übertragen lassen. Dieser vom BGH geforderte, einzelfallspezifische Nachweis des adäquat-kausalen Zusammenhangs zwischen Ursache und Auswirkung einzelner Behinderungen wird nur selten in der möglichen Detailschärfe geführt.

Die baubetriebliche Standardlösung für diese Probleme beruht meist auf einer weitgehend theoretischen Fortschreibung des ursprünglich geplanten Bauablaufs hin zu einem störungsmodifizierten Bauablauf. Dieser häufig auch als Soll' bezeichnete Bauablaufplan zeigt den Bauablauf, den der Auftragnehmer bei Vertragsabschluss quasi in Kenntnis der später tatsächlich eingetretenen Bauablaufstörungen geplant hätte. Dieser störungsmodifizierte Bauablauf führt oft zu fortgeschriebenen Fertigstellungsterminen weit nach der tatsächlichen Fertigstellung, was wiederum als Beleg für den Erfolg eingeleiteter Beschleunigungsmaßnahmen gewertet wird. Nach der weitgehend theoretischen Bestimmung der terminlichen Anspruchsgrundlage werden auf dieser Basis die monetären Forderungen an den Auftraggeber ermittelt - und zwar für alle Bauablaufstörungen gemeinsam.

Da jedoch die zugrunde liegenden Berechnungsansätze zu idealtypisch sind,

sich zu wenig am tatsächlichen Bauablauf orientieren und zudem unterschiedliche Anspruchsgrundlagen vermischt werden, kann diese Vorgehensweise den Anforderungen des BGH an den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität als Voraussetzung aktiver Ansprüche häufig nicht genügen.

In der Folge ergeben sich fast zwangsläufig erhebliche Probleme mit der Durchsetzbarkeit der z. T. sehr aufwändig erstellten Nachträge. Die Verursacher selbst unstreitiger Bauablaufstörungen lehnen baubetriebliche Nachträge oft mit vorformulierten, pauschalen Verweisen auf die BGH-Forderungen ab. Die Diskrepanz zwischen baubetrieblich und höchst richterlich vorherrschenden Meinungen hat THODE, stellvertretender Vorsitzender am für Bausachen zuständigen VII. Zivilsenat des BGH, erst unlängst in bemerkenswerter Offenheit dargestellt (Thode, ZfBR 2004, 214, 221).

Nachfolgend wird daher ein BGH-konformes Verfahren zur bauablaufbezogenen Darstellung der Ursachen und Auswirkungen von Bauablaufstörungen vorgestellt, mit dem der Anspruchsnachweis bei vertretbarem Aufwand im Einzelfall durchgeführt werden kann, ohne die Nachteile von Verallgemeinerungen und theoretischen Modellen in Kauf nehmen zu müssen. Es werden zudem die störungsspezifisch zu unterscheidenden terminlichen und monetären Ansprüche des Auftragnehmers beim VOB-Vertrag erläutert.

Lösung: Verfahren der störungsspezifischen Anspruchsermittlung

Kern des Verfahrens ist die isolierte Betrachtung jeder einzelnen Bauablaufstörung. Die Berechnung terminlicher und monetärer Ansprüche stellt somit nicht nur auf die drei Bauablaufzustände: Bau-Soll, störungsmodifiziertes Bau-Soll und Baust, sondern auf eine mindestens der Störungsanzahl entsprechende Menge zueinander in Bezug stehender Bauablaufpläne ab, die die Auswirkungen der einzelnen Störungen isolieren.

Eine derartige störungsspezifische Differenzanalyse sollte im Idealfall baubegleitend, kann aber bei ausreichender Datenlage auch im Nachhinein erstellt werden. Beginnend vom Vertrags-Soll als erstem Referenzzustand des Bauablaufs (Soll 1) wird schrittweise der ursprünglich geplante an den tatsächlichen Bauablauf herangeführt. Sobald sich bei der Einarbeitung des Ist-Bauablaufs zum Stichtag (Beobachtungszustand des Bauablaufs) Abweichungen ergeben, werden die Ursachen und Auswirkungen konkret festgestellt. Das Ergebnis der Fortschreibung ist wiederum die Grundlage der Überwachung zum nächsten Stichtag (neuer Referenzzustand, z. B. Soll 2) - für die wieder jede Abweichung separat festgestellt wird. Die letzte Fortschreibung entspricht dem tatsächlichen Bauablauf - und enthält zugleich alle störungsspezifischen Informationen über die Ursachen und Auswirkungen jeder einzelnen Änderung aller Vorgänge (Vgl. Heilfort, BM+BW 10/2003, 27).

Auf Grundlage der so erfassten Datenbasis muss für jede einzelne Bauablaufstörung die Anspruchsgrundlage geprüft und daraus das jeweils korrekte Verfahren der Anspruchsermittlung festgestellt und umgesetzt werden. Nachfolgend werden für die einzelnen terminlichen und monetären Ansprüche die Gründe, Anspruchsvoraussetzungen, Verfahren zur Ermittlung der Anspruchshöhe und Besonderheiten des vorgestellten Verfahrens der störungsspezifischen Anspruchsermittlung erläutert.

Nichtvertretenmüssen einer Fristüberschreitung aus § 286 BGB

Die **Gründe** für die Abweichung vom ursprünglichen Bauablauf sind vielfältig und müssen nicht immer zu aktiven Ansprüchen des Auftragnehmers führen. Ein Sonderfall liegt jedoch dann vor, wenn aktive Ansprüche allein aufgrund nicht erfüllter Formerfordernisse scheitern, z. B. bei fehlender Behinderungsanzeige bzw. Offenkundigkeit. Da in diesen Fällen die Störung dennoch nicht vom Auftragnehmer verschuldet wurde, entsteht zwar kein Anspruch auf aktive Fristverlängerung, aber zumindest ein passiver Anspruch auf Anerkennung des Nichtvertretenmüssens etwaiger Fristüberschreitungen - den der Auftragnehmer zu beweisen hat.

Voraussetzung für die erfolgreiche Abwehr von Vertragsstrafenforderungen des Auftraggebers ist mindestens der Nachweis des Nichtvertretenmüssens der Bauzeitverlängerung, da alle Ansprüche des Auftraggebers aus einer verspäteten Fertigstellung gemäß §§ 281, 286, 323 BGB n. F. Verzug voraussetzen (Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 2002, Rdn. 123). Verzug setzt aber gemäß § 286 Abs. 4 BGB n. F. Verschulden des Auftragnehmers voraus. Wenn die Behinderung aus dem Risiko- und Verantwortungsbereich des Auftraggebers stammt und der Auftragnehmer mit den hindernden Umständen bei Vertragsschluss nicht rechnen musste, kann Verschulden nicht vorliegen, sodass dem Auftragnehmer eine zugehörige Fristüberschreitung zugestanden werden muss.

Für die Ermittlung der passiven **Anspruchshöhe** der unverschuldeten Fristüberschreitung sind weniger strenge Kriterien als für die Berechnung aktiver Ansprüche maßgeblich - muss sich der Auftragnehmer doch lediglich vom Verschul-

densvorwurf entlasten. Der Nachweis kann bei mangelhafter Dokumentation auch auf der Basis der „Ablaufermittlungsgrundlage“ aufbauen, indem z. B. die Auswirkungen von Leistungsänderungen kalkulatorisch bestimmt und in den ursprünglichen Ablaufplan eingearbeitet werden.

Fristverlängerungsanspruch aus § 6 Nr. 2 VOB/B

Die **Gründe** für einen Fristverlängerungsanspruch des Auftragnehmers sind in § 6 Nr. 2 VOB/B abschließend aufgeführt und umfassen Umstände aus dem Risikobereich des Auftraggebers, Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb sowie höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände, zu denen auch Witterungseinflüsse zählen, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise nicht gerechnet werden musste.

Anspruchsvoraussetzung des Fristverlängerungsanspruchs des Auftragnehmers ist gemäß § 6 Nr. 2 VOB/B das Vorliegen einer der o. g. Gründe sowie die Stellung einer ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B, die über die Art der Störung informieren und den Auftraggeber insofern warnen sowie konkrete Gründe und Auswirkungen der Behinderung bezeichnen muss. Nur in Ausnahmefällen kann der Nachweis der Offenkundigkeit geführt werden.

Die **Anspruchshöhe** wird gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B nach der Dauer der jeweiligen Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit berechnet. Zudem sind gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B die Auswirkungen zumutbarer schadensmindernder Maßnahmen des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Pufferzeiten des Auftragnehmers, die im störungsbedingt verschobenen Bauablauf-Soll etwaig vorhanden sind, müssen dem Auftraggeber hingegen nicht sofort zur Verfügung gestellt werden (Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 2002, Rdn. 150).

Besonderheit des Verfahrens der störungsspezifischen Anspruchsermittlung ist, dass sich die Berücksichtigung der schadensmindernden Auswirkungen streng nach dem tatsächlichen Bauablauf

richtet. So werden freie Pufferzeiten des Auftragnehmers erst bei tatsächlicher Nichtinanspruchnahme gemäß dem tatsächlichen Bauablauf berücksichtigt. Damit wird die abstrakte Berechnung der Fristverlängerung auf der Basis letztlich fiktiver Pufferzeiten vermieden, dem Auftragnehmer die Möglichkeit des Ausgleichs eigenverursachter Bauablaufstörungen gelassen und dennoch der Schadensminderungspflicht gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B Rechnung getragen (Zur Umsetzung Heilfort, BM+BW 11/2002, 25).

Vergütungsansprüche aus § 1 Nr. 3 und 4 sowie § 2 Nr. 5 VOB/B

Gründe für Vergütungsansprüche aus § 1 Nr. 3 und § 1 Nr. 4 VOB/B ergeben sich aus der freien Wahrnehmung von vertraglichen Leistungsbestimmungsrechten durch den Auftraggeber (BGH, Urteil vom 27.06.1985, BauR 1985, 561 und BGH, Urteil vom 14.07.1994, BauR 1994, 760). So darf der Auftraggeber auch nach Vertragsschluss noch Änderungen des Bauentwurfs oder nicht vereinbarte Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist, einseitig anordnen. Bei Anordnungen zur Bauzeit muss differenziert werden, ob der Auftraggeber „aus freien Stücken“ eine andere Bauleistung bestimmen will, was einer so genannten „anderen Anordnung“ zur Bauzeit gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B entspricht, oder ob er nur angesichts störungsbedingt zwingender Umstände Entscheidungen über den weiteren Fortgang der Arbeiten trifft. Ausschließlich bei Ausübung des freien Leistungsbestimmungsrechts entstehen Vergütungsansprüche.

Die quasi „erzwungenen“ Anordnungen des Auftraggebers, die lediglich in Folge vorangegangener Bauablaufstörungen getroffen werden, sind hinsichtlich der Rechtsfolgen der ursächlichen Störung zuzuordnen, bedingen somit also entweder Schadensersatzansprüche aus § 6 Nr. 6 VOB/B oder Entschädigungsansprüche aus § 642 BGB (Thode, ZfBR 2004, 214, 225).

Anspruchsvoraussetzung ist neben der freien Anordnung durch den Auftraggeber beziehungsweise dessen bevollmächtigten Vertreter eine kausale Auswirkung auf den Bauablauf. Da einerseits

die Abgrenzung der Rechtsfolgen von § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B problematisch sein kann und andererseits die Erforderlichkeit einer Behinderungsanzeige umstritten ist, wird auf jeden Fall die Stellung einer Mehrkostenanmeldung und analog einer „Mehrzeitanmeldung“ (Behinderungsanzeige) empfohlen. Wichtig ist, dass vorbehaltlose Vereinbarungen über Nachtragspreise spätere Forderungen aufgrund einer anordnungsbedingt verlängerten Bauzeit ausschließen.

Die **Anspruchshöhe** ermittelt sich als Vergütungsanspruch aus rechtlich zulässigem Tun nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B und ist somit ausschließlich aus der Preisermittlungsgrundlage abzuleiten, besteht aber auch aus der „Leerarbeit“ und den damit zusammenhängenden „Leerkosten“ (BGH, Urteil vom 20.02.1986, BauR 1986, 347). Mehrkosten des Auftragnehmers entstehen z. B. durch erhöhte Kosten für zusätzliche Koordinationsleistungen im gestörten Bauablauf, durch unmittelbare Leerkosten während der Störungszeit und durch sekundäre Störungsfolgen, zum Beispiel die Verschiebung der Arbeiten in eine ungünstige Witterungsperiode oder in eine Bauzeit mit einer geringeren Produktivität.

Besonderheit des Verfahrens der störungsspezifischen Anspruchsermittlung ist, dass Vergütungsansprüche nicht nur in Bezug auf die eigentlich angeordnete Leistungsänderung, sondern auch hinsichtlich der Folgen des geänderten Bauablaufs sauber abgegrenzt und zeitnah abgerechnet werden können. Dies ist besonders wichtig bei der Kalkulation von Nachtragspreisen, die ohne Vorbehalt angeboten und vereinbart werden können. Durch die verursachungsgerechte Zuordnung erzwungener Anordnungen zu Schadensersatzansprüchen aus § 6 Nr. 6 VOB/B oder Schadensersatzansprüchen aus § 642 BGB werden die Auftraggeber im Störfall zum Handeln ermutigt, da eine Benachteiligung durch die Begründung relativ leicht durchzusetzen der Vergütungsansprüche vermieden wird (Vgl. Thode, ZfBR 2004, 214, 225).

Schadensersatzansprüche aus § 6 Nr. 6 VOB/B

Gründe für Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers sind hindernde Umstände, die der Auftraggeber vertreten

muss oder Anordnungen, die in Folge dieser Störungen getroffen werden. Typisch sind mangelhafte und/oder verspätet übergebene Ausführungsunterlagen.

Anspruchsvoraussetzungen sind gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH dann erfüllt, wenn die Behinderung real entstanden ist, unverzüglich angezeigt wurde oder offenkundig ist und der hindernde Umstand vom Auftraggeber zu vertreten ist (z. B. BGH, Urteil vom 21.03.2002, BauR 2002, 1249).

Die **Anspruchshöhe** des Schadensersatzes nach § 6 Nr. 6 VOB/B bestimmt sich prinzipiell aus der Differenz zwischen der hypothetischen Vermögenslage ohne Behinderung und der tatsächlichen, adäquat-kausal auf die konkrete Behinderung zurückzuführende Vermögenslage. Typische Schäden des Auftragnehmers sind störungsbedingt erhöhte Einzelkosten aus unproduktivem Lohnstunden- und Geräteinsatz, aus erhöhten Baustelleneinkosten wegen verlängerter Vorhaltung der Bauleitung und Baustelleneinrichtung, aus entgangener Deckung für Allgemeine Geschäftskosten sowie aus Risiken der Gefahrtragung und Gewährleistung. Sachverständigenkosten sind ebenfalls Bestandteil des Schadens. Der entgangene Gewinn ist nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu ersetzen.

Besonderheit des Verfahrens der störungsspezifischen Anspruchsermittlung ist, dass die Schäden bereits zum Eintrittszeitpunkt erfasst und abgerechnet werden können. Wenn sich eine vom Auftraggeber verschuldete Pflichtverletzung z. B. in einer terminkritischen Verzögerung von einem Monat niederschlägt, werden genau für diesen Monat die entsprechenden Ist-Kosten als Schaden abgerechnet. Da die Schadensberechnung unabhängig von der Kalkulation ist, spielen bei der Anspruchshöhe auch möglicherweise „schlechte Preise“ keine Rolle - es kommt allein auf die Ist-Kosten an.

Entschädigungsansprüche aus § 642 BGB

Gründe für das Entstehen von Entschädigungsansprüchen aus § 642 BGB sind vor allem verspätete und/oder mangelhafte Vorunternehmerleistungen (BGH, Urteil vom 21.10.1999, BauR 2000, 722), die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheiten des Auftraggebers

sowie andere Anordnungen, die der Auftraggeber in Folge dieser Störungen rechtswidrig trifft (Thode, ZfBR 2004, 214, 220). Es kommt nicht auf Verschulden des Auftraggebers an.

Anspruchsvoraussetzung ist eine nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erbrachte Mitwirkungshandlung des Auftraggebers beziehungsweise dessen Erfüllungsgehilfen (auch Vorunternehmers), Leistungsbereitschaft, Leistungsfähigkeit und Leistungsangebot des Auftragnehmers sowie die Anzeige bzw. Offenkundigkeit der Behinderung.

Die **Anspruchshöhe** bestimmt sich nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, nicht jedoch nach einem Schaden. Der Unternehmer muss sich ersparte Aufwendungen und andere Erwerbe gegenrechnen lassen. Auch der Ersatz von Wagnis und Gewinn ist ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 21.10.1999, BauR 2000, 722, 725). Die Ausgestaltung der Entschädigungsansprüche ist vom BGH noch nicht abschließend entschieden worden.

Besonderheit des Verfahrens der störungsspezifischen Anspruchsermittlung ist, dass aufgrund der isolierten Betrachtung die Folgen von Vorunternehmerstörungen separat abgerechnet werden können. Dem Auftraggeber wird so die Zuordnung zum Verursacher ermöglicht und insofern den Rückgriff auf den Verursacher der Bauablaufstörung ermöglicht.

Fazit

Die Erfüllung der Forderungen des BGH ist somit letztlich (relativ) einfach, erfordert aber eine gewisse Kompetenz und Konsequenz in der EDV-Nutzung, da erhebliche Datenmengen „produziert“ werden (zur Umsetzung mit MS Project: Heilfort, BM+BW 03/2002, 38; mit PowerProject: ders., BM+BW 06/2002, 28).

Autoreninfo

Die Autoren beraten und vertreten Bauunternehmen in einer auf Bauablaufstörungen spezialisierten, interdisziplinären Kooperation von Ingenieuren, Kaufleuten und Rechtsanwälten.

Information: www.heilfort.de

www.habich-zipfel.de

Telefon: (0351) 8 02 08 80