



HEUSSEN
Rechtsanwalts-gesellschaft
mbH

Brienner Str. 9 / Amiraplatz
80333 München

www.heussen-law.de

Bauzentrum Online Seminar Baurecht

SR_2025_05_21

21. Mai 2025

16.00 – 19.00 Uhr

Gestörter Bauablauf und seine Rechtsfolgen

Referent:

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dipl. sc. pol. Univ. Wolfgang Junghenn

Mediator (Univ.)

Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht an der Hochschule München

Schlichter und Schiedsrichter nach der SO Bau

Schlichter, Adjudikator und Schiedsrichter nach der SL Bau

Mitglied des Netzwerkes Bau Kompetenz München e. V. (BKM)



INHALTSVERZEICHNIS

(Stand: 21.05.2025)

	Seite
I. Bauzeiten / Ausführungsfristen	3
II. Annahmeverzug / Schuldnerverzug	4
1. Worin unterscheidet sich der Schuldnerverzug vom Annahmeverzug des Gläubigers?	4
2. Wann kommt der Auftragnehmer (AN) mit seiner Bauleistung in Schuldnerverzug?	5
3. Wann kommt ein AG in Schuldnerverzug, wann in Annahmeverzug?	7
III. Die Ansprüche des AG bei verzögerter Bauausführung	8
1. Einführung:	8
2. Schadensersatzanspruch gemäß §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B	9
3. Das Kündigungsrecht des AG gemäß §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 VOB/B	10
IV. Der Anspruch des AG auf Vertragsstrafe	14
1. Allgemeine Voraussetzungen für die Geltendmachung	14
2. Gilt die Vertragsstrafenvereinbarung fort, wenn sich die Ausführungsfrist verlängert?	16
3. Behandlung von AGB-Klauseln zur Vertragsstrafe	17
4. Muster für AGB-Vertragsstrafenregelung	22
V. Behinderung der Bauausführung	22
1. Die Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B	22
2. Ziel und Zweck einer Behinderungsanzeige	23
3. Notwendiger Inhalt einer Behinderungsanzeige	24
VI. Die Ansprüche des AN bei verzögerter Bauausführung	29
1. Welche Bauablaufstörungen kommen für ber. Nachforderungen des AN in Betracht?	29
2. Welche juristischen Anspruchsgrundlagen auf Erstattung von Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung kommen für den AN in Frage?	30
3. Vergütungsanpassung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B	31
4. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B:	33
5. Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB	36
6. Übersicht über die Unterschiede der Anspruchsgrundlagen des AN bei gestörtem Bauablauf	40



I. Bauzeiten / Ausführungsfristen

Bauzeitenregelungen nach dem BGB/nach der VOB/B

- 1.1 Das Interesse der Parteien eines Bauvertrages ist nicht nur auf die zu erbringende Baudurchführung (= Leistung) gerichtet, es erstreckt sich auch auf die Leistungszeit. Diese ist nicht nur für den Auftraggeber von erheblicher Bedeutung. Sie spielt auch für den Auftragnehmer eine ausschlaggebende Rolle für seine Kalkulation und seine wirtschaftlichen Dispositionen.

Der rechtzeitigen, d. h. termingerechten Erfüllung der Leistungspflichten kommt deshalb nahezu bei jedem Bauvorhaben eine gesteigerte Bedeutung zu.

Baubetriebliche Untersuchungen haben gezeigt, dass Störungen des Bauablaufs die bedeutendste Verlustquelle bei der Ausführung von Bauleistungen darstellen und nicht selten Mehrkosten von 30 - 50 % der kalkulierten Kosten verursachen (Olshausen, Festschrift für Korbion S. 323).

- 1.2 Die sachgemäße und rationelle Durchführung eines Bauvorhabens erfordert es, die einzelnen für eine bauliche Anlage erforderlichen Leistungen zeitlich festzulegen und zu koordinieren.

Diesem Zweck dient insbesondere ein entsprechender Baufristen- oder Bauzeitenplan, der in der Regel auch Bestandteil des abzuschließenden Bauvertrages wird.

Der Unternehmer/Auftragnehmer schuldet in einem solchen Fall dem Auftraggeber nicht nur

- die mangelfreie Herstellung des Bauwerks oder seiner Bauleistung,

sondern gleichrangig daneben auch

- die fristgerechte Fertigstellung des Bauwerks.

- 1.3 Der herausragenden Bedeutung der Bauzeit werden die gesetzlichen Regelungen im Werkvertragsrecht des BGB nicht gerecht.

So kennt das gesetzliche Werkvertragsrecht des BGB keine speziellen Regelungen für zeitliche Behinderung und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. § 636 BGB, der bis zum 31.12.2001 galt (verspätete Herstellung), wurde nicht in das ab dem 01.01.2002 modernisierte Schuldrecht übernommen. Im BGB-Werkvertrag müssen Behinderungen in der Bauausführung, d. h. die sogenannten Bauablaufstörungen nach der Art ihrer Entstehung, ihrem Umfang und ihren Ursachen nach der für alle Verträge geltenden Bestimmung des § 271 BGB (s. unten Ziffer 1.5) über die Leistungszeit den Anspruchsgrundlagen der Allgemeinen Leistungsstörung zugeordnet werden wie

Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) und
Schuldnerverzug (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 286 BGB)

- 1.4 Lediglich die zum 01.01.2018 in das Werkvertragsrecht eingefügten §§ 650i und 650k Abs. 3 BGB sehen für den Verbraucher**ba**uvertrag vor, dass darin verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung enthalten sein müssen.

- 1.5 Haben die Bauvertragspartner bezüglich der Bauausführung zu den Fristen nichts vereinbart, so ist der Unternehmer dennoch bezüglich der zeitlichen Ausführung seiner Leistungen nicht gänzlich ungebunden. Er ist vielmehr verpflichtet, die ihm in Auftrag gegebene Leistung innerhalb einer



angemessenen, nach Treu und Glauben ausgerichteten Frist zu beginnen, zügig auszuführen und fertigzustellen. Ausgangspunkt ist hierbei § 271 BGB, wonach der Auftragnehmer grundsätzlich sofort nach Vertragsabschluss mit der Leistung zu beginnen und sie zügig innerhalb der für die Leistungserstellung benötigten Zeit fertigzustellen hat.

§ 271 BGB lautet:

(1) 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."

Aber: Sofortige Fälligkeit und Erfüllbarkeit passt nicht zum Bauvertrag. Denn § 271 BGB betrifft die Gesamtfertigstellung, nicht die Fälligkeit des Ausführungsbeginns. Für den Ausführungsbeginn gilt die Dispositionsbefugnis des Schuldners/ Unternehmers/ Auftragnehmers.

1.6 Während das BGB der Bauzeit also nur eine spärliche Regelung zukommen lässt, widmet die VOB in ihren Teilen A und B der Ausführung des Bauvorhabens in zeitlicher Hinsicht eine detaillierte Palette von Sonderregelungen:

- für die Vereinbarung der Vertragsfristen: § 9 Abs.1 –3 VOB/A – Ausgabe 2016
- für die allgemeinen Folgen ihrer Nichteinhaltung: § 5 VOB/B
- für die Fälle einer Behinderung oder Unterbrechung des Leistungsablaufes einschließlich der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen: § 6 VOB/B
- für den Fall der nicht fristgerechten Leistungserfüllung die Vertragsstrafe: § 11 VOB/B.

II. Annahmeverzug / Schuldnerverzug

1. Worin unterscheidet sich der Schuldnerverzug vom Annahmeverzug des Gläubigers?

Der Verzug des Schuldners ist im BGB im § 286 BGB geregelt, der Verzug des Gläubigers (= Annahmeverzug) ist im BGB in den §§ 293 - 304 geregelt. Beide Verzugsregelungen unterscheiden sich elementar in ihren Voraussetzungen und auch hinsichtlich des Umfangs der sich ggf. ergebenden Ansprüche.

- a) Ein Schuldnerverzug (= Leistungsverzug) setzt die schuldhaft verzögerte Erfüllung einer Haupt- oder einer selbständigen Nebenpflicht voraus. Der daraus abgeleitete Schadensersatzanspruch bestimmt sich bei einem BGB-Bauvertrag nach den §§ 249 ff. BGB und umfasst auch den entgangenen Gewinn (§ 252 Satz 1 BGB).
- b) Der Annahmeverzug setzt eine verzögerte oder fehlende Mitwirkungshandlung des Gläubigers voraus, die lediglich als Obliegenheit ausgestaltet ist. Der Annahmeverzug tritt auch ohne Verschulden des mit der Obliegenheit Belasteten ein und führt zu den Ansprüchen gemäß § 304 BGB (Ersatz von Mehraufwendungen) und § 642 BGB (Entschädigungsanspruch). Bei diesen Ansprüchen handelt es sich nicht um Schadenersatzansprüche. Gewinn und Wagnis werden von diesen Ansprüchen nach dem BGH nicht umfasst (BGH, NZBau 2000, S. 187, 188).
- c) Die juristische Einteilung und Kategorisierung der Pflichten des Auftraggebers ist in der Literatur und in der Rechtsprechung nicht einheitlich. Im Hinblick auf die an den Pflichtverstoß anknüpfende



Rechtsfolge, d. h. gerichtet auf die Frage der Einklagbarkeit oder Erzwingbarkeit wird unterschieden in:

- **Vertrags- oder Rechtspflichten**
(rechtlich durch Klageanspruch durchsetzbar)
- **Nebenpflichten**
(zwar nicht einklagbar, jedoch bei Verstoß zu Schadensersatzansprüchen führend)
- **Obliegenheiten**
(keine Einklagbarkeit, kein Schadensersatzanspruch, bei Verstoß zu Rechtsnachteilen führend.
Die Verpflichtung zur Einhaltung der Obliegenheit wird aus dem Kooperationsgebot abgeleitet).

2. Wann kommt der Auftragnehmer (AN) mit seiner Bauleistung in Schuldnerverzug?

a) Wann jemand in „Schuldnerverzug“ gerät, ist in § 286 BGB in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung geregelt:

- (1) *Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.*
- (2) *Der Mahnung bedarf es nicht, wenn*
 1. *für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist;*
 2. *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 berechnen lässt,*
 3. *der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*
 4. *aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.*
- (3) *Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.*
- (4) *Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistungen infolge eines Umstandes unterbleiben, den er nicht zu vertreten hat.*

b) Damit jemand hinsichtlich einer vereinbarten Bau-Ausführungsfrist nach dieser gesetzlichen Bestimmung in Schuldner-Verzug gerät, müssen somit in der Regel folgende **drei** Voraussetzungen vorliegen:

- Fälligkeit der Leistung
- Mahnung des Gläubigers
- Verschulden des Schuldners

Einer Mahnung bedarf es nicht, wenn eine der in § 286 Abs. 2 geregelten vier Sachverhaltsvoraussetzungen vorliegt.



- c) Bei einer „nach dem Kalender bestimmten Zeit“, wie z. B. „Fertigstellungstermin: 15. Juni 20XX“ kommt der Unternehmer ohne weiteres in Verzug, wenn er seine Leistungen an diesem Termin nicht vollendet hat (§ 286 Abs. 2 Nr. 1). Einer zusätzlichen Mahnung seitens des Auftraggebers bedarf es insofern also nicht mehr.
- d) Mit Urteil vom 18.04.1996 (IBR 1997, S. 15) hat der BGH zu der Frage entschieden, ob es noch einer zusätzlichen Mahnung seitens des Auftraggebers (AG) für einen Verzug des AN bedarf, wenn die Vertragspartner als Fertigstellungstermin „*die 8. Woche*“ eines Jahres vereinbart haben. Nach der Entscheidung des BGH ist auch hier der Leistungszeitpunkt „kalendermäßig bestimmt“, so dass eine Verzugslage des AN ohne Mahnung des AG eintritt. Weiter führt der BGH in dieser Entscheidung aus:

„Wird jedoch - wie hier - kein bestimmter Tag, sondern ein kalendermäßig bestimmter Zeitraum für die Leistung vereinbart, kann Verzug nicht schon mit dem Beginn dieser Zeitspanne eintreten. Der AN darf hier die 8. Kalenderwoche voll ausschöpfen, so dass er erst mit Beginn der 9. Kalenderwoche in Verzug gerate.“

Die gleichen Grundsätze müssen so bei der Formulierung „*Fertigstellung November ...*“ gelten. Hier tritt der Verzug mit dem 01. Dezember ein, wenn sich aus den gesamten Vertragsunterlagen ergibt, dass zwischen den Vertragspartnern eine verbindliche Ausführungsfrist „*30. November*“ vereinbart ist.

- e) Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 bedarf es auch bei folgender Klausel keiner Mahnung mehr:

„Die Bauzeit beträgt max. 12 Monate nach Vorlage der amtlichen Baugenehmigung.“

Bei Geltung der alten gesetzlichen Verzugsregelung des BGB hatte das LG Landau mit Urteil vom 14.01.1993 (IBR 1993, 284) bei Vorliegen einer solchen Klausel einen Verzug des AN ohne Mahnung noch verneint, da es entscheidend darauf ankomme, ob die „kalendermäßige Bestimmung des Termins“ gemäß § 284 Abs. 2 BGB a. F. bereits bei Vertragsabschluss vorliege oder nicht. Dies war bei dem Sachverhalt des LG Landau nicht der Fall, da die Baugenehmigung erst nach Bauvertragsabschluss ergangen ist und somit der Endtermin bei Vertragsabschluss kalendermäßig nicht feststand.

- f) Von der Rechtsprechung wurde bereits anerkannt, dass ein Gläubiger nicht mehr mahnen muss, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (so nunmehr: § 286 Abs. 2 Nr. 3) bzw. aus besonderen Gründen der sofortige Eintritt des Verzugs ohne Mahnung gerechtfertigt ist (so nunmehr: § 286 Abs. 2 Nr. 4).
- g) Eine Klausel, nach welcher alle im Vertrag oder im Bauzeitenplan festgelegten Einzelfristen Vertragsfristen sind, ist wirksam (BGH BauR 1999, 645).
- h) Klausel in AG- AGB, wonach der AG das Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung der Ausführungsfristen erhält. Wirksam? **Nur dann**, wenn Voraussetzungen, Umfang und Grenzen der Änderung deutlich festgelegt sind und für den AN zumutbar sind. (Kapellmann/ Messerschmidt- Sacher, 7. A. 2020, § 5 Rdnr. 35, 41, 302, 316)
- i) Formularmäßige Vereinbarung Abrufrecht in AGB (AG = Verwender) wirksam, wenn Frist angemessen und AN zumutbar.



- j) (Einseitige) Festlegung Ausführungsfrist seitens AG AGB- rechtlich bedenklich? Unbedenklich, wenn nach billigem Ermessen ausgeübt; OLG FFM BauR 2017, 202; OLG Dudo BauR 2006, 2054.

3. Wann kommt ein AG in Schuldnerverzug, wann in Annahmeverzug?

- a) Eine Bauleistung kann vom AN nur dann rechtzeitig und innerhalb der verbindlichen Vertragsfristen erbracht werden, wenn der AG die Voraussetzungen dafür schafft, d. h. insbesondere, dass der AG alle von ihm nach dem Vertrag zu erbringenden Vorleistungen erbringt. An solche zu erbringenden Mitwirkungshandlungen des AG sind zu benennen:
- Der AG hat dem AN zur Ausführung der Bauarbeiten das zu bebauende Grundstück zur Verfügung zu stellen, und zwar ggf. für den Nachfolgeunternehmer in einem vom Vorunternehmer aufbereiteten Zustand.
 - Der AG hat dem AN die für die Ausführung notwendigen Unterlagen, insbesondere die erforderlichen Pläne zu übergeben (§ 3 Abs. 1 VOB/B),
 - Der AG hat dem AN die notwendige Baugenehmigung beizubringen (§ 4 Abs. 1 VOB/B),
 - Der AG hat dem AN Lager- und Arbeitsplätze sowie Wege und Leitungen zu überlassen (§ 4 Abs. 4 VOB/B).
- b) Kommt der AG solchen Mitwirkungspflichten nicht nach und setzt er damit dem AN außer Stande, die Bauleistung entsprechend dem Vertrag rechtzeitig zu erbringen, gerät er in Annahmeverzug, ohne dass hierfür ein Verschulden Voraussetzung ist.

Der Annahmeverzug ist im BGB wie folgt geregelt:

§ 293 Annahmeverzug

„Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.“

§ 294 Tatsächliches Angebot

„Die Leistung muss dem Gläubiger, so wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden.“

§ 295 Wörtliches Angebot

„Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebot der Leistung steht die Aufforderung an einen Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.“

§ 304 Ersatz von Mehraufwendungen

„Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste.“

- c) Die rechtliche Qualifizierung dieser Mitwirkungshandlungen, bzw. Mitwirkungspflichten des AG ist im Einzelfall nicht einfach:



- Handelt es sich bei der Mitwirkungshandlung des AG um eine Hauptleistungspflicht, bzw. um eine selbständige Nebenpflicht, deren Erfüllung der AN gegebenenfalls erzwingen kann (z. B. Vertragliche Vereinbarung einer Pflicht im Vertrag als Hauptpflicht, Zahlung einer fälligen Rechnung, Abnahme, Stellung einer Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB aF bzw. § 650f BGB seit 01.01.2018), stellt deren Verletzung einen Schuldnerverzug gem. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB dar, der Schadensersatzansprüche zugunsten des AN auslöst.
- Handelt es sich bei der Mitwirkungshandlung des AG um eine unselbständige vertragliche Nebenpflicht, ist deren Erfüllung nicht erzwingbar, deren Verletzung kann jedoch gleichfalls Schadensersatzansprüche auslösen (§ 280 Abs. 1 BGB).
- Handelt es sich bei der Mitwirkungshandlung des AG lediglich um eine (Gläubiger-) Obliegenheit, kann deren Nichterfüllung lediglich zum Annahmeverzug führen, mangels Pflichtverletzung jedoch nicht zu Schadensersatzansprüchen.

(Siehe hierzu Kleine-Möller, NZBau 2000, S. 401, 402).

- d) Obliegenheiten des Gläubigers sind lediglich Gebote des eigentlichen Interesses, da der damit Belastete bei ihrer Verletzung rechtliche Nachteile erleidet. Sie begründen aber für den Vertragspartner des Belasteten weder einen Erfüllungsanspruch noch - grundsätzlich - im Falle ihrer Verletzung eine Haftung auf Schadensersatz. Ihre Nichterfüllung kann aber zu Annahmeverzug mit den Rechtsfolgen der §§ 304, 642 BGB führen (Palandt, 71. Aufl. Einl. § 241 BGB, Rdnr. 13). Als eine solche lediglich „Gläubiger-Obliegenheit“ und nicht grundsätzlich als Hauptleistungs- oder Nebenpflicht hat der BGH z.B. die Mitwirkungshandlung des Bestellers einer Bauleistung gesehen, dem Nachfolgeunternehmer ein vom Vorunternehmer „aufnahmeberechtigtes“ Baugrundstück zu überlassen.
- e) Dem Auftraggeber obliegt eine sog. Abrufpflicht hinsichtlich der mit dem Auftragnehmer vereinbarten Bauleistung. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber innerhalb der vertraglich vorgesehenen oder aber einer nach Treu und Glauben zu bemessenden angemessenen Frist zum Abruf der Vertragsleistung verpflichtet ist. Haben die Parteien dies zu einer vertraglichen Pflicht erhoben, kann die Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflicht zu Schadensersatzansprüchen des Unternehmers gemäß § 280 Abs. 1 beim BGB-Vertrag bzw. aus § 6 Abs. 6 VOB/B beim VOB-Bauvertrag führen. Haben die Parteien dazu im Vertrag keine Regelung getroffen, dürfte es sich nur um eine Obliegenheit handeln, die allenfalls Entschädigungsansprüche nach sich ziehen kann.

III. Die Ansprüche des AG bei verzögerter Bauausführung

1. Einführung

Wird die vereinbarte Ausführungsfrist oder die angemessene Leistungszeit vom Auftragnehmer nicht eingehalten, so bietet sowohl das gesetzliche Werkvertragsrecht als auch die VOB/B dem Auftraggeber mehrere Anspruchsgrundlagen wahlweise zur Durchsetzung seiner Ansprüche an.

Die gesetzlichen Regelungen ergeben sich aus den Bestimmungen des Schuldnerverzuges, d. h. aus § 280 Abs. 2 BGB i. V. m. § 286 BGB.

Bei Zugrundelegung eines VOB/B-Vertrages (und der Vereinbarung der VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen iSv. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB) hat der AG für den Fall, dass der AN seiner Verpflichtung, die



Ausführung nach den verbindlichen Vertragsfristen zu beginnen, angemessen zu fördern oder zu vollenden, nicht nachkommt, gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B einen Anspruch wahlweise

- bei Aufrechterhaltung des Vertrages auf Schadensersatz in Verbindung mit § 6 Abs. 6 VOB/B
- oder auf Kündigung des Vertrages in Verbindung mit § 8 Abs. 3 VOB/B.

2. Schadensersatzanspruch gemäß §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B

- a) In der Regel wird es mehr dem Interesse beider Vertragspartner entsprechen, wenn der Bauvertrag aufrechterhalten bleibt, die Bauleistung - wenn auch verspätet - vom AN erbracht wird und der AG den durch die Bauverzögerung schuldhaft verursachten Schaden erstattet verlangt. Der insofern vom AG geltend gemachte Schadensersatzanspruch muss hierbei folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Es müssen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 3 und 4 VOB/B und
- die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 6 VOB/B

vorliegen.

Dies bedeutet, dass sich der AN

- bei allen drei Varianten des § 5 Abs. 4 (unzureichender Einsatz oder Vorhaltung Produktionsmittel) mit seiner Leistungserfüllung (Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten) in Schuldnerverzug befinden muss (was Fälligkeit der jeweiligen Leistung und Mahnung erfordert) und
- den AN ein Verschulden an der Bauverzögerung trifft und
- beim AG ein Schaden eingetreten ist, der ursächlich auf den Verzug des AN zurückzuführen ist.

...Ausführungsfristen können „**offenbar**“ nicht eingehalten werden...

[Prognoseentscheidung → enge Auslegung → welcher Grad der Wahrscheinlichkeit?]

- Muss objektiv feststehen (FKZGM Kemper VOB/B § 5 Rdnr. 34)
- Muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überschritten werden (OLG Celle, IBR 2010, 77; Ingenstau/ Korbion, VOB/B § 5 Abs. 1-3 Rdnr. 19)
- Es reicht ernsthafte Befürchtung (Heiermann/Riedel/Rusam/Mansfeld, VOB/B § 5 Rdnr. 13)
- Verständigem Beobachter drängen sich ernsthafte Zweifel an der Einhaltung der Frist auf (Staudinger/ Peters BGB § 633 Rdnr. 136)
- Auf der Grundlage des bisherigen Baufortschritts muss bereits erbrachte Bauleistung und noch zu erbringende Bauleistung unter Berücksichtigung der noch zur Verfügung stehenden Bauzeit verglichen werden (Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B § 5 Rdnr. 172)

[Kein unberechtigtes Abhilfeverlangen = auf Beschleunigung gerichtet = AN steht aufgrund AG-seitiger Behinderung ein Bauzeitverlängerungsanspruch zu]

- b) Das Erfordernis des Verschuldens bzw. des Verzuges gilt für alle drei Varianten nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 4 VOB/B, d. h. also auch für den verzögerten Beginn der Ausführung bzw. das Unterlassen unverzüglicher Abhilfe, bei denen nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 4 VOB/B selbst nicht zwingend ein Verzug erforderlich ist. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist lediglich für die verspätete Vollendung erforderlich, dass der AN sich in Verzug befindet.



Da jedoch die Pflicht zum Ersatz des Verzugsschadens auf § 286 BGB beruht und hiernach stets Voraussetzung für eine Schadensersatzverpflichtung ein Verzug ist, ist nach einhelliger Auffassung in der Literatur und in der Rechtsprechung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches auch bei den genannten beiden anderen Alternativen des § 5 Abs. 4 VOB/B ein Verschulden des AN notwendig (s. a. Ingenstau/Korbion, § 5 Abs. 4 Rdnr. 6 + 7).

- c) Der dem AG zustehende Schadensersatzanspruch ist nach § 6 Abs. 6 VOB/B beschränkt, d.h. dass der AG keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn hat, es sei denn, dass die dem AN anzulastende Bauverzögerung von diesem vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt worden ist.
- d) Eine solche Haftungsbeschränkung des § 6 Abs. 6 VOB/B gilt bei Zugrundelegung eines BGB-Vertrages nicht. Gleiches trifft auch auf jene Fälle zu, in denen der AN die Erfüllung des Bauvertrages ernsthaft und endgültig verweigert, da der AN hier den Bau nicht verzögert, sondern ihn zu vereiteln sucht (BGH NJW 1976 S. 517 = BauR 1976 S. 126).
- e) Wesentlich für die Rechtsfolge des geltend gemachten Schadensersatzanspruches ist es, dass der Bauvertrag aufrechterhalten und der AN nach wie vor zur vertragsgerechten Leistung verpflichtet bleibt.
- f) Der Schadensersatzanspruch des AG aus § 6 Abs. 6 VOB/B verjährt bis zur Abnahme in der Regelfrist des § 195 BGB von 3 Jahren ab Kenntnis von den den Verzugseintritt begründenden Tatsachen. Ob er erst nach der Abnahme aber in der für Gewährleistungsansprüche geltenden Verjährungsfrist gemäß § 13 Abs. 4 VOB/B verjährt, da er einen Ausgleich für die nicht rechtzeitige Erfüllung schaffen soll (so Nicklisch/ Weick VOB/B § 6 Rdnr. 68; Vygen "Bauverzögerungen" Rdnr. 99) dürfte in Anbetracht der Entscheidung des BGH vom 19.05.2022 – VII ZR 149/21 (BauR 2022, 1342 ff.; IBRRS 2022, 2176) nicht mehr angenommen werden können.
- g) Zu den erstattungsfähigen Schäden des Auftraggebers gehören in der Regel folgende Vermögens-einbußen:
 - Schäden am Bauwerk selbst (z. B. durch Beschädigung oder Zerstörung)
 - Lohnkosten für während der Verzögerung nicht beschäftigtes Personal,
 - notwendiger Aufenthalt in einem Hotel oder einer Mietwohnung
 - Gutachterkosten für die Ermittlung von Schäden,
 - Mehrkosten für Architekten und Ingenieurleistungen bei verlängerter Bauzeit,
 - finanzieller Mehraufwand für die Finanzierung.

3. Das Kündigungsrecht des AG gemäß §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 VOB/B

- a) Neben dem Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B gewährt § 5 Abs. 4 VOB/B dem AG wahlweise auch ein Kündigungsrecht. Die Voraussetzungen für eine solche Kündigung und damit für die Beendigung des Vertrages sind jedoch nicht mit denen des Schadensersatzanspruches bei Aufrechterhaltung des Vertrages identisch.
- b) Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen, damit der AG wirksam gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen kann:



- Eine der drei Alternativen des § 5 Abs. 4 VOB/B muss vorliegen, d. h. verzögerter Baubeginn, Verzug mit der Vollendung oder nicht erfolgter Abhilfe des unzureichenden Baustelleneinsatzes, wobei allerdings ein Verschulden nur bei verspäteter Fertigstellung erforderlich ist, da nur hier von Verzug die Rede ist und dieser Verzug stets Verschulden erfordert, während das Kündigungsrecht bei den beiden anderen Alternativen des § 5 Abs. 4 verschuldensunabhängig ist (streitig, so jedoch die herrschende Meinung, Heiermann/Riedl/Rusam, § 5 Rdnr. 19); Vygen "Bauverzögerungen" Rdnr. 100).

...Ausführungsfristen können „**offenbar**“ nicht eingehalten werden... (wie oben)

[Prognoseentscheidung → enge Auslegung → welcher Grad der Wahrscheinlichkeit?] (wie oben)

OLG Köln, Urt. v. 28.06.2006 - 11 U 48/04

Das Recht zur Kündigung kann auch bestehen, wenn die schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist, denn es kann dem AG [...] nicht zugemutet werden, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen [...] Rechtslage ... vergleichbar mit Fällen, in denen der Gläubiger vor Fälligkeit der Leistungsverpflichtung ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 Abs. 1 BGB vorgehen kann, wenn Schuldner Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert [...] Eine Kündigung kann auch dann erfolgen, wenn feststeht oder [...] anzunehmen ist, dass AN [...] Vertragsfrist [...] nicht einhalten wird und diese Vertragsverletzung [...] von erheblichem Gewicht, dass Fortsetzung nicht zumutbar ist.

OLG Stuttgart, Urt. v. 30.01.2018 – 10 U 84/17

... § 5 Abs. 4 Variante 3 iVm. § 5 Abs. 3 VOB/B. Danach müssten die Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend gewesen sein, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden konnten, und müsste die Klägerin auf Verlangen der Beklagten nicht unverzüglich Abhilfe geschaffen haben. Es ist gerade nicht festzustellen, dass aufgrund der Arbeitseinstellung die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden konnten. Dabei spielt keine Rolle, dass es bereits zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung des Bauvorhabens gekommen war und die ursprünglich vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen nicht mehr gegolten haben. Neue Ausführungsfristen wurden, soweit ersichtlich, nicht vereinbart bzw. waren nicht überschritten.

- Angemessene Fristsetzung zur Vertragserfüllung mit Kündigungsandrohung;
- fruchtloser Ablauf der Frist;
- schriftliche Kündigungserklärung.

[Kein unberechtigtes Abhilfeverlangen = auf Beschleunigung gerichtet = AN steht aufgrund AG-seitiger Behinderung ein Bauzeitverlängerungsanspruch zu]

- c) Die angemessene Nachfristsetzung muss stets mit der Kündigungsandrohung miteinander verbunden werden, da andernfalls das Kündigungsrecht entfällt und der Unternehmer nur in Verzug gesetzt wird (BGH Schäfer/Finnern Z 2.510 Bl. 29).

Wird deshalb in einem Schreiben mit Nachfristsetzung die Kündigungsandrohung vergessen, hat der AG die Nachfristsetzung noch einmal zu wiederholen und mit ihr die Kündigungsandrohung zu verbinden, um berechtigt gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen zu können. Andernfalls liegt keine berechtigte Kündigung gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B vor.



- d) Bei der Fristsetzung muss die ausstehende Leistung des AN so genau bezeichnet werden, dass dieser zweifelsfrei ersehen kann, was im Einzelnen beanstandet und welche Leistung von ihm in der gesetzten Frist verlangt wird (OLG Köln, Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 4 zu § 8 VOB/B).
- e) Das Kündigungsrecht entsteht erst nach Ablauf der gesetzten Frist mit Kündigungsandrohung. Die Auftragsentziehung darf deshalb nie bereits mit der Fristsetzung verbunden werden. Sie darf vielmehr erst nach fruchtlosem Fristablauf ausgesprochen werden (BGH BauR 1973 S. 319). Eine Auftragsentziehung gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B ist auch nicht berechtigt, wenn die vermeintlich rückständige Leistung überhaupt nicht fällig war (BGH Nichtannahmebeschluss vom 30.09.2004; OLG Saarbrücken Urteil vom 02.04.2003 = IBR 2005, S. 9).
- f) Der AG verliert sein durch Ablauf der gesetzten Frist mit Ablehnungsandrohung entstandenes Kündigungsrecht wieder bzw. verwirkt dieses, wenn er die Kündigung zwar ordnungsgemäß angedroht, dann aber trotz fruchtlosen Fristablaufs eine gewisse Zeit lang nicht ausgesprochen hat (OLG Köln Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 4 zu § 8 VOB/B). Dasselbe gilt, wenn der Auftraggeber nach dem Ablauf der Nachfrist den AN noch weiterarbeiten lässt. Auch in einem solchen Fall muss er vor einer Kündigung wegen Verzugs erneut eine Nachfrist wegen der dann rückständigen Leistungen setzen (BGH Nichtannahmebeschluss vom 30.09.2004 – OLG Saarbrücken, Urteil vom 02.04.2003 = IBR 2005, S. 9).

Mit Urteil vom 28.07.1993 hat das OLG Düsseldorf entschieden (BR 1/94 = IBR 93, S. 462), dass die Regelungen gemäß § 5 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B auch bei wiederholten Vertragsverletzungen zwingend für jeden einzelnen Verstoß zu beachten sind, sich also ein Auftraggeber i. d. R. nicht als Kündigungsgrund auf den Verlust der Vertrauensgrundlage berufen kann.

- g) Die Kündigung des Vertrages bedarf gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B (nF) bei Zugrundelegung eines VOB/B-Vertrages der Schriftform. Dies selbst dann, wenn der AN die weitere Erfüllung des Bauvertrages bereits ernsthaft und endgültig verweigert hat und in einem solchen Fall eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung entbehrlich ist (OLG Celle BauR 1973 S. 49; OLG Köln Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 4 zu § 8 VOB/B).

Mit Urteil vom 19.02.1997 (NJW-RR 1997 S. 723) hat das OLG Hamm entschieden, dass ein Auftraggeber im Sinne von § 8 Abs. 3 die Kündigung schriftlich aussprechen müsse, um die sich daraus für ihn positiv ergebenden Rechtsfolgen in Anspruch nehmen zu können. Kündigt der Auftraggeber das Vertragsverhältnis nicht schriftlich, komme für ihn der Ersatz für Mehraufwendungen durch die ersatzweise Beauftragung eines anderen Unternehmers nicht in Betracht.

- h) Neu entstandenes **Problem zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 5 Abs. 4 iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B:**

BGH Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20; NJW 2023, 1356 [allerdings zu § 4 Abs. 7 iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B]:

„Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, entfällt die Privilegierung der VOB/B gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB und es findet eine isolierte Inhaltskontrolle der Vorschrift statt. § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 I 1 Var. 1 VOB/B (2002) hält bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 S. 3 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 I 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt



den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 I 1, II Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.“

Gilt das analog auch für § 5 Abs. 4 VOB/B iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B? Diese Frage ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt. Hintergrund der Entscheidung ist die Neuregelung des § 648a BGB seit 01.01.2018:

§ 648a nF Kündigung aus wichtigem Grund

*(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag **aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen**. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks **nicht zugemutet werden kann**.*

Wenn schon der kleinste und unbedeutendste Mangel nach § 4 Abs. 7 VOB/B eine Kündigung ermöglicht und die Vorschrift des § 4 Abs. 7 VOB/B gemessen an den Anforderungen des Leitbildes des § 648a BGB für eine außerordentliche Kündigung infolgedessen als unwirksam anzusehen ist, dann dürfte dasselbe auch für § 5 Abs. 4 VOB/B gelten.

Denn auch dort ermöglichte auch eine nur geringfügige Verzögerung des Beginns oder ein geringfügiger Verzug in Hinblick auf die Vollendung eine außerordentliche Kündigung ohne die nach § 648a BGB erforderliche Güterabwägung.

Eingriffe in das Gesamtgefüge der VOB/B iSv. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB sind daher höchst problematisch. Denn einer isolierten Inhaltskontrolle halten § 4 Abs. 7 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B nicht Stand. Verlass ist auf diese Kündigungsmöglichkeiten nur dann, wenn die VOB/B inhaltlich ohne Abweichungen insgesamt in den Bauvertrag einbezogen sind.

h) Nach Entziehung des Auftrags ist der AG berechtigt,

- den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des AN durch einen Dritten ausführen zu lassen und Ersatz seines etwa sonst noch entstandenen weiteren Schadens zu verlangen;
- für die Weiterführung der Arbeiten durch den Drittunternehmer die Geräte, Gerüste, Baustelleneinrichtung und angelieferten Stoffe und Bauteile des AN gegen angemessene Vergütung in Anspruch zu nehmen (§ 8 Abs. 3 Abs. 3 VOB/B);
- neben der Auftragsentziehung auch Ersatz eines etwaigen weiteren Schadens zu verlangen, wenn auch die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch gemäß § 5 Abs. 4 iVm. § 6 Abs. 6 VOB/B vorliegen (also insbesondere das Verschulden des Unternehmers);
- unter Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (Verzicht auf die weitere Ausführung der Bauleistung), Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist nicht auf die Ansprüche des § 6 Abs. 6 VOB/B beschränkt, er setzt allerdings voraus, dass die Ausführung der Bauleistung für den AG aus den Gründen kein Interesse mehr hat, die zur Entziehung des Auftrages geführt haben (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VOB/B).



IV. Der Anspruch des AG auf Vertragsstrafe

1. Allgemeine Voraussetzungen für die Geltendmachung

- a) Bereits aus dem Wortlaut des § 339 BGB ergibt sich, dass ein Anspruch auf Vertragsstrafe für einen Gläubiger immer nur dann besteht, wenn ein solcher Vertragsstrafenanspruch ausdrücklich mit dem Schuldner vereinbart worden ist.

Auch bei einem VOB-Bauvertrag gilt nichts anderes, nachdem die VOB die Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe nicht regelt, sondern ausdrücklich in § 11 Abs. 1 VOB/B bestimmt ist, dass „die §§ 339 bis 345 BGB gelten, wenn Vertragsstrafen vereinbart worden sind“.

Sowohl beim BGB-Vertrag wie auch beim VOB-Vertrag gilt somit der Grundsatz:

Ohne ausdrückliche Vertragsstrafenvereinbarung kein Anspruch auf Vertragsstrafe!

- b) Sinn und Zweck einer Vertragsstrafe ist
- zum einen ein Druckmittel, um die termingerechte Fertigstellung des Bauwerks zu sichern (= Druckfunktion) und
 - zum anderen, die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis (= Ausgleichs- oder Kompensationsfunktion)

Berücksichtigt eine in AGB vereinbarte Vertragsstrafe diese beiden Funktionen in einem angemessenen Verhältnis zum Werklohn, den der Auftragnehmer durch seine Leistung verdient, ist eine Vertragsstrafen- AGB nicht zu beanstanden. Wird vom Auftraggeber jedoch eine Vertragsstrafenvereinbarung als „Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Auftraggebers losgelöster Geldforderungen“ gesehen, widerspricht dies dem Sinne einer Vertragsstrafe, sodass in einem solchen Fall eine Vertragsklausel gemäß § 9 Abs. 1 AGBG a. F. bzw. § 307 Abs. 1 BGB verstößt und deshalb nichtig ist. (Vgl. insofern BGH, Urteil v. 23.01.2003, VII ZR 210/01, IBR 2003, 291, 292).

- c) Neben der Tatsache, dass überhaupt eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung vorliegt, verlangt § 339 Satz 1 BGB für das Verwirken der Vertragsstrafe, dass der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit "in Verzug kommt".

Verzug setzt voraus:

- Fälligkeit der geschuldeten Leistung;
- Mahnung des Berechtigten;
- Verschulden des Verpflichteten.

Die den Verzug auslösende Mahnung ist in folgenden Fällen gemäß § 286 Abs. 2 BGB für die ab dem 01.01.2002 abgeschlossenen Bauverträge entbehrlich:

- Wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist;
- wenn die Leistung vertraglich an ein bestimmtes Ereignis gekoppelt und mit einer
- angemessenen Fristsetzung versehen wird wie z. B.:

„Zahlung 10 Tage nach Erhalt der Rechnung“;



- wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert;
- wenn besondere Gründe vorliegen, die den sofortigen Eintritt des Verzugs rechtfertigen.

Ob die Verzugsvoraussetzungen vorliegen, bereitet hinsichtlich der Beurteilung der Fälligkeit einer bestimmten Verpflichtung Schwierigkeiten. Insofern werden in der Baupraxis häufig die Anforderungen an eine verzugsbegründende Fristversäumung verkannt. Dies deshalb, da zu Unrecht eine verzugsbegründende Frist angenommen und deshalb die Mahnung für entbehrlich gehalten wird. Verschiebt sich z. B. der vereinbarte Baubeginn aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, etwa wegen Verzögerungen bei einem vorhergehenden Unternehmer, gilt die zunächst nach dem Vertrag vereinbarte kalendarisch fixierte Frist nicht mehr, so dass zum Eintreten der Verzugsvoraussetzungen der Auftraggeber zumindest mahnen muss.

- d) Auch bei einem VOB/B- Vertrag ist der Verzug des AN zwingende Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe. Dies ergibt sich einerseits aus § 11 Abs. 1 VOB/B, der auf § 339 BGB verweist. Darüber hinaus weist § 11 Abs. 2 VOB/B auf das Vorhandensein eines Verzugs noch einmal ausdrücklich hin.

Mit Urteil vom 30.03.2006 (IBR 2006, 386) hat der BGH **bei einem VOB/B-Vertrag** folgende Klausel für wirksam erklärt, ohne dass bei dieser Klausel mit einem Klammerzusatz auf § 11 VOB/B verwiesen wurde:

„Der AG ist berechtigt, für jeden Fall der Überschreitung des Fertigstellungstermins als Vertragsstrafe 0,2 % der Brutto-Schlussrechnungssumme je Werktag geltend zu machen, insgesamt jedoch höchstens ... % der o. g. Summe.“

Nach der Entscheidung des BGH ergibt sich die Verschuldensabhängigkeit der Klausel aus der nachrangigen Vereinbarung der VOB/B (§ 11 Abs. 2). Sofern sich aus dem Vertrag nichts Gegenteiliges ergibt, ergänzt § 11 Abs. 2 VOB/B nach seinem Sinn und Zweck die im Vertrag an anderer Stelle getroffene Vertragsstrafen- Vereinbarung. Diese Entscheidung des BGH steht allerdings im Widerspruch zu den davor ergangenen Entscheidungen vom 23.01.2003, 08.07.2004 und 11.11.2004 (vgl. insofern auch Anmerkung Hildebrandt in IBR 2006, 386).

- e) Mit Urteil vom 14.01.1999 (Baurecht 1999, S. 645 = IBR 1999, S. 155 - 157) hat der BGH entschieden, dass sich der Auftragnehmer auch dann auf fehlendes Verschulden berufen kann, wenn er eine Behinderung nicht gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat. Den Auftragnehmer trifft jedoch in einem solchen Fall die volle Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung, dass er die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat oder durch von ihm nicht zu vertretende Umstände der Zeitplan so gestört worden ist, dass ein Anspruch auf Vertragsstrafe ganz entfällt.

In der gleichen Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass wenn eine Klausel die Vertragsstrafe an die Überschreitung der Fertigstellungsfrist anknüpft, der Verzug des Auftragnehmers mit der Fertigstellung und nicht erst mit deren Anzeige bzw. mit der Abnahme endet.

- f) Auch noch nach Abschluss des Vertrages kann bis zu dessen endgültiger Abwicklung eine Vertragsstrafen- Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen werden. In einem solchen Fall muss jedoch der diesbezügliche Wille beider Parteien auf Vereinbarung einer Vertragsstrafe sich zweifelsfrei aus den entsprechenden Vertragsunterlagen ergeben.



- g) In Bezug auf die geltend zu machende Höhe eines Verzugszinses bei einer verwirkten Vertragsstrafe gibt das Urteil des OLG Hamburg vom 17.12.2003 (IBR 2004, 363) Auskunft. In diesem Urteil hat das OLG Hamburg entschieden, dass eine verwirkte Vertragsstrafe gem. § 288 Abs. 1 BGB nur mit 5%-Punkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist. Denn bei einem Anspruch auf eine Vertragsstrafe handelt es sich **nicht** um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB.
- h) Muss ein Generalunternehmer einem Auftraggeber Vertragsstrafe zahlen, hat der Generalunternehmer in Höhe dieser bezahlten Vertragsstrafe einen Ersatzanspruch gegenüber seinem Nachunternehmer, wenn dieser die Ursachen für die Verpflichtung aus der Vertragsstrafen-Vereinbarung des Generalunternehmers gesetzt hat. Dies selbst dann, wenn dieser Ersatzanspruch die Höhe des Werklohnanspruches dieses Auftragnehmers erreicht (BGH Urteil vom 18.12.1997 = BauR 1998, 330; Oberhauser in BauR 2006, 210 ff. in dem Artikel „Vertragsstrafe und Regressmöglichkeiten gegenüber Dritten“.)

2. Gilt die Vertragsstrafenvereinbarung fort, wenn sich die Ausführungsfrist verlängert?

Nach der Rechtsprechung des BGH und der obergerichtlichen Rechtsprechung wird eine ursprüngliche Vertragsstrafenzusage hinfällig, wenn die Bauausführung durch vom AN nicht zu vertretende Umstände so erheblich verzögert wird, dass der Zeitplan des AN einer durchgreifenden Neuordnung unterzogen werden muss. (OLG Hamm (IBR 1996, 509); OLG Frankfurt (BR 6/97); BGH NJW 1986, 971, BGH NJW 1993, 2674).

Verlängern die Parteien eine ursprünglich vereinbarte Fertigstellungsfrist, hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die ursprünglich getroffene Vertragsstrafen-Vereinbarung auch für den neuen Fertigstellungstermin gelten soll, wenn die Parteien diese Frage nicht ausdrücklich geregelt haben (KG Urteil vom 07.05.2004 = BGH Nichtannahmebeschluss vom 07.07.2005 = IBR 2005, 470; BGH Urteil vom 30.03.2006 = IBR 2006, 387).

Von einer Fortgeltung der Vertragsstrafenregelung kann nicht ausgegangen werden, wenn

- die neue Fertigstellungsfrist auf einen ganz konkreten Termin bezogen wird, zumal wenn dieser zu gänzlich anderen Baubedingungen führt (Kniffka/Koeble a.a.O., 2. Auflage, 7. Teil, Rdnr 88);
- der alte Ausführungstermin im Zeitpunkt der einvernehmlichen Verlängerung der Fertigstellungsfrist bereits verstrichen ist (vgl. Werner/ Pastor, 13. Auflage, Rdnr 2593);
- wenn sich ein Fertigstellungstermin mehrfach geändert hat und es an einer Darlegung fehlt, von welchem Fertigstellungszeitpunkt die Vertragsstrafe nunmehr abhängig sein soll (OLG Celle Urteil vom 21.09.2004 mit Nichtannahmebeschluss des BGH vom 23.02.2006 (IBR 2006, 245).

Verschiebt sich die Ausführungsfrist aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat und einigt man sich zwischen den Parteien auf einen neuen Fertigstellungstermin **sollte daher zur Vermeidung von Missverständnissen klargestellt werden, dass die ursprünglich getroffene Vertragsstrafen-Vereinbarung auch für den neuen Fertigstellungstermin gilt.**



3. Behandlung von AGB-Klauseln zur Vertragsstrafe

a) Allgemeine Voraussetzungen

Wie oben bereits ausgeführt, ist zwingende Voraussetzung für einen Anspruch des AG auf die Vertragsstrafe, dass sich der AN mit der Fertigstellung der Bauleistung in Verzug befindet. Verzug tritt – wie gleichfalls bereits ausgeführt – gemäß § 286 Abs. 1 grundsätzlich erst durch Mahnung nach Fälligkeit der Leistung ein (Ausnahme: Es liegt ein Fall des § 286 Abs. 2 BGB vor, was bei der Vereinbarung einer Fertigstellungsfrist der Regelfall ist), also nach Ablauf der Ausführungsfrist, und setzt ein Verschulden voraus.

Alle AGB-Klauseln, die eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vorsehen und alle AGB-Klauseln, durch die der Verwender von der gesetzlichen Verpflichtung freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen, ohne ihm eine Nachfrist zu setzen (§ 309 Abs. 4 BGB für Verträge nach dem 01.01.2002, vorher: § 11 Abs. 4 AGBG) **verstoßen gegen das AGB-Recht und sind somit unwirksam**.

In Bezug auf eine „Verschuldensabhängigkeit“ einer Vertragsstrafenklausel genügt es allerdings nach Auffassung des BGH, wenn die VOB/B vereinbart ist und die übrigen Vertragsregelungen das Verschulden als Voraussetzung nicht ausschließen. In derartigen Fällen ergänzt § 11 Abs. 2 VOB/B nach seinem Sinn und Zweck die im Vertrag an anderer Stelle getroffene Vertragsstrafenvereinbarung (BGH, Urteil vom 13.12.2001 – NJW 2002, 1274 = IBR 2002, 184; BGH-Urteil vom 08.07.2004 – IBR 2004, 490).

Unwirksam, weil gegen § 309 Nr. 4 BGB verstoßend, sind insbesondere folgende Klauseln:

„Bei Überschreitung der Ausführungsfrist gerät der AN ohne Mahnung in Verzug“
oder

„Bei Fristüberschreitung wird pro Tag/Woche eine Vertragsstrafe in Höhe von der Auftragssumme von der Schlussrechnung abgezogen“.

(OLG Hamm, Urteile vom 21. März 1996 (IBR 1996, 414) und vom 18. April 1996 (IBR 1996, 415)).

b) Aushandeln von Vertragsstrafen

- aa) Selbstverständlich ist es jedoch zulässig, abweichend von diesen gesetzlichen Grundsatzregeln eine Vertragsstrafe auch mit „gesetzesfremdem Gehalt“ abzuschließen, wenn eine solche Vertragsstrafenklausel zwischen den Vertragspartnern individuell a u s g e h a n d e l t wird. Im Sinne von § 305 Abs. 2 (für Verträge nach dem 01.01.2002 – vorher: § 2 AGB-G) reicht hierbei lediglich ein „Verhandeln“ nicht aus. Ein Aushandeln i. S. des § 305 Abs. 1 S. 2 BGB für Verträge nach dem 01.01.2002 (vorher § 1 Abs. 2 AGB-G) liegt nur dann vor, wenn von dem Auftraggeber der gesetzesfremde Kern der Klausel ernsthaft zur Diskussion gestellt wird und dem Verhandlungspartner zur Wahrung eigener Interessen eine Gestaltungsfreiheit einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingung beeinflussen zu können.

An das Aushandeln einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Vertragsstrafenklausel werden strenge Anforderungen gestellt. Hierbei gelten die gleichen Anforderungen auch im kaufmännischen Rechtsverkehr (OLG Celle IBR 2004, S. 1; OLG Oldenburg IBR 2005, S. 305).



- bb) Ein „Aushandeln“ i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 2 BGB liegt noch nicht vor, wenn lediglich ein **Verhandlungsprotokoll** des Auftraggebers mit der Überschrift „Vertragsstrafe für Terminüberschreitung“ und der vorformulierten Klausel

„eine Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins vom unterliegt ab eine Vertragsstrafe von ...% je angefangener Woche, maximal ...% jeweils vom Gesamtauftragswert. Die Geltendmachung der Vertragsstrafe behalten wir uns bis zur vereinbarten Schlusszahlung vor“,

vorliegt und handschriftlich ausgefüllt wird. Da hier die Vertragsstrafenklausel nicht ihrem ganzen Inhalt nach zwischen den Parteien ausgehandelt wird, handelt es sich in einem solchen Fall der „handschriftlichen Ergänzung“ um eine AGB-Klausel und nicht um individuelles Aushandeln (OLG Frankfurt Baurecht 1999, S. 51).

- cc) Diese Grundsätze zu „ausgehandelten, individueller Vertragsklauseln“ hat der BGH nochmals mit Urteil vom 23. Januar 2003 – VII ZR 210/01 (ZfBR 2003, 287 = BauR 2003, 870) bestätigt und ausgeführt,

„ein Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt voraus, dass dem Vertragspartner die reale Möglichkeit eingeräumt werde, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Hierzu müsse sich der AG deutlich und ernsthaft zur Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Ein Aushandeln im Sinne des Gesetzes sei nicht dadurch gegeben, dass die Parteien die Klauseln gemeinsam lesen und erörtern. Werde nur über Möglichkeiten der Abänderung einer Klausel gesprochen und unterbreite der AN hierzu lediglich Vorschläge, bestehe der AG aber auf seiner Regelung und lehne Änderungsvorschläge kategorisch ab, könne von einer Verhandlungsbereitschaft nicht ausgegangen werden. Vielmehr weise das Belassen einer Regelung trotz des Vorschlagens von Alternativen durch den AN darauf hin, dass der AG gerade nicht zu Änderungen bereit gewesen sei. Zu betrachten sei dabei jede einzelne Klausel, sodass Änderungen des Vertrages in anderen Teilen nicht die Annahme nahelegten, dass der AG dem AN auch bei anderen, nicht veränderten Klauseln Gestaltungsmacht eingeräumt habe.“

Auch das „mit sich reden lassen“ im Hinblick auf die Höhe der zu vereinbarenden Vertragsstrafe stellt noch kein echtes „Aushandeln“ dar, wenn der Auftraggeber nicht bereit ist, über die Vertragsstrafenklausel als solche zu verhandeln (OLG Köln Urteil vom 19.01.2005 – Nichtannahmebeschluss des BGH vom 09.02.2006 = IBR 2006, 247).

c) Wirksamkeit von teilbaren Vertragsstrafenregelungen

- aa) Wird in einer Vertragsstrafenklausel wegen der Fristen auf eine weitere Klausel Bezug genommen, in der verschiedene Ausführungsfristen sprachlich, optisch und inhaltlich voneinander getrennten Tatbeständen geregelt sind, liegen trennbare Regelungen der Vertragsstrafe vor, die einer eigenständigen Inhaltskontrolle unterzogen werden können (BGH Urteil vom 14.01.1999 Baurecht 1999, S. 645 = IBR 1999, S. 155 - 157). Liegen deshalb mehrere getrennte „Vertragsstrafenregelungen“ in einem Bauvertrag vor, sind diese einer getrennten Inhaltskontrolle zu unterziehen. Beziehen sich diese auf Einzelfristen, sind solche Vertragsstrafenklauseln jedoch dann bedenklich, wenn schon bei nur geringfügigen Verzögerungen von wenigen Tagen dieser Einzelfristen es dazu kommt, dass die gesamte Vertragsstrafe von 5 % der Auftragssumme unabhängig davon verwirkt ist, ob der Endtermin eingehalten wird. (BGH a. a. O.)



- bb) In Fortsetzung dieser BGH-Entscheidung vom 14. Januar 1999 (BauR 1999, 645) haben zur Vereinbarung einer Vertragsstrafe für Zwischentermine und zur wirksamen Teilbarkeit von Vertragsstrafenregelungen entschieden:

OLG Hamm, BauR 2000, 1212: *„Eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die auch die Überschreitung jeder nach Vertragsschluss vereinbarten Zwischenfrist mit einer Vertragsstrafe in derselben Höhe belegt, die für die Überschreitung des Endtermins vorgesehen ist (hier: 0,3 % des Vertragswertes pro Kalendertag), verstößt gegen § 9 AGBG, und zwar unabhängig davon, ob eine Höchstgrenze für die gesamte Vertragsstrafe festgelegt worden ist (hier: höchstens 10 %), weil bei nur geringfügiger Überschreitung mehrerer Zwischentermine durch die Kumulierung der Einzelvertragsstrafen die gesamte Vertragsstrafe verwirkt sein kann, und zwar selbst dann, wenn der Endtermin eingehalten wird.“*

Kammergericht Berlin, Urteil vom 07. Januar 2002- Revision vom BGH mit Beschluss vom 09. Januar 2003, VII ZR 59/02 nicht angenommen (IBR 2003, 183): *„Enthält eine Vertragsstrafenklausel Vertragsstrafen für die Überschreitung von Zwischen- und Fertigstellungsterminen, bedingt die Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung für die Überschreitung von Zwischenfristen nicht die Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung für die Überschreitung des Fertigstellungstermins, wenn die Vertragsstrafe nicht wegen der Überschreitung der Zwischentermine, sondern wegen der Überschreitung des Fertigstellungstermins geltend gemacht wird!“*

d) Zeitpunkt der Vorbehaltserklärung der Vertragsstrafe

Auch mit Urteil vom 23. Januar 2003 – VII ZR 210/01 – (IBR 2003, 293 = BauR 2003, 870) hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung nochmals bestätigt, dass der Vorbehalt der Vertragsstrafe durch AGB bis zur Schlusszahlung wirksam hinausgeschoben werden kann.

e) Zulässige Höhe des Tagessatzes von Vertragsstrafen

AGB- Vertragsstrafenregelungen, die nach prozentualen Anteilen der Auftragssumme bemessen werden, halten nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nur in einem sehr begrenzten Rahmen von bis zu 0,3 % je Werk- einer Inhaltskontrolle stand (BGH BauR 1976 S. 56). Mit Urteil vom 20.01.2000 hat der BGH eine Vertragsstrafenklausel in AGB von 0,5 % der Auftragssumme für jeden Arbeitstag für unwirksam erklärt und hierbei folgenden Leitsatz aufgestellt:

„Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einem Bauvertrag enthaltene Vereinbarung, wonach der Auftragnehmer, wenn er in Verzug gerät, für jeden Arbeitstag der Verspätung eine Vertragsstrafe von 0,5 % höchstens jedoch 5 % der Auftragssumme zu zahlen hat, ist unwirksam.“ (BGH, NZBau 2000, S. 327).

Bei einer solchen AGB-Klausel würde ein AN bereits nach 10 Tagen 5 % des gesamten Auftragsvolumens als Vertragsstrafe zu bezahlen haben. Dies ist nach Auffassung des BGH bei Zugrundelegung einer AGB-Klausel unangemessen. Dem Auftraggeber ist es unbenommen, durch eine ausgehandelte individuelle Vereinbarung mit dem Auftragnehmer eine höhere Vertragsstrafe pro Tagessatz zu vereinbaren. Nur geht dies eben nicht durch eine Allgemeine Geschäftsbedingung.



f) Notwendigkeit einer Obergrenze

Da vom BGH in ständiger Rechtsprechung Vertragsstrafen für unwirksam angesehen wurden, die nach ihren abstrakten Regelungsgehalt unbegrenzt ansteigen können, ist es von ganz entscheidender Bedeutung - will man die Unwirksamkeit nach den AGB- rechtlichen Voraussetzungen Gesetz vermeiden - für die Vertragsstrafe eine Obergrenze der Auftragssumme festzulegen, selbst wenn die Vertragsstrafe verhältnismäßig gering ist (z. B. 0,15 % je Werktag, siehe insofern BGH, BauR 1988, 86).

Insofern hatte der BGH mit Urteil vom 25. September 1986 eine Vertragsstrafenvereinbarung mit einem bis zu 10 % der Angebotssumme festgesetzten Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zwecke einer derartigen Strafe noch „sich in einem vertretbaren Rahmen haltend“ angesehen und für unbedenklich erklärt (BGH BauR 1987 S. 92; s.a. BGH, Baurecht 1989, S. 327). Diese Rechtsprechung mit der noch zulässigen „Kappungsgrenze“ von 10 % hat der BGH jedoch mit seinem Urteil vom 23. Januar 2003 – Az.: VII ZR 210/01 aufgegeben und zur Wirksamkeit von AGB-mäßigen Vertragsstrafenklauseln Folgendes ausgeführt:

- „1. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5 % der Auftragssumme vorsieht (Aufgabe des BGH – Urteils vom 25. September 1986, BauR 1987, 92, 98).
2. Für vor dem Bekanntwerden dieser Entscheidung geschlossene Verträge mit einer Auftragssumme von bis zu ca. DM 13,0 Mio. beträgt grundsätzlich Vertrauensschutz hinsichtlich der Zulässigkeit einer Obergrenze von bis zu 10 %. Der Verwender kann sich jedoch nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn die Auftragssumme den Betrag von DM 13,0 Mio. um mehr als das Doppelte übersteigt.“

(BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01 – BauR 2003, 870; NZBau 2003, 321)

In der Begründung dieser Entscheidung führt der BGH unter anderem Folgendes aus:

„Eine unangemessen hohe Vertragsstrafe führte zur Nichtigkeit der Vertragsklausel nach § 9 Abs. 1 AGBG. Die Vertragsstrafe sei einerseits ein Druckmittel, um die termingerechte Fertigstellung des Bauwerks zu sichern, andererseits biete sie die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweise.“

Die in AGB vereinbarte Vertragsstrafe müsse auch unter Berücksichtigung ihrer Druck- und Kompensationsfunktion in einem angemessenen Verhältnis zum Werklohn stehen, den der Auftragnehmer durch seine Leistung verdiene. Die Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Auftraggebers los gelöster Geldforderungen sei nicht Sinn der Vertragsstrafe.

Die Obergrenze einer Vertragsstrafe muss sich daran messen lassen, ob sie generell und typischerweise in Bauverträgen, für die sie formuliert sei, angemessen sei. Nach diesem Maßstab sei in Bauverträgen eine Vertragsstrafe für die verzögerte Fertigstellung, deren Obergrenze 5 % der Auftragssumme überschreite, unangemessen. Die Vertragsstrafe müsse sich innerhalb der voraussichtlichen Schadensbeiträge halten. Der Auftraggeber sei ausreichend durch die Möglichkeit geschützt, den Schadensersatzanspruch gesondert zu verfolgen.



Die Orientierung am Schaden biete ohne Berücksichtigung der Druckfunktion keinen verlässlichen Anhaltspunkt für die Obergrenze einer Vertragsstrafe. Sie rechtfertige jedenfalls allein nicht die in vielen Bauverträgen geregelte Obergrenze von 10 % der Auftragssumme. Entscheidende Bedeutung komme der Druckfunktion der Vertragsstrafe zu. Diese müsse berücksichtigen, welche Auswirkungen die Vertragsstrafe auf den Auftragnehmer habe und sich in wirtschaftlich vernünftigen Grenzen halten. Gemessen daran sei eine Vertragsstrafe von über 5 % der Auftragssumme zu hoch. Der Auftragnehmer werde typischerweise durch den Verlust von über 5 % seines Vergütungsanspruches unangemessen belastet.

Sollte die Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme im Einzelfall nicht ausreichen, bliebe es den Parteien unbenommen, individuell eine höhere Obergrenze zu vereinbaren. Eine derartige individuelle Vereinbarung führe den Auftragnehmer deutlicher als eine vorformulierte Regelung in AGB die mit einem Verzug verbundene Gefahr vor Augen.“

Weil der Senat bei seiner früheren Entscheidung vom 25. September 1986 die Obergrenze von 10 % für Verträge mit Auftragsvolumen mit bis zu DM 13,0 Mio. für unbedenklich hielt, räumt er Auftraggebern einen Vertrauensschutz ein. Vertragsstrafen in bis zum Bekanntwerden dieser Entscheidung geschlossenen Verträgen sollen bei vergleichbaren oder niedrigeren Bauvolumen mit einer Obergrenze von bis zu 10 % der Auftragssumme wirksam sein.

War nach dieser BGH-Entscheidung vom 23.01.2003 noch offen,

- wie Vertragsstrafenregelungen mit einem Abrechnungsvolumen von über DM 13 Mio. und einer Kappungsgrenze von 10 % zu behandeln sind und
- ab wann der BGH „von einem Bekanntwerden seiner Entscheidung vom 23.01.2003“ ausgeht, d. h. also bis wann für vereinbarte Vertragsstrafenklauseln auf der Grundlage der BGH-Entscheidung vom 25.09.1986 ein Vertrauensschutz besteht,

so hat der BGH diese beiden noch offenen Fragen mit Urteil vom 08.07.2004, Az. VII ZR 24/03, BauR 2004, S. 1709) wie folgt beantwortet:

- „1. Eine in AGB des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel mit einer Obergrenze von 10 % in einem Bauvertrag mit einer für die Vertragsstrafe maßgeblichen Abrechnungssumme ab DM 15 Mio. ist auch dann unwirksam, wenn der Vertrag vor dem Bekanntwerden der Entscheidung des BGH vom 23.01.2003 - Az. VII ZR 210/01 = IBR 2003, 291 - geschlossen worden ist.
2. Bei Verträgen unterhalb einer Abrechnungssumme von DM 15 Mio. kann Vertrauensschutz nur für Verträge in Anspruch genommen werden, die bis zum 30.06.2003 geschlossen worden sind.“

Mit dieser Entscheidung hat der BGH verbindlich die Grenze des Vertrauensschutzes für „Alt-Fälle“ vor Bekanntwerden seiner Grundsatzentscheidung vom 23.01.2003 fest auf ein Abrechnungsvolumen von genau DM 15 Mio. gelegt und darüber hinaus in zeitlicher Hinsicht den Vertrauensschutz auf den Ablauf des 30.06.2003 fixiert.

Mit dieser Entscheidung des BGH sind deshalb die für die Praxis bei der Behandlung von Streitigkeiten über Vertragsstrafen noch verbliebenen offenen Fragen gleichfalls einer Klärung zugeführt worden.



g) Bezugsgröße Auftragssumme oder Abrechnungssumme

Die Vertragsstrafe muss an eine Bezugsgröße geknüpft werden. Wird lediglich an die „Abrechnungssumme“ als solche in AGBs herangezogen, ergibt sich aus der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB nicht zwingend, dass damit die Brutto-Abrechnungssumme gemeint ist, mithin die Umsatzsteuer als Bemessungsgrundlage hinzugezogen wird. Vielmehr ergibt sich aus der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB der Grundsatz, dass die Auslegung maßgeblich ist, durch die die Vertragspartnerin der Verwenderin der Klausel begünstigt wird. Folglich ist bei fehlender eindeutiger Bezeichnung der Bezugsgröße von eine Netto- Abrechnungssumme auszugehen. (BGH Urt. V. 05.05.2022 – VII ZR 176/20 (BauR 2022, 1337 ff.)

4. Muster für AGB-Vertragsstrafenregelung

„Vertragsstrafe (zu § 11 VOB/B)

Eine Vertragsstrafe wird vereinbart.

Im Falle des Verzuges hat der Auftragnehmer zu zahlen:

- a) Hinsichtlich der vereinbarten Fertigstellungsfrist
0,2 % der Netto-Auftragssumme
für jeden Werktag der Verspätung;
- b) Hinsichtlich der vereinbarten Einzelfristen
0,2 % der anteiligen Netto-Leistungssumme,
der bis zu den jeweiligen Zwischenterminen geschuldeten Bauleistung
für jeden Werktag der Verspätung, wenn durch die Nichteinhaltung dieser Einzelfristen
für den Auftraggeber ein Schaden entstehen kann,

insgesamt jedoch höchstens 5 % der Gesamtauftragssumme.

V. Behinderung der Bauausführung

1. Die Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B

a) Einführung

- aa) Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ist der AN verpflichtet, dem AG unverzüglich schriftlich anzuzeigen, wenn er sich in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert glaubt.

Unter den Begriff der "Behinderung" fallen alle Ereignisse, die den vorgesehenen Leistungsablauf in sachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht hemmen, verzögern oder unterbrechen und sich daher störend auf den Ablauf der Bauzeit auswirken. Die Arbeit als solche kann zwar noch ihren Fortgang nehmen, sie geht aber in einem für den betreffenden Einzelfall beachtlichen Maße langsamer als geplant oder sonst erforderlich vor sich (Ingenstau/Korbion/Döring 17. Aufl., § 6 Rdnr. 2).

- bb) Bei allen Behinderungsanzeigen des § 6 Abs. 1 VOB/B ist stets auf folgendes zu achten:

- (1) Wann muss sich der AN in der ordnungsgemäßen Durchführung der Leistung "behindert glauben"?
- (2) In welcher Frist,
- (3) in welcher Form,
- (4) gegenüber welchem Adressaten und



(5) mit welchem Inhalt hat er gegebenenfalls die Behinderung anzuzeigen?

Alle fünf Tatbestandsmerkmale sind stets im Einzelnen zu überprüfen.

2. Ziel und Zweck einer Behinderungsanzeige

- a) Bei der Frage, welchen Inhalt eine Behinderungsanzeige gemäß § 6. Abs. 1 VOB/B haben muss, bzw. welche Anforderungen an eine solche Behinderungsanzeige zu stellen sind, muss zunächst geklärt werden, welche Zielrichtung die Behinderungsanzeige verfolgt. Wird eine Behinderungsanzeige lediglich mit dem Ziel abgegeben, um eventuelle Schadensersatzansprüche des Auftraggebers bei Bauzeitüberschreitung wegen mangelnden Verschuldens abzuwehren, stellt also die Behinderungsanzeige lediglich eine Abwehr dar, sind die Anforderungen hinsichtlich des Inhalts einer solchen Behinderungsanzeige völlig anders, als wenn mit der Behinderungsanzeige das Ziel verfolgt wird, eigene Schadensersatzansprüche aufzubauen, also die Behinderungsanzeige Anspruchsvoraussetzung für den späteren Schadensersatzanspruch ist.
- b) Mit Urteil vom 14.01.1999 (Baurecht 1999, 645) hat der BGH zum Ausdruck gebracht, dass einem Auftragnehmer, selbst wenn er gänzlich gegen seine Verpflichtung zur Erhebung einer Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B verstößt, nicht die Möglichkeit genommen wird, gegenüber einem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers einzuwenden, ihn treffe an der Verzögerung kein Verschulden. Das gleiche gilt für den Fall, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch nimmt. (Der gegensätzlichen Auffassung des OLG Rostock, eine Verletzung der Pflicht zur Anzeige einer Behinderung für den Auftragnehmer habe die Folge, dass die Ausführungsfrist nicht verlängert und demzufolge eine vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt wird, ist nicht zu folgen. (IBR 2006, 15 mit zutreffender Anmerkung von Oberhauser).

Für die Fälle, bei denen es deshalb bei der Behinderungsanzeige nur um eine Abwehrmaßnahme der vom Auftraggeber geltend gemachten Ansprüche geht, sind die Anforderungen an eine solche Behinderungsanzeige nicht sehr hoch (wie der genannte BGH-Fall zeigt: im Einzelfall sogar gleich Null!), wenn es dem Auftragnehmer später noch anderweitig gelingt, zu belegen, dass sich die Fertigstellungsfrist nicht aus Gründen verlängert hat, die er zu vertreten hat.

- c) Will der Auftragnehmer aus der Verlängerung einer vertraglich vereinbarten Bauzeit eigene Schadensersatzansprüche ableiten, stellt die Behinderungsanzeige zwingend eine Anspruchsvoraussetzung dar. In diesem Fall muss die Anzeige alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit die Gründe der Behinderung ergeben (BGH, Baurecht 1990, 210).

Mit Urteil vom 21.10.1999 (= sog. 2. Vorunternehmer Urteil; NZ-Bau 2000, 187 = Baurecht 2000, 722 = IBR 200, 217, 217, 218) hat der BGH klar und deutlich darauf hingewiesen, dass eine solche Behinderungsanzeige für den Auftraggeber

- Informationsfunktion
- Warnfunktion
- Schutzfunktion

haben muss und nur wenn all diese drei Funktionen erfüllt sind, eine Behinderungsanzeige wegen Offenkundigkeit entbehrlich ist.

- d) Wörtlich führt der BGH hinsichtlich der Anforderungen an eine solche Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B aus:



„Die Anzeige dient dem Schutz des Auftraggebers. Sie dient der Information des Auftraggebers über die Störung. Der Auftraggeber soll ferner gewarnt und es soll ihm die Möglichkeit eröffnet werden, Behinderungen abzustellen. Er soll zugleich vor unberechtigten Behinderungsansprüchen geschützt werden. Die rechtzeitige und korrekte Behinderungsanzeige erlaubt ihm nämlich, Beweise für eine in Wahrheit nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang bestehende Behinderung zu sichern.“

- e) Der BGH stellt an den Inhalt einer ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige im Hinblick auf das Geltendmachen eigener Schadensersatzansprüche hohe Anforderungen, die nicht leicht zu erfüllen sind (siehe hierzu im Folgenden). Die Praxis wird sich jedoch auf diese Rechtsprechung des BGH einstellen müssen, wenn zukünftig aus gestörtem Bauablauf oder wegen eingetretener Bauzeitverlängerung Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.

3. Notwendiger Inhalt einer Behinderungsanzeige

- a) Die Behinderungsanzeige muss zunächst alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den AG mit hinreichender Klarheit die Gründe für die Behinderung oder Unterbrechung ergeben. Wie bereits unter 2. (Ziel und Zweck einer Behinderungsanzeige) ausgeführt, dient die Anzeige dazu, dem Auftraggeber Kenntnis von bevorstehenden oder bereits eingetretenen hindernden Umständen zu verschaffen und ihm die Möglichkeit der Abhilfe und Ausübung seiner Befugnisse nach § 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B zu geben. Die Behinderungsanzeige hat für den Auftraggeber Informations-, Warn- und Schutzfunktion (BGH, Urteil vom 21.10.1999, NZBau 2000, S. 187 = Baurecht 2000, S. 722).

- b) In der Behinderungsanzeige muss der Auftragnehmer nach dieser BGH-Entscheidung darüber hinaus Angaben machen,

„ob und wann seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssen, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können. Erfüllt die Behinderungsanzeige diese Anforderungen an ihren Inhalt nicht, ist sie unwirksam.“

(BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98 = BauR 2000, 722 = IBR 2000, 217, 218)

- c) Diese Grundsätze zum erforderlichen Inhalt einer Behinderungsanzeige und damit zur Darlegungslast für Schadensersatzansprüche eines Auftragnehmers wegen Behinderung der Ausführung hat der BGH mit Urteil vom 21.03.2002 nochmals leitsatzmäßig wie folgt zusammengefasst und weiter konkretisiert:

„1. Der Auftragnehmer muss eine Behinderung, aus der er Schadensersatzansprüche ableitet, möglichst konkret darlegen. Dazu ist in der Regel auch dann eine bauablaufbezogene Darstellung notwendig, wenn feststeht, dass die freigegebenen Ausführungspläne nicht rechtzeitig vorgelegt worden sind.

2. Allgemeine Hinweise darauf, dass die verzögerte Lieferung freigegebener Pläne zu Bauablaufstörungen und zu dadurch bedingten Produktivitätsverlusten geführt habe, die durch Beschleunigungsmaßnahmen ausgeglichen worden seien, genügen den Anforderungen an die Darlegungslast einer Behinderung nicht. Sie sind auch keine geeignete Grundlage für eine Schadensschätzung.“

(BGH, Urteil vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00; BauR 2002, 1249 = IBR 2002, 354, 356).



Wörtlich führt der BGH in seinen Entscheidungsgründe zu diesem Urteil vom 21.03.2002 aus:

„Eine (zum Zwecke der Behinderung vorgelegte) Gegenüberstellung von Ist- und Sollplanlieferungen weist nur aus, wann die freigegebenen Pläne geliefert werden sollten und wie sich die verzögerten Planlieferungen ausgewirkt hätten, wenn der AN nach der vertraglichen Vorgabe nach Vorschrift gearbeitet hätte. Damit wird die Pflichtverletzung des AG nachgewiesen, jedoch nicht die sich konkret daraus ergebende Behinderung.

Der im Zusammenhang mit der Offenkundigkeit der Behinderung erfolgte Hinweis darauf, dass Rohbauarbeiten nicht ohne Schalungs- und Bewehrungspläne erstellt werden können, belegt ebenfalls keine konkrete Behinderung. Allgemeine Hinweise darauf, dass die verzögerte Lieferung der freigegebenen Pläne zu Bauablaufstörungen und zu dadurch bedingten Produktivitätsverlusten geführt habe und diese wiederum durch Beschleunigungsmaßnahmen ausgeglichen worden seien, genügen den Anforderungen an die Darlegungslast für eine Behinderung nicht!

Die in der Berufungsbegründung schablonenhaft vorgetragenen Behauptungen, infolge der verspäteten Lieferungen der freigegebenen Pläne hätten Arbeitsumstellungen stattgefunden, die infolge der Fehl- und Warte- und Neueinarbeitszeiten zu einem erhöhten Aufwand geführt hätten, reichen nicht aus. Soweit der AN nach Vorabzügen gearbeitet hat, hat er darzulegen, warum er dadurch behindert war, dass nicht die freigegebenen Pläne vorgelegt wurden. Die unsubstantiierte Darstellung, es habe nach Vorlage der Vorabzüge immer wieder Planungsänderungen gegeben, reicht ebenfalls nicht aus!“

- d) Nachdem deshalb der BGH mit dieser Entscheidung vom 21.03.2002 das vorinstanzliche Urteil des OLG, das einen Auftragnehmer noch die geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen eingetretener Bauablaufstörungen bei durchgeführten Rohbauarbeiten für eine Klinik in G. zugesprochen hatte, aufgehoben und zur weiteren Aufklärung an das OLG zurückverwiesen hat, bekam der BGH nach erneuter Entscheidung des OLG zum zweiten Mal die Möglichkeit, diesen „Klinikfall in G.“ einer Prüfung zu unterziehen und sich zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches zugunsten eines Auftragnehmers bei eingetretenen Bauablaufstörungen zu äußern. Dies mit Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03 (= IBR 2005, 246 = BauR 2005, 857). Ergänzend zu seinem ersten Urteil vom 21.03.2002 in dieser Sache und noch deutlicher und konkreter führt hierbei der BGH in diesem Urteil vom 24.02.2005 zur Darlegungslast von Behinderungsanzeigen des Auftragnehmers aus:

1. **Verlangt ein Auftragnehmer Ersatz von Behinderungsschäden, so reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn er lediglich eine oder mehrere Pflichtverletzungen – z. B. Planlieferverzögerungen – vorträgt. Er muss darüber hinaus darlegen und beweisen, welche Behinderung mit welcher Dauer und mit welchem Umfang daraus verursacht wurde.**
2. **Handelt es sich um mehrere Pflichtverletzungen, so muss er dies jeweils für den Einzelfall vortragen.**
3. **Für eine Klage aus § 6 Abs. 6 VOB/B ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung unumgänglich. Dem Auftragnehmer ist im Behinderungsfalle die Erstellung einer aussagekräftigen Dokumentation zumutbar.**



4. Für die sog. haftungsbegründende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Behinderungsschaden muss der Auftragnehmer vollen Beweis gemäß § 286 ZPO führen. Für die sog. haftungsausfüllende Kausalität (z. B. Folgen der Behinderung im Bauablauf, Höhe des Schadens) besteht die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO.“

(BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03 Leitsätze gem. Schulze- Hagen in IBR 2005, 246.)

- e) Am gleichen Tag, nämlich vom 24.02.2005 hat der BGH noch ein anderes Urteil mit gleicher zugrundeliegender Problematik entschieden und hierbei folgende Leitsätze aufgestellt:

1. Soweit die Behinderung darin besteht, dass bestimmte Arbeiten nicht oder nicht in der vorgesehenen Zeit durchgeführt werden können, ist sie nach allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast zu beurteilen. Der Auftragnehmer hat deshalb darzulegen und nach § 286 ZPO Beweis dafür zu erbringen, wie lange die konkrete Behinderung andauerte.
2. Dagegen sind weitere Folgen der konkreten Behinderung nach § 287 ZPO zu beurteilen, soweit sie nicht mehr zum Haftungsgrund gehören, sondern dem durch die Behinderung erlittenen Schaden zuzuordnen sind. Es unterliegt deshalb der einschätzenden Bewertung durch den Tatrichter, inwieweit eine konkrete Behinderung von bestimmter Dauer zu einer Verlängerung der gesamten Bauzeit geführt hat, weil sich Anschlussgewerke verzögert haben.
3. Wird eine auf § 6 Abs. 6 VOB/B gestützte Klage als unschlüssig abgewiesen, so muss sich aus den Entscheidungsgründen nachvollziehbar ergeben, warum der Sachvortrag die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm nicht erfüllt.
4. Ein zur Untermauerung des Anspruchs aus § 6 Abs. 6 VOB/B vorgelegtes Privatgutachten ist qualifizierter Parteivortrag und deshalb vom Tatrichter vollständig zu berücksichtigen und zu würdigen.“

(BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03 = BauR 2005, 861 = IBR 2005, 247 m. Anm. Vogel)

- f) Als Folge dieser beiden Urteile des BGH vom 24.02.2005 ergibt sich, dass hinsichtlich der zu erbringenden notwendigen Kausalitätsnachweise zwischen der **haftungsbegründenden Kausalität** und der **haftungsausfüllenden Kausalität** unterschieden werden muss. Dies deshalb, da dem AN für die **sog. haftungsbegründende Kausalität** keine Darlegungs- und Beweiserleichterung nach § 287 ZPO zugutekommt, er also konkret und im Einzelnen darlegen und nachweisen muss, dass die behauptete Pflichtverletzung zu einer Behinderung (welcher? Umfang?) seines Bauablaufs geführt hat. Insofern hat also der Auftragnehmer darzulegen und **den nach § 286 ZPO erforderlichen Beweis dafür zu erbringen,**

**welche Behinderung
sich wie und wie lange
auf welche bestimmten Arbeiten von ihm konkret ausgewirkt hat.**

Liegen mehrere Behinderungssachverhalte vor, so müssen diese Kausalitätsnachweise für jeden Einzelfall vorgetragen werden (= haftungsbegründende Kausalität).



Zur **sog. haftungsausfüllenden Kausalität** und somit zur Beurteilung nach § 287 ZPO (und damit der Möglichkeit einer Schätzung durch das Gericht) gehören dann die weiteren Folgen der Behinderung, d. h. also z. B. die Höhe des durch die Behinderung eingetretenen Schadens. Nach Auffassung des BGH unterliegt insofern auch der einschätzenden Bewertung durch den Tatrichter, inwieweit eine konkrete Behinderung von bestimmter Dauer zu einer Verlängerung der gesamten Bauzeit geführt hat, weil sich Anschlussgewerke verzögert haben. Auch ist § 287 ZPO nach dem BGH anwendbar, soweit es darum geht, zu prüfen, ob verschiedene Behinderungen Einfluss auf eine festgestellte Verlängerung der Gesamtbauzeit genommen haben (BGH in seinen Entscheidungsgründen vom 24.02.2005, BauR 2005, 861; 864).

Ausdrücklich hat der BGH in diesem Urteil noch einmal darauf hingewiesen, dass eine solche Darlegungserleichterung gemäß § 287 ZPO nicht dazu führt, dass der Auftragnehmer „**eine aus einer oder mehreren Behinderungen abgeleitete Bauzeitverlängerung nicht konkret darlegen muss. Vielmehr ist auch insoweit eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Zu diesem Zweck kann sich der Auftragnehmer der Hilfe graphischer Darstellungen durch Balken- oder Netzpläne bedienen, die ggf. erläutert werden. Auch kann zur Untermauerung des Anspruchs aus § 6 Abs. 6 ein Privatgutachten vorgelegt werden. Dieses ist dann qualifizierter Parteivortrag, was vom Tatrichter vollständig zu berücksichtigen und zu würdigen ist.**“

g) Um deshalb überhaupt noch als Auftragnehmer eine Chance zu haben, gegen einen Auftraggeber Mehrkostenerstattungsansprüche aus gestörtem Bauablauf erfolgreich durchzusetzen, muss der AN die vom BGH entwickelten Grundsätze einhalten:

aa) Der AN muss Abstand davon nehmen, lediglich den vereinbarten SOLL-Ablauf dem tatsächlichen IST-Ablauf gegenüberzustellen. Allein die Behauptung, die Bauarbeiten hätten drei Monate länger als geplant und vereinbart gedauert und deshalb habe er einen Zahlungsanspruch für die in diesen 3 Monaten angefallenen Mehrkosten, bringt keinen €.

bb) Da der AN die volle Darlegungs- und Beweislast für die von ihm geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu allen anspruchsbegründenden Voraussetzungen trägt, hat er in aller Regel darzulegen und zu beweisen,

- aufgrund welcher verzögerten Pflichtwidrigkeiten des Auftraggebers,
- welche vorgesehenen Bauarbeiten nicht oder nicht in der vorgesehenen Zeit durchgeführt werden konnten und
- wie sich die Verzögerungen konkret auf die Baustelle (auch hinsichtlich der Dauer der Erschwernis oder Behinderung) ausgewirkt haben.

Maßstab für die Beweisführung ist hierbei § 286 ZPO (Kniffka in: Kompendium des Baurechts, 8. Teil, Rdnr. 48).

cc) Wenn der BGH in seinem Urteil vom 21.03.2002 – Az.: VII ZR 224/00 von einem **bauablaufbezogenen Nachweis des Schadensersatzanspruches** spricht, bezieht sich diese Bauablaufbezogenheit auf den wirklichen, nicht auf den kalkulierten Bauablauf (Zeiss in Festschrift Quack, Seite 319 Fn 27). Insofern muss der Auftragnehmer darlegen,

welche Kosten er ohne den Verzug gehabt hätte (u.U. bereinigt von irgendwelchen Kalkulationsfehlern) und inwieweit diese Kosten in Folge der Behinderung oder Erschwernis gestiegen sind.



Die Differenz zwischen der (hypothetischen) Vermögenssituation ohne Verzug mit der Leistung und der tatsächlichen Vermögenssituation in Folge des Verzugs, ist der Schaden (Kniffka, in: Komp. des BauR, 8. Teil Rdnr. 44; Rdnr. 59). Erforderlich ist somit eine konkrete Darstellung des tatsächlichen Bauablaufs einerseits und des hypothetischen ungestörten Bauablaufes andererseits, wobei als Vergleichsmaßstab nicht der ursprünglich kalkulierte Bauablaufplan heranzuziehen ist, sondern welcher tatsächliche Ablauf ohne Eintritt der schädigenden Umstände (Annahmeverzug) möglich gewesen wäre.

dd) Damit ein AN diesen Anforderungen des BGH bei der Geltendmachung von Mehrkosten wegen baubetrieblichen Ablaufstörungen nachkommen kann, hat er

- alle Geschehnisse in Verbindung mit einem gestörten Bauablauf zukünftig „150 %“ zu dokumentieren,
- jeden einzelnen Behinderungsumstand/Behinderungssachverhalt, mit einem eigenen Lebenslauf und mit eigenem Dokumentationsblatt zu erfassen.
- Dies deshalb, da Behinderungsumstände/Verlängerungen sich kumulieren, sich reduzieren oder gar gegenseitig aufheben können (Zeiß, Festschrift Quack, Seite 322).

ee) Aus diesen Dokumentationen müssen sich die Antworten auf folgende Fragen ergeben:

- was an hindernden Umständen / Behinderungsgründen vorlag,
- wie dem AG von diesen von ihm verursachten Hinderungsumständen Kenntnis gegeben wurde,
- wie sich diese Hinderungsumstände konkret auf das eingesetzte Personal bzw. eingesetzte Baugerät etc. ausgewirkt haben oder im Einzelfall auch nicht,
- von wann bis wann (= Dauer) die Hinderungsumstände vorlagen,
- welche Kosten durch die konkrete Behinderung pro Tag / pro Leistungseinheit entstanden sind.

Zusammenfassung Dokumentation der wichtigsten Geschehnisse bei einem gestörten Bauablauf = 5 Fragen zu beantworten:

1. Welche Bauablaufstörungen
2. sind von wem verursacht,
3. wirken sich wie aus,
4. dauern wie lange und
5. führen zu welchen Kosten?

ff) Unmittelbar nach Beendigung des Behinderungsumstandes, d. h. also insofern zeitnah zum Geschehen, sind vom AN die entstandenen Behinderungskosten gegenüber dem AG bekannt zu geben und wie bei Nachtragsforderungen durchnummeriert und im Einzelnen gegenüber dem AG abzurechnen (Behinderung Nr. 1, Nr. 2, Nr.3 etc.).

gg) Wird jedem Behinderungstatbestand / -sachverhalt ein solcher eigener Lebenslauf mitgegeben, der Behinderungssachverhalt mit all seinen Auswirkungen konkret, also auf diese Weise, dokumentationsmäßig festgehalten, ist es dem AN am ehesten möglich, den aufgezeigten Anforderungen der Rechtsprechung an dem Inhalt von Behinderungsanzeigen und den hieraus abzuleitenden Folgen Rechnung zu tragen.



VI. Die Ansprüche des AN bei verzögerter Bauausführung

1. Welche Bauablaufstörungen kommen für berechnigte Nachforderungen des AN in Betracht?

Bei den Ursachen, die zu Störungen und Behinderungen im Bauablauf führen, muss unterschieden werden zwischen

- äußeren Einflüssen, die bei Vertragsabschluss bekannt sind,
- äußeren Einflüssen, die erst nach Baubeginn erkennbar werden und
- innerbetrieblichen Einflüssen.

- a) Innerbetriebliche Störungen, die sich aus der unzureichenden Organisation des Baubetriebes ergeben, liegen im Bereich des Unternehmerrisikos und können nie zu einem Anspruch des AN wegen verzögerter Ausführung führen.

Zu solchen innerbetrieblichen Störungen gehören:

- fehlendes bzw. zu spät angeliefertes oder ungeeignetes Gerät,
- zu späte Materialbeistellung oder – lieferung,
- verspätete oder mangelhafte Nachunternehmerleistungen,
- unzureichende Arbeitsvorbereitung und Ablaufplanung,
- unzureichende Personalplanung.

- b) Außerbetriebliche Ursachen, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt waren und später zu irgendwelchen Behinderungen führen, können gleichfalls nicht als Grundlage für einen Anspruch von Seiten des AN benutzt werden, da für solche Ursachen gleichfalls der AN verantwortlich ist.

Zu solchen bei Vertragsabschluss bekannten äußeren Ursachen zählen:

- Standortbedingungen einer Baustelle;
- normale Witterungseinflüsse (wie sie sich z. B. aus Aufzeichnungen oder Wetterämter über Niederschlagsmengen ergeben);
- Wasserstände an Wasserläufen und gegebenenfalls Grundwasserbeobachtungen.

- c) Nur außerbetriebliche Einflüsse, die erst nach Vertragsabschluss bzw. nach Baubeginn auftreten oder zu erkennen sind, können also Ansprüche des AN wegen verzögerter Ausführung nach sich ziehen. Dies deshalb, da der AN diese in seiner Preisermittlung nicht berücksichtigen konnte.

Zu solchen Ursachen von Bauablaufstörungen zählen sämtliche aus dem Risiko- und Verantwortungsbereich des Auftraggebers herrührenden Umstände, wie z. B.:

- verspätet erteilte Baugenehmigungen;
- verspätete Zurverfügungstellung des Baugrundstückes;
- verspätet übergebene Pläne;
- nicht rechtzeitige Fertigstellung von Vorunternehmerleistungen
- nicht termingemäße Freigabe der Baustelle nebst Arbeits- und Lagerplätzen;
- Abweichungen vom Vertrag durch fehlerhafte und unvollständige Leistungsbeschreibungen;



- Mengenänderungen, die über die vereinbarte Toleranzgrenze (§ 2 Abs. 3 VOB/B) hinausgehen;
- Planungsänderungen bzw. Umplanungen während des Bauablaufs;
- Baustellenstopp durch die Baubehörde wegen fehlender oder unzureichender statischer Unterlagen auf der Baustelle;
- mangelhafte Koordinierung auf der Baustelle.

(Siehe hierzu Vygen "Bauverzögerungen" Rdnr. 137 ff./154; Vygen BauR 2006, 176, 177)

2. Welche juristischen Anspruchsgrundlagen auf Erstattung von Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung kommen für den AN in Frage?

- a) Mit Urteil vom 02. November 2000 hatte das OLG Braunschweig (Baurecht 2001, Seite 1739 f.) zusammenfassend im Leitsatz Abs. 1 entschieden:

„Ansprüche auf Ersatz von Mehrkosten durch Bauzeitverzögerungen können sich für den Auftragnehmer aus § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B, aber auch aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder aus § 642 BGB ergeben. Die Ansprüche können nebeneinander bestehen.“

Dieses denkbare Nebeneinanderbestehen dieser drei bzw. vier Anspruchsgrundlagen bei Zugrundelegung eines VOB/B-Bauvertrages hat der BGH erst mit seinem Grundsatzurteil vom 21.10.1999 (NZ-Bau 2000, S. 187; BauR 2000, S. 722) ermöglicht, indem er seine bis zu diesem Urteil bestehende Auffassung, dass bei einem VOB/B-Vertrag durch den hier geregelten Schadensersatzanspruch des § 6 Abs. 6 VOB/B die gesetzliche Anspruchsgrundlage des § 642 BGB ausgeschlossen ist, aufgab und auch bei dem VOB/B-Vertrag die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Auftraggebers gemäß § 642 BGB bejahte.

- b) Das Nebeneinander eines Schadensersatzes aus § 6 Abs. 6 VOB/B und eines Entschädigungsanspruches aus § 642 BGB kann nach dieser Entscheidung des BGH als unstreitig angesehen werden.
- c) Problematischer ist hierbei jedoch das mögliche Nebeneinander der Vergütungsanspruchsgrundlagen des § 2 Abs. 5 bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B mit der Schadensersatzanspruchsgrundlage des § 6 Abs. 6 VOB/B. Dies deshalb, da der Schadensersatzanspruch des § 6 Abs. 6 eine schuldhaftes Pflichtverletzung des Auftraggebers voraussetzt, während die Vergütungsanspruchsgrundlagen des § 2 Abs. 5 bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B von einer vertragsgerechten Verhaltensweise des Auftraggebers – geprägt von dem Leistungsbestimmungsrecht des § 1 Abs. 3 bzw. des § 1 Abs. 4 VOB/B – ausgehen.
- d) Mit Urteil vom 11.10.2005 (IBR 2005, 658 und IBR 2006, 14) hat das OLG Jena entschieden, dass einem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber ein Anspruch auf Preisanpassung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B zusteht, wenn der AG infolge einer vom Vorunternehmer verursachten Bauzeitverzögerung eine Beschleunigung anordnet. Bezüglich dieser Beschleunigungskosten kann der Auftragnehmer den Mehrkostenerstattungsanspruch nicht über § 642 BGB begründen, da § 642 BGB keine Beschleunigungskosten als Folgen, sondern lediglich eine Entschädigung umfasst.



- e) Auf der Grundlage der in der Literatur vertretenen verschiedenen Meinungen hat das OLG Celle einen ihm vorliegenden Sachverhalt mit Urteil vom 22.07.2009, Az.: 14 U 176/08 = IBR 2009, 509 entschieden:

„1. Bei Bauzeitverzögerungen kann dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B zustehen, sofern die Verzögerung auf Umständen beruht, die weder er noch allein ein Vorunternehmer zu vertreten hat.

2. Akzeptiert ein Auftragnehmer bauzeitverlängernde Anordnungen seines Auftraggebers und führt sie aus, kann sich hieraus im Einzelfall eine einvernehmliche Änderung ergeben, die eine vertragswidrige Anordnung des Auftraggebers ausschließt.“

In seinen Entscheidungsgründen führt das OLG Celle aus, dass die Frage, ob nur vertragsgemäße oder auch vertragswidrige Anordnungen den vertraglichen Mehrvergütungsanspruch des § 2 Abs. 5 VOB/B begründen könnten, hier keiner Entscheidung bedürfen. Dies deshalb, da die Klägerin die Anordnungen der Beklagten, auch, soweit sie sich auf die Bauzeit auswirkten, akzeptiert und ihre Leistungen in dem geänderten Rahmen erbracht hat. Die Parteien hätten einvernehmlich damit die geänderten Umstände hingenommen, so dass die Klägerin dem Grunde nach einen Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 5 VOB/B geltend machen kann.

Da in diesem Fall die Klägerin ihren Anspruch hilfsweise auch auf § 642 BGB gestützt hatte, führt das OLG Celle in diesem Urteil darüber hinaus aus, dass es bei der Begründetheit dieses Anspruches von § 642 BGB auf die Auslegung in den Vertragsbestimmungen ankomme, d.h. ob und inwieweit z.B. Fristüberschreitungen als Obliegenheitsverletzung der Beklagten zu werten sind. Nachdem hier die Beklagte das Baugelände nicht aufnahmebereit zur Verfügung gestellt hat und sie damit eine Obliegenheit verletzt habe, hielt das OLG Celle dem Grunde nach auch einen Anspruch aus § 642 BGB für möglich.

- f) Trotz der hierzu bestehenden Meinungsverschiedenheiten im Sinne der hierzu vorliegenden herrschenden Meinung folgende drei verschiedene Anspruchsgrundlagen bei einem geänderten Bauablauf für die Geltendmachung hierdurch entstehender Mehrkosten zugunsten des Auftragnehmers in Frage kommen können und jeweils geprüft werden muss, ob die hierbei erforderlichen Voraussetzungen vorliegen:

- aa) Vergütungsanpassungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B
- bb) Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B
- cc) Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB + u. U. Aufwendungsersatzanspruch gem. § 304 BGB

3. Vergütungsanpassung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B

- a) Bejaht man im Sinne der Ausführungen in der Vorziffer unter Bezugnahme auf die Auffassung von Zanner/Keller (NZBau 2004, 353 f.; Kniffka ibr-online-Kommentar Stand 13.11.2007 zu § 631 Rdnr. 379), wonach dem Auftraggeber gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B auch ein Recht zur (angemessenen) Änderung der Bauzeit zusteht und schließt man sich nicht der Auffassung von Thode (ZfBR 2004, 214 f.) und (Quack IBR 2004, 558) u. a. an, führt dies im Sinne auch des Urteils des BGH vom 21.03.1968 (NJW 1968, 1234) dazu, dass zu den "anderen Anordnungen des AG" im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B auch solche über die Bauzeit und den Beginn der Ausführung bzw. den Zeitpunkt der Fertigstellung der Leistung sowie deren Fortgang gehören können (vgl. auch



Ingenstau/Korbion/Keldungs 17. Aufl. § 2 VOB/B Abs. 5 Rdnr 12). Immer dann also, wenn eine eingetretene Bauzeitverlängerung/-verschiebung/-verzögerung sich auf eine irgendwie geartete "Anordnung" des AG zurückführen lässt, kann somit ein aufgrund von Bauzeitverzögerungen eingetretener Mehrkostenaufwand vom AN auf die Anspruchsgrundlage des § 2 Abs. 5 VOB/B gestützt werden. (siehe auch Heiermann/Riedl/Rusam 11. Aufl., § 2 VOB/B Rdnr. 110 d)) Das ist aber streitig.

Zum gleichen Ergebnis kamen OLG Düsseldorf mit Urteil vom 27.06.1995 (NJW-RR 1996 S. 730), OLG Frankfurt mit Urteil vom 19.09.1996 (NJW-RR 1997 S. 84) und OLG Braunschweig mit Urteil vom 02.11.2000 (Baurecht 2001, S. 1739 f.). In diesen Urteilen wird ausgeführt, dass dem AN ein Vergütungsanpassungsanspruch gem. § 2 Abs. 5 VOB/B zusteht, wenn der AG eine Verschiebung des vorgesehenen Baubeginns anordnet. Voraussetzung ist hierbei allerdings, dass die Verschiebung des Baubeginns tatsächlich auf einer Anordnung des Auftraggebers beruht und die Gründe für diese Anordnung in seinem Risikobereich liegen.

- b) Alle Kosten bzw. Aufwendungen einer Behinderung, die auf eine solche Änderungsanordnung des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B beruhen, sind dann Bestandteil der dem Auftragnehmer gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zustehenden Vergütung, so dass solche Kosten auch ausschließlich unter diesem Vergütungsanpassungsanspruch des § 2 Abs. 5 VOB/B zu subsumieren sind.
- c) § 2 Abs. 5 VOB/B setzt zwingend eine "Anordnung" des AG voraus. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Anordnung nicht auch "stillschweigend" erfolgen kann. Eine solche "stillschweigende Anordnung" ist dann gegeben, wenn sich die Parteien auf eine tatsächliche Situation (Verzögerung der Arbeiten) eingestellt haben und diese durch Umstände ausgelöst wurde, die im Verantwortungsbereich des AG lagen (BGH BauR 1985, S. 561). Hierbei muss der Wille des AG entsprechend zum Ausdruck kommen (BGH NJW 1968 S. 1234; Ingenstau/Korbion/Keldungs 17. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rdnr. 12; Piel Festschrift Korbion S. 349, 357). Das Gleiche kann auch dann gelten, wenn sich die Parteien aufgrund gemeinsamer Überlegungen auf eine bestimmte Lösung technischer Probleme geeinigt haben. Voraussetzung ist jedoch stets, dass der Auftraggeber von den geänderten Umständen Kenntnis hat bzw. Kenntnis bekommt und die Durchführung der Arbeiten auf der Grundlage der geänderten Umstände durch den AN will (siehe insofern OLG Braunschweig, Baurecht 2001, S. 1739 f.).
- d) § 2 Abs. 5 VOB/B ist als Anspruchsgrundlage bei einer verzögerten Ausführung ausgeschlossen, wenn der AG überhaupt nicht tätig wird, sondern schlicht und einfach nur etwas unterlässt, was er eigentlich tun soll. Dies gilt z. B. in allen Fällen, in denen er von Anfang an Mitwirkungspflichten nicht nachkommt, wie z. B. die notwendigen Ausführungsunterlagen nicht aushändigt. In einem solchen Unterlassen kann nach der herrschenden Auffassung keine allgemeine Anordnung des AG gesehen werden (Vygen BauR 1983 S. 417; Piel Festschrift Korbion S. 357; Ingenstau/Korbion/Keldungs 17. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rdnr. 24; OLG Düsseldorf NJW - RR 1996 Seite 730).
- e) Eine "Anordnung" im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B liegt nicht vor, wenn sie lediglich zum Ziel hat, den AN zur Erfüllung der vertraglich übernommenen Pflichten, insbesondere der mangelfreien Erbringung der Leistung, zu veranlassen, oder wenn durch sie nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 lediglich eine bereits bestehende Leistungspflicht konkretisiert werden soll. Eine solche Anordnung würde nicht, wie es § 2 Abs. 5 erfordert, die vertragliche Leistungspflicht des AN erweitern (BGH BauR 1992, S. 759).



Es ist deshalb stets eine „Änderungsanordnung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B von einer „Anordnung“ zur Durchführung der „vertragsgemäßen Ausführung der Leistung“ im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B zu unterscheiden.

- f) Eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (BGH Urt. v. 19.09.2024 – VII ZR 10/24, NJW 2024, 3716; Fortführung von BGH NJW-RR 1992, 1046 = NJW 1992, 2823 Ls.)

Ob ein Verhalten oder eine Erklärung des Auftraggebers als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB. Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab **keine** Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B vor. (BGH Urt. v. 19.09.2024 – VII ZR 10/24, NJW 2024, 3716) Denn der Auftraggeber bestätigt damit nur das, was durch die Behinderung ohnehin gegeben ist (vgl. Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Kniffka, 5. Aufl., Teil 4 Rn. 172; idS auch OLG Köln NZBau 2024, 340; aA KG NZBau 2019, 637 = BauR 2019, 823 = NJW 2019, 2413 Ls.)

Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen. (BGH Urt. v. 19.09.2024 – VII ZR 10/24, NJW 2024, 3716) Der Auftraggeber kommt damit vielmehr nur seiner Koordinierungsaufgabe gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B nach, bei einem Bauvorhaben mit aufeinander aufbauenden Leistungen das Zusammenwirken der verschiedenen Auftragnehmer zu regeln und an die behinderungsbedingten Störungen anzupassen

Von der Anordnung iSd § 2 Abs. 5 VOB/B sind nach der Systematik der VOB/B Störungen des Vertrags aufgrund von Behinderungen abzugrenzen, die faktisch zu Bauzeitverzögerungen führen. Derartige Störungen können nicht als Anordnung iSd § 2 Abs. 5 VOB/B gewertet werden. Sie können zwar bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu einer Änderung vertraglich vereinbarter Ausführungsfristen führen; dies beruht jedoch nicht auf einer Anordnung des Auftraggebers, sondern auf der Vereinbarung des § 6 VOB/B durch die Parteien. Störungen aufgrund von Behinderungen führen nach der Systematik der VOB/B daher nicht zu einem Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bzw. § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B iVm § 642 BGB, wenn der Auftraggeber vertragliche Verpflichtungen oder ihm obliegende Mitwirkungshandlungen nicht erfüllt (vgl. BGHZ 216, 319 Rn. 40 = NJW 2018, 544; BGHZ 214, 340 Rn. 16 = NJW 2017, 2025)

4. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B:

- a) Dem AN steht gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem AG zu, soweit von diesem "die hindernden Umstände zu vertreten sind".

Dieses "Vertretenmüssen" im Sinne der Abs. 6 verlangt anders als im Falle der Abs. 2 Nr. 1a) (und des § 6 Abs. 7 VOB/B) auf jeden Fall Verschulden. (OLG Düsseldorf Urteil v. 09.05.1990, BauR



1991 S. 337) Die Zurechnung der Behinderung zur Risikosphäre des AG für einen Schadensersatzanspruch des Unternehmers nach § 6 Abs. 6 VOB/B reicht nicht aus. Begründet wird das damit, dass Schadensersatzansprüche, die sich aus Vertragsrecht ergeben, regelmäßig ein Verschulden voraussetzen. Auch der Gläubigerverzug (insbesondere bei Verletzung von Mitwirkungspflichten des AG) setzt deshalb für die Schadensersatzhaftung des § 6 Abs. 6 VOB/B eine Pflichtverletzung und Verschulden voraus, obwohl § 293 BGB (Voraussetzungen für Gläubigerverzug) dies nicht verlangt.

Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats setzt der gegen den Auftraggeber gerichtete Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 Satz VOB/B voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung eines Anspruchs aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B (stRspr; vgl. BGH NJW-RR 2006, 306 Rn. 22 = NZBau 2006, 108 = BauR 2006, 371; BGHZ 143, 32 = NJW 2000, 1336; BGHZ 137, 35 = NJW 1998, 456)

- b) Der AG haftet sowohl für eigenes Verschulden (§ 276 BGB) wie z. B. vom AG zu vertretende Bauzeitverschiebungen (OLG Köln NJW 1986 S. 71; OLG Koblenz NJW-RR 1988 S. 851), als auch für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) z. B. des Architekten, der die Ausführungspläne nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt.
- c) Für das tatsächliche Vorliegen der Behinderungsgründe, ihre Einwirkung auf die bisher vorgesehene Ausführungsfrist und deren Ursächlichkeit für den entstandenen Schaden ist der AN darlegungs- und beweispflichtig. Dies gilt sowohl hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Behinderungsschaden als auch hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität (Folgen der Behinderung im Bauablauf, Höhe des Schadens). Auf die Ausführungen hierzu oben wird Bezug genommen.

Der AN, der die Erstattung von Mehrkosten infolge von Behinderungen oder Bauzeitverlängerungen gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B geltend machen will, muss also im Einzelnen schlüssig darlegen, dass er durch eine Pflichtverletzung des Auftraggebers

- in der Ausführung seiner Leistung behindert worden ist,
- er die Behinderung angezeigt hat oder diese offenkundig war,
- die Behinderung ihre Ursache im Einflussbereich oder der Sphäre des AG hat,
- eine Pflichtverletzung des AG darstellt und
- welche konkreten Mehrkosten bzw. welcher konkrete Schaden ihm in seinem Bauablauf durch welchen konkreten Behinderungsumstand (!) entstanden sind.

Zur Darlegung der eingetretenen Behinderungen gehören alle Umstände aus der Sphäre und dem Risikobereich des AG. Beweismittel hierfür sind insbesondere:

- Anzeigen, in denen die Behinderung im Einzelnen dargelegt worden ist;
- der gesamte während der Behinderung geführte Schriftwechsel;
- Bautageberichte, in denen die Behinderungen im Einzelnen aufgezeichnet sind;
- Aufzeichnungen und Bekundungen der zuständigen Bauleiter;
- graphische Darstellung der Ist- und Sollabläufe durch Balken- oder Netzpläne;
- private Sachverständigengutachten.



Es reicht grundsätzlich nicht aus, eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen. Der Auftragnehmer muss vielmehr substantiiert zu den dadurch entstandenen Behinderungen seiner Leistung vortragen. Dazu ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung erforderlich (vgl. BGHZ 162, 259 = NJW 2005, 1653 mwN).

Die Frage, ob und inwieweit eine Pflichtverletzung zu einer Behinderung führt, ist dabei nach allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast gem. § 286 ZPO zu beurteilen. Weder der Umstand, dass überhaupt eine Behinderung vorliegt, noch die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die Behinderung ist einer einschätzenden Bewertung iSd § 287 ZPO zugänglich (BGHZ 162, 259 = NJW 2005, 1653)

- d) Liegen diese objektiven Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch des § 6 Abs. 6 VOB/B vor und hat der AN seiner Darlegungsverpflichtung entsprochen, so ist der Schadensersatzanspruch zunächst dem Grunde nach schlüssig.

Es ist dann Sache des AG, darzulegen und zu beweisen, dass ihn an den Behinderungen, deren Ursachen in seinem Einfluss- oder Risikobereich liegen, kein Verschulden trifft. Der Auftraggeber hat also die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die „hindernden Umstände“ im Sinne des § 6 Abs. 6 VOB/B nicht zu vertreten hat (OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 670; Heiermann/Riedl/Rusam, 11. Auflage § 6 Rdnr. 48; Ingenstau/Korbion/Döring 17. Auflage, § 6 Abs. 6 Rdnr. 22, 28). Diese Beweislastverteilung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des Grundgedankens des § 282 BGB a. F. (Wortlaut: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner“, bzw. aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB für nach dem 01.01.2002 geschlossene Verträge mit der darin enthaltenen Beweislastregelung bei Vorliegen einer Pflichtverletzung).

- e) Haben sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber von ihnen zu vertretende Verzögerungsursachen gesetzt, die zusammenwirken, so ist ein hierdurch entstandener Verzögerungsschaden entsprechend dem jeweiligen Verschuldens- und Verursachungsbeitrag gemäß § 254 BGB zu teilen. Dieser Verursachungsbeitrag von Auftragnehmer und Auftraggeber kann hierbei nach § 287 ZPO geschätzt werden (BGH Urteil vom 14.01.1993 ZfBR 1993 S. 214).
- f) Der Auftraggeber haftet für eine Behinderung dem Auftragnehmer nach § 6 Abs. 6 nur, wenn die Behinderung auf einer schuldhafte Pflichtverletzung beruht. Die danach zu vertretenden Verschuldensformen, die zu einem Schadensersatzanspruch führen können, setzen nach der Systematik des Gesetzes zunächst eine zurechenbare objektive Pflichtverletzung des Schuldners voraus (vgl. Grüneberg/Grüneberg BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 276 Rn. 5, 8) Eine Verantwortlichkeit des Auftraggebers für eine Behinderung, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruht, begründet keinen Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B. Die objektive Zurechenbarkeit der Behinderung aufgrund von vertragsgerechtem Verhalten (z. B. für Anordnung gem. § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 VOB/B) gewährt keinen Anspruch aus § 6 Abs. 6 (BGH, Baurecht 1997, S. 1021 = Schürmann Bau II).

Kosten einer Behinderung, die auf einer Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 oder auf zusätzliche Leistungen nach § 1 Abs. 4 beruhen, sind Bestandteil der dem Auftragnehmer nach dem § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B zustehenden Vergütung.

Nicht erstattungsfähig ist gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B im Regelfall der entgangene Gewinn (ein solcher kann nur vom AN geltend gemacht werden, wenn der Behinderungsstand auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des AG zurückgeht). Zum entgangenen Gewinn gehört beispielsweise der



Mietausfall; dies allerdings nur in Höhe des Rohmietertrages nach Abzug der Kosten für die Finanzierung und weiterer Kosten. Die während des Verzugs anfallenden Finanzierungskosten sind kein entgangener Gewinn, sondern Verzögerungsschaden (BGH, NZ-Bau 2000, S. 378).

5. Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB

- a) Mit dem Urteil des BGH vom 21.10.1999 (NZBau 2000, S. 187 = Baurecht 2000, S. 722) hat der BGH zwar an seiner umstrittenen Rechtsprechung festgehalten, dass ein Vorunternehmer im Gegensatz zu einem Architekten nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Verhältnis zu einem Nachfolgeunternehmer ist und demzufolge der Auftraggeber wegen einer fehlerhaften Werkleistung des Vorunternehmers nicht zu einem Schadensersatzanspruch herangezogen werden kann.

Der BGH hielt mit dieser Entscheidung jedoch nicht an seiner Rechtsprechung fest, wonach eine Haftung des Auftraggebers aus § 642 BGB bei Verzögerungen wegen mangelhafter Vorunternehmerleistung ausscheidet.

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der Auftraggeber hierdurch in Annahmeverzug gerät.

Mit dieser Vorschrift soll dem Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt werden, dass er während des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.

Der Anspruch ist auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt (vgl. BGHZ 224, 328 Rn. 42 = NJW 2020, 1293; BGHZ 216, 319 Rn. 18 ff. = NJW 2018, 544). Die Bestimmung der angemessenen Entschädigung erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile der allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu orientieren (BGHZ 224, 328 Rn. 47 = NJW 2020, 1293).

Der Auftragnehmer trägt die Darlegungslast für die Voraussetzungen des Anspruchs. Hierzu gehört auch die Dauer des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung. Ferner hat der Auftragnehmer jedenfalls darzulegen, inwieweit er während der Dauer des Annahmeverzugs Leistungen nicht zu der nach dem Vertrag vorgesehenen Zeit ausführen konnte und deshalb Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, vergeblich bereitgehalten hat (vgl. BeckOK BauVertrR/Sienz, 26. Ed. 1.8.2024, BGB § 642 Rn. [97](#)).

Ein Auftraggeber kann deshalb dem Nachfolgeunternehmer aus § 642 BGB haften, wenn er durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung in den Verzug der Annahme kommt. Dies gilt für den BGB- und den VOB-Vertrag. Mit diesem Urteil vom 21.10.1999 (a.a.O.) hat der BGH deshalb erstmals entschieden, dass bei aufrechterhaltenem Vertrag neben dem Schadensersatzanspruch des § 6 Abs. 6 VOB/B bei Vorhandensein der hierzu notwendigen Voraussetzungen dem AN auch ein Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB zustehen kann.



- b) § 642 BGB hat folgenden Wortlaut:

§ 642 (Mitwirkung des Bestellers)

(1) Ist bei Herstellung des Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.“

- c) § 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch bei Gläubigerverzug. Er knüpft an die Obliegenheit des Bestellers (= Auftraggebers) an, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken. Unterlässt der Besteller diese Mitwirkungshandlung, die in weitem Sinn zu verstehen ist und sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann und gerät er in Gläubigerverzug (§§ 293 ff.), so kann dem Unternehmer über den Ersatz für Mehraufwendungen gem. § 304 BGB hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zustehen.
- d) Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB:
- Auftraggeber ist mit einer Mitwirkungshandlung im Annahmeverzug;
 - Schuldner ist zur Leistung bereit und imstande und bietet seine Leistung wie geschuldet dem Auftraggeber an;
 - Behinderungsanzeige gem. § 6 Abs. 1 VOB/B (§ 6 Abs.6 Satz2 VOB/ 2006)
- e) Beispiele für Obliegenheitsverletzungen hinsichtlich der erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers:
Baugrundstück wird nicht rechtzeitig und im vertragsgerechten Zustand übergeben;
- erforderliche Pläne werden nicht bzw. nicht rechtzeitig übergeben;
 - Vorunternehmer hat nicht zeitgerecht die betreffenden Vorarbeiten erbracht;
 - ein geschuldeter Baustoff wird nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt.
- f) Nach Auffassung des BGH in dem Urteil vom 21.10.1999 (siehe oben unter a)) gehörte zum Umfang des Entschädigungsanspruches gemäß § 642 BGB kein entgangener Gewinn. Das hat sich aber mit der Entscheidung des BGH vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) geändert. Soweit bei der Bemessung der Entschädigung die Höhe der vereinbarten Vergütung zu berücksichtigen ist, kann dies auch den darin enthaltenen Anteil für Wagnis, Gewinn und AGK einschließen.
- g) Dass einem AN ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB bei Behinderung durch eine fehlende Vorunternehmerleistung gegenüber einem Auftraggeber zusteht, da sich der AG gerade deshalb in Annahmeverzug befindet, hatte der BGH entschieden (Urt. v. 19.12.2002 VII ZR 440/01 - NJW 2003, 1701 = BauR 2003, 531) und hierbei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß § 295 BGB in einem solchen Fall ein wörtliches Angebot der Leistungserbringung durch den AN genügt, um den Annahmeverzug des AG zu begründen. Leitsatzmäßig führt der BGH hierbei aus:



- „1. Kann der Auftragnehmer wegen fehlender Vorunternehmerleistungen seine Leistungen nicht erbringen, genügt neben einer nach § 6 Abs. 1 VOB/B etwa erforderlichen Behinderungsanzeige gemäß § 295 BGB ein wörtliches Angebot der Leistung, um den Annahmeverzug des Auftraggebers zu begründen.
2. Für ein wörtliches Angebot kann es genügen, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist seine Leistung zu erbringen.“

(BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01 - NJW 2003, 1701 = BauR 2003, 531)

In Ergänzung zu diesem Urteil des BGH hat das KG in seinem Urteil vom 29.04.2008 (IBR 2008, 377) geurteilt, dass das Geltendmachen eines Entschädigungsanspruches aus § 642 BGB neben dem Annahmeverzug des Auftraggebers und einer Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B voraussetzt, dass der AN leisten darf, zur Leistung bereit und im Stande ist und seine Leistung – wie vereinbart und geschuldet – dem AG anbietet. Entspricht die eingesetzte Technologie nicht der vereinbarten Ausführung, ist dies als vorübergehendes Leistungshindernis des AN anzusehen, welches einem Annahmeverzug des AG entgegensteht. Hierbei ist ohne Bedeutung, ob sich die Ausführungsart als Haupt- oder Nebenpflicht darstellt oder ob der geschuldete Leistungserfolg erreicht werden kann.

- h) Mehrkosten, die dem Unternehmer zwar aufgrund des Annahmeverzugs, aber erst nach dessen Beendigung bei Ausführung der verschobenen Leistung entstehen, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht umfasst. Der Anspruch aus § 642 BGB betrifft in zeitlicher Hinsicht **nur die Dauer** des Annahmeverzugs. Das hat zur Konsequenz, dass Nachteile, die dem Unternehmer wie die hier streitigen Lohn- und Materialpreiserhöhungen, die erst nach Beendigung des Annahmeverzugs bei Fortsetzung der Arbeiten entstehen, nicht nach § 642 BGB durch den AG zu entschädigen sind. (BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17 – IBR 2017, 3751 = NJW 2018, 544). Im Urteil führt der BGH aus:

„§ 642 BGB regelt einen **verschuldensunabhängigen** Entschädigungsanspruch des Unternehmers, wenn der Besteller eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der **Besteller** hierdurch **in Annahmeverzug** gerät. **Voraussetzung** ist eine erforderliche **Mitwirkungshandlung** des Bestellers bei der Herstellung des Werks. Mitwirkungshandlungen des Bestellers sind dabei in einem weiten Sinn zu verstehen und können sowohl in einem **Tun** als auch in einem **Unterlassen** bestehen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung des Bestellers die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann. (Rdnr. 19)

Neben der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Mitwirkungshandlung des Bestellers ist erforderlich, dass der Unternehmer zur Leistung bereit und imstande ist (§ 297 BGB), seine Leistung wie geschuldet dem Besteller angeboten (§§ 294 - 296 BGB) und, sofern die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben, ordnungsgemäß die Behinderung, wenn diese nicht offenkundig ist, nach § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat. (Rdnr. 21)

Nach [...] vielfach vertretenen Auffassung kann der Unternehmer nach § 642 BGB für **gestiegene Lohn- oder Materialkosten keine Entschädigung** beanspruchen. [...] ist zutreffend. Aus dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der historischen Auslegung von § 642 BGB folgt, dass der Unternehmer vom Besteller nach § 642 BGB keinen Ausgleich für gestiegene Lohn- und Materialkosten verlangen kann, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des



Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen. Der Begriff "angemessene Entschädigung" in § 642 Abs. 1 BGB macht deutlich, dass es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB **nicht** um einen **umfassenden Schadensersatzanspruch** handelt, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Schadensersatz nicht anwendbar sind. (Rn. 24, 25, 27).

§ 642 BGB **ergänzt** die **Gefahrtragungsregeln** in §§ 644, 645 BGB und betrifft ebenso wie § 645 BGB die Verteilung des vertraglichen Risikos, wenn infolge einer vom Besteller zu erbringenden Mitwirkungshandlung die Ausführung der Leistung durch den Unternehmer gestört wird, ohne dass eine der Parteien hieran ein Verschulden trifft [...]. Während der Unternehmer nach § 645 BGB für den Fall, dass das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann, wird ihm nach § 642 BGB ein Entschädigungsanspruch **für die während des Annahmeverzugs des Bestellers nicht geleistete Arbeit verschafft** [...]. Diese Entschädigung **umfasst nicht sämtliche** dem Unternehmer infolge des Annahmeverzugs des Bestellers **entstehenden Nachteile**. Dies ergibt sich mittelbar daraus, dass dem Unternehmer nach § 643 BGB für den Fall, dass der Besteller die ihm obliegende Mitwirkungshandlung binnen einer ihm gesetzten Frist nicht nachholt, ein Kündigungsrecht zusteht. Diese Regelung wäre entbehrlich, wenn der Unternehmer ohnehin nach § 642 BGB eine nahezu vollständige Entschädigung für die infolge des Annahmeverzugs des Bestellers entstandenen Mehrkosten erhalten sollte. (Rdnr. 30)“

Ergänzt hat der BGH seine Rechtsprechung zur Höhe der Entschädigung nach § 642 BGB durch das Urteil vom 30.01.2020 -VII ZR 33/19. Die Kurzzusammenfassung lautet:

„§ 642 BGB erfordert danach eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die **unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn** zu orientieren.“

Zu den Anspruchsvoraussetzungen schreibt der BGH in diesem Urteil:

„Für eine angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB ist es **als anspruchsbegründende Voraussetzung nicht erforderlich**, dass dem Unternehmer ein **Nachteil in Form von Vorhaltekosten für vergeblich bereitgehaltene Produktionsmittel entstanden ist**. § 642 BGB setzt nur voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen einer Handlung, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, in Annahmeverzug gerät.“

Erstmals nimmt der BGH dazu Stellung, **wie** der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB der Höhe nach zu bemessen ist, insbesondere inwieweit Anteile für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten in die Entschädigung einfließen können:

„Bei zutreffendem Verständnis der Vorschrift erfordert § 642 BGB eine **Abwägungsentscheidung** des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs.2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt **an den auf die unproduktiv**



bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren. Dagegen gewährt § 642 BGB **keinen vollständigen Ausgleich für die während des Annahmeverzugs nicht erwirtschaftete Vergütung.**

Dem **Wortlaut** des § 642 BGB ist der Inhalt des Entschädigungsanspruchs **nicht eindeutig** zu entnehmen. Die Vorschrift bietet **nur Anhaltspunkte** für die Bemessung des Entschädigungsanspruchs, indem sie in § 642 Abs.2 BGB vier zu berücksichtigende Kriterien nennt. Danach bestimmt sich die Höhe der Entschädigung einerseits nach der **Dauer des Annahmeverzugs** und der **Höhe der vereinbarten Vergütung**, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Annahmeverzugs an **Aufwendungen erspart** oder **durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann**. Diese **Kriterien bilden den Rahmen für die Bemessung** der Entschädigung. Darüber hinaus wird aus der Formulierung "einerseits-andererseits" deutlich, dass der Tatrichter eine **Abwägungsentscheidung** zu treffen hat (Sienz, BauR 2014, 390, 398; Glöckner, BauR 2014, 368, 374). Dies wird weiter auch durch den Umstand belegt, dass die Entschädigung "angemessen" sein soll. Die Vorschrift sieht danach keine exakte Berechnung des Entschädigungsanspruchs vor, sondern geht davon aus, dass der Tatrichter im Rahmen der erforderlichen Abwägung einen Ermessensspielraum hat. Er kann dabei auf die Möglichkeit der **Schätzung gemäß § 287 ZPO** zurückgreifen (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2017 -VII ZR 16/17 Rn.45, BGHZ 216, 319).

Dagegen kann dem Wortlaut des § 642 Abs.2 BGB nicht entnommen werden, dass eine Berechnung in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB zu erfolgen hat. [...]

Dem Wortlaut des § 642 BGB kann ebenfalls **nicht** entnommen werden, dass **Maßstab** für die Bemessung der Entschädigung die **tatsächlichen Kosten für die Bereithaltung von Produktionsmitteln** sein sollen. Vielmehr bestimmt § 642 Abs.2 BGB, dass bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung unter anderem die **vereinbarte Vergütung für die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel zu berücksichtigen ist**.

Der Senat hat aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem systematischen Regelungszusammenhang mit den Gefahrtragungsregeln der §§ 644, 645 BGB weiter gefolgert, dass nach dem Sinn und Zweck des § 642 BGB der Unternehmer dafür **entschädigt** werden soll, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung **Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält** (BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17 Rn.33, BGHZ 216, 319; Urteil v. 24.Januar 2008 –VII ZR 280/05 Rn.11, BGHZ 175, 118; Urteil v. 07.07.1988 –VII ZR 179/87, BauR 1988, 739, juris Rn.21). Ein am Sinn und Zweck der Vorschrift orientiertes Verständnis führt danach dazu, dass die Höhe der Entschädigung einen **Bezug zu der vergeblichen Bereithaltung von Produktionsmitteln während der Dauer des Annahmeverzugs haben muss**. Eine in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB erfolgende Berechnung kann demgegenüber zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Unternehmers führen. Denn anders als bei einer freien Kündigung **behält der Unternehmer im Fall des Annahmeverzugs des Bestellers trotz der Störung seinen vollen Vergütungsanspruch**, den er durch Ausführung der Werkleistung nach Beendigung des Annahmeverzugs verdient. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der



Bezugnahme auf die vereinbarte Vergütung in § 642 Abs. 2 BGB, dass mit dem Ersatz **allein der tatsächlichen Kosten der Bereithaltung von Produktionsmitteln eine unzureichende Kompensation** des Unternehmers verbunden sein kann.

Die systematische Auslegung führt zu keiner anderen Beurteilung. Wie der Senat bereits ausgeführt hat, ergänzt § 642 BGB die Gefahrtragungsregeln in §§ 644, 645 BGB und betrifft ebenso wie § 645 BGB die Verteilung des vertraglichen Risikos, wenn infolge einer vom Besteller zu erbringenden Mitwirkungshandlung die Ausführung der Leistung durch den Unternehmer gestört wird, ohne dass eine der Parteien hieran ein Verschulden trifft (BGH, Urteil vom 26.10.2017 -VII ZR 16/17 Rn.30 m.w.N., BGHZ 216, 319). Da diese Vorschriften kein Verschulden voraussetzen, auch wenn es in der Regel um Ereignisse geht, die der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind, besteht **keine Rechtfertigung, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen**. So kann der Unternehmer nach § 645 BGB für den Fall, dass das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag als aufgehoben gilt, weil der Besteller die ihm obliegende Mitwirkungshandlung innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht nachgeholt hat, §§ 643, 645 Abs.1 Satz 2 BGB. Ein weitergehender Anspruch auf Ersatz der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen und auf den darin enthaltenen Anteil für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn steht dem Unternehmer nur unter den Voraussetzungen des § 645 Abs.2 BGB zu. Dies spricht dafür, dass auch der Entschädigungsanspruch gemäß **§ 642 BGB nicht den gesamten Nachteil ausgleichen soll, der durch die während des Annahmeverzugs nicht mögliche Erwirtschaftung der Vergütung entstanden ist**.

Aus den Gesetzesmaterialien folgt ebenfalls kein anderes Ergebnis. Ihnen ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 642 BGB geschaffen hat, weil er einerseits einen **bloßen Aufwendungsersatz** nach § 304 BGB als **nicht ausreichend** ansah, andererseits aber einen **Schadensersatzanspruch** für **zu weitreichend** erachtete, da durch eine den Besteller zur Leistung des vollen Schadenersatzes verpflichtende Bestimmung nicht das Interesse beider Teile in angemessener Weise gewahrt würde (vgl. Motive II, S.495 f. = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, S. 276 f.; Roskosny/ Bolz, BauR 2006, 1804, 1809). Aus den Gesetzesmaterialien kann weiter geschlossen werden, dass der Gesetzgeber neben dem Vergütungsanspruch, der bei Herstellung des Werks nach Beendigung des Annahmeverzugs verdient wird, zusätzlich eine **Entschädigung für den Zeitraum, in dem nicht geleistet werden konnte**, schaffen wollte, **ohne jedoch jegliche Nachteile ausgleichen zu wollen**, die dadurch entstehen, dass der Unternehmer seine Leistung während des Annahmeverzugs nicht gewinnbringend ausführen kann.

Danach ist die angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB **im Ausgangspunkt daran zu orientieren, welche Anteile der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und allgemeinen Geschäftskosten auf die vom Unternehmer während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen**.



Der Tatrichter hat daher **festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen**, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist (vgl. Althaus, NZBau 2018, 643f.)

Zu den Vergütungsanteilen für die vom Unternehmer unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel **gehören nicht** die infolge des Annahmeverzugs **ersparten Aufwendungen einschließlich darauf entfallender Anteile für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn**.

Im Hinblick auf das Kriterium des **anderweitigen Erwerbs** hat der **Tatrichter** weiterhin **zu prüfen, ob der Unternehmer seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs anderweitig -produktiv-eingesetzt hat oder einsetzen konnte**. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die anderweitige Einsatzmöglichkeit auf einem sogenannten "echten Füllauftrag" beruht, also auf einem Auftrag, der nur wegen des Annahmeverzugs angenommen und ausgeführt werden kann. Das Kriterium des anderweitigen Erwerbs ist im Rahmen von § 642 BGB eigenständig und nicht in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB auszulegen, da die der Vorschrift des § 642 BGB zugrundeliegende Interessenlage im Hinblick auf die spätere Ausführung der Leistung eine andere ist als diejenige bei der freien Kündigung (hierzu näher bereits Sienz, BauR 2014, 390, 391ff.; vgl. Dittler, BauR 2019, 1524, 1528f.)

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien trägt nach allgemeinen Grundsätzen der **Unternehmer als Anspruchssteller**, der die Tatsachen für die vom Tatrichter vorzunehmende Abwägungsentscheidung beizubringen hat (vgl. Althaus, NZBau 2018, 643, Beck OK Bauvertragsrecht/Sienz, Stand: 31. Oktober 2019, § 642 BGB Rn.101ff.). Darin unterscheidet sich § 642 BGB von § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB (zur dortigen Beweislastverteilung siehe BGH, Urteil v. 21.12.2000 -VII ZR 467/99, BauR 2001, 666 = NZBau 2001, 202, juris Rn.13 m.w.N.). Erleichterungen ergeben sich daraus, dass der Tatrichter die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO hat. Auf dieser Grundlage hat der Tatrichter im Rahmen einer Abwägungsentscheidung die angemessene Entschädigung zu bestimmen. Dabei hat er einen Ermessensspielraum, der ihm die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ermöglicht.“

Zusammenfassung:

- Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB ist ein verschuldensunabhängiger Anspruch sui generis.
- Vorschriften der §§ 249 ff. BGB wie bei Schadensersatz sind nicht anwendbar.
- Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs, jedoch erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind nicht mit umfasst
- Zeitliches Kriterium für die Bemessung ist nur die Dauer des Annahmeverzugs, d.h. -Entschädigung gibt es nur für den Zeitraum des Annahmeverzugs
- Kriterium für die Bemessung der Höhe der Entschädigung sind die vergeblichen – primär die kalkulierten - Vorhaltekosten, die aus der Höhe der vereinbarten Vergütung einschließlich der darin enthaltenen Anteile für Gewinn, Wagnis und Allgemeine Geschäftskosten zu ermitteln sind nebst



- Der Unternehmer muss Personal, Geräte und Kapital, also Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung tatsächlich bereithalten

Fazit

Angemessene Entschädigung = kein vollständiger Ausgleich für nicht erwirtschaftete Vergütung, sondern angemessene Entschädigung für Vergütungsanteile der unproduktiv bereit gehaltenen Produktionsmittel einschließlich der darauf entfallenden Zuschläge für Wagnis, Gewinn und AGK.

6. Übersicht über die Anspruchsgrundlagen des AN bei gestörtem Bauablauf

	VOB § 2 Abs. 5	VOB § 6 Abs. 6	BGB § 642
1. Wesen	Vergütungsanspruch	Schadenersatzanspruch	Entschädigungsanspruch
2. Verschulden	Nein	Ja	Nein
3. Behinderungsanzeige	Nein	Ja	Ja
4. Anordnung des AG	Ja	Nein	Nein
5. Vorherige Anmeldung	Nein	Nein	Nein
6. Berechnung	kalkulatorisch voraus	Differenzberechnung nachfolgend	Beides primär kalkulatorisch
7. Gewinn	Ja	Nein (Ausnahme Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit)	Ja, aber nur anteilig für die Entschädigung

Während § 642 BGB nach seiner ratio legis dem Unternehmer „nur“ eine angemessene Entschädigung dafür gewähren will, dass der Unternehmer während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung bereithält, stellt die Anspruchsgrundlage des § 2 Abs. 5 VOB/B gegenüber § 6 Abs. 6 VOB/B die weitergehende, von dem Unternehmer im Zweifel favorisierte, weil „erfolgversprechendere“ Anspruchsgrundlage gegenüber § 642 BGB hinsichtlich der Rechtsfolgen die weitreichendere Variante dar, für die es aber immer der Anordnung des Bauherrn bedarf:

- Was bei § 2 Abs.5 VOB/B eine Anordnung im Sinne der Vorschrift darstellt ist umstritten.
- Bei § 2 Abs. 5 VOB/B bedarf es keines Verschuldens des AG. Ein Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B ist ohne Verschulden des AG ausgeschlossen;
- bei § 2 Abs. 5 VOB/B bedarf es keiner Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B. Auch stellt es keine zwingende Anspruchsvoraussetzung dar, vor der Ausführung einen Mehrkostenanspruch anzumelden (§ 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/B: "soll");
- bei § 2 Abs. 5 VOB/B sind die entstandenen Mehrkosten aufgrund der eingetretenen Verzögerungen "kalkulatorisch" zu ermitteln; bei § 6 Abs. 6 VOB/B muss der eingetretene Schaden konkret nachgewiesen werden;
- bei § 2 Abs. 5 VOB/B ist der im Preis einkalkulierte Gewinn nicht zu schmälern; ein entgangener Gewinn ist nach § 6 Abs. 6 VOB/B zumindest für den Fall der leichten Fahrlässigkeit ausdrücklich ausgeschlossen. Auch bei § 642 BGB steht dem AN nach der Rechtsprechung des BGH ein Gewinn zu.