



Diplom-Wirtschaftsingenieur Frank A. Bötzkes

von der Ingenieurkammer Niedersachsen  
öffentlich bestellter und vereidigter  
Sachverständiger für Bauablaufstörungen

Julius-Leber-Straße 50 | 38116 Braunschweig  
Telefon 0531 5161530 | Fax 0531 5161536  
bib@boetzkes.de | www.boetzkes.de

# Bauablaufstörungen

im Straßen- und Tiefbau

**Wie kann ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB  
aus baubetrieblicher Sicht bewertet werden?**

**Mittwoch, den 27. Februar 2019**

**VSVI-Seminar Bauvertragsrecht in Friedberg/Hessen**

Die baubetriebliche Betrachtung von Bauablaufstörungen im Straßen- und Tiefbau war das Thema des letzten Vortrags beim VSVI-Seminar zum Bauvertragsrecht und wurde durch den von der Ingenieurkammer Niedersachsen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Bauablaufstörungen, Dipl.-Wirtsch.-Ing. Frank A. Bötzkes, aus Braunschweig vorgetragen. Er ist seit 23 Jahren als Sachverständiger im Bereich Bauablaufstörungen und Nachträge für Auftraggeber, insbesondere öffentliche Auftraggeber, und Auftragnehmer tätig. Als Sachverständiger berät er eine Vertragspartei und erstattet Stellungnahmen sowie Privatgutachten. Eine neutrale Bewertung erfolgt im Schieds- und Gerichtsgutachten. Schließlich unterstützt er als Schlichter oft beide Vertragsparteien gemeinsam, was bisher immer für die Parteien zu einer erfolgreichen Streitlösung führte.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Der Sachverständige wurde als Streitlöser durch den Deutschen Beton- und Bautechnik-Verein e.V. und die Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. sowie durch die Deutsche Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung in der Bau- und Immobilienwirtschaft e. V. in die Streitlöserlisten für Schlichtung, Adjudikation, Schiedsgericht und Schiedsgutachtenverfahren aufgenommen.



## Die Rechtsprechung zum Entschädigungsanspruch

Einleitend erläuterte der Sachverständige die bisherige Rechtsprechung zum verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB. 1985 hatte der BGH<sup>2</sup> geurteilt, dass dem Auftragnehmer bei einer fehlenden Vorleistung eines Vorunternehmers des Auftraggebers weder ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B, weil der Auftraggeber keine Anordnung vorgenommen habe, noch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B, weil die fehlende Vorleistung kein Verschulden des Auftraggebers sei, zustehe. Weiterhin wies der BGH darauf hin, dass in der VOB/B ausreichend Vergütungs- und Schadensersatzansprüche geregelt seien, so dass der § 642 BGB beim VOB/B-Vertrag nicht angewendet werden müsse.

1999 erfolgte dann ein neues BGH-Urteil<sup>3</sup>, in welchem ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB auch bei einem VOB/B-Vertrag möglich sei. Allerdings wurden Wagnis und Gewinn bei der Entschädigung abgelehnt.

Viele Oberlandesgerichte haben dann jedoch geurteilt, dass der Entschädigungsanspruch wie der Schadensersatzanspruch nachzuweisen sei.<sup>4</sup> Dadurch war es in Gerichtsfahren weiterhin sehr schwierig für Auftragnehmer, einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch nachzuweisen. Deshalb hat der Deutsche Baugerichtstag 2016<sup>5</sup> empfohlen, dass zumutbare Maßstäbe an die Darlegungs- und Beweislast anzulegen seien und ein „eigenständiges technisches Regelwerk“ in Deutschland für die Darstellung des gestörten Bauablaufs entwickelt werden sollte.<sup>6</sup> Deshalb hat sich die aktuelle Rechtsprechung zum Entschädigungsanspruch aus baubetrieblicher Sicht geändert. So hat zum Beispiel das Landgericht Mosbach einfach geurteilt, dass die Entschädigung die vereinbarte Vergütung abzüglich Stoffkosten und abzüglich anderweitigem Erwerb sei.<sup>7</sup> Auch das Kammergericht Berlin hat in seinem Urteil begründet, dass der Entschädigungsanspruch einfacher darzustellen sei.<sup>8</sup> Dazu hat der BGH in seinem aktuellen Urteil zum Entschädigungsanspruch geurteilt,<sup>9</sup> dass die Entschädigung die Kosten für die bereitzuhaltenden Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung ersetzt. Jedoch kann diese Entschädigung nur für die Dauer des Annahmeverzugs geltend gemacht werden, somit nicht für nachfolgende Mehrkosten, zum Beispiel für Lohn- und Preissteigerung. Für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs sei jedoch nicht die schwierige Vorgabe der §§ 249 ff. BGB zum Schadensersatz anzusetzen. Schließlich wurde noch bestätigt, dass der Entschädigungsanspruch auch Wagnis und Gewinn enthalte.

Aus baubetrieblicher Sicht ist es auch hilfreich, dass der Entschädigungsanspruch nun auf Grundlage der Urkalkulation, somit wie die Vergütung in der VOB/B, berechnet wird.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 27.06.1985 - VII ZR 23/84

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 21.10.1999 - VII ZR 185/98, IBR 2000, 216

<sup>4</sup> OLG Dresden, Urteil vom 06.01.2012 - I U 13/10, IBR 2012, 380

<sup>5</sup> 6. Deutscher Baugerichtstag, 03. und 04.06.2016 in Hamm, Arbeitskreis X – Baubetrieb: Empfehlen sich (Regelungs-)Standards für die Bewertung von Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf?

<sup>6</sup> 7. Deutscher Baugerichtstag, 04. und 05.05.2018 in Hamm, Arbeitskreis X – Baubetrieb: Empfehlen sich (Regelungs-)Standards für die Bewertung von Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf?

<sup>7</sup> LG Mosbach, Urteil vom 02.02.2018 - I O 164/17, IBR 2018, 2431

<sup>8</sup> KG, Urteil vom 16.02.2018 - 21 U 66/16, IBR 2018, 315

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17, IBR 2017, 666

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 19.07.2017 - VII ZR 297/14, IBR 2018, 132, zu OLG München, Beschluss vom 22.10.2014, 27 U 2924/14 Bau



Das aktuellste, noch nicht rechtskräftige, KG-Urteil<sup>11</sup> interpretiert nun jedoch, dass für den Entschädigungsanspruch nachzuweisen wäre, dass der Personal- und Geräteeinsatz im Zeitraum des Annahmeverzugs tatsächlich auf der Baustelle vorgehalten wurde, sich die Mehrkosten nicht auf die Urkalkulation beziehen, sondern auf tatsächliche Kosten, und ein Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B nicht vorliege, weil eine fehlerhafte Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen (Planer) kein Verschulden des Auftraggebers sei. Allerdings könnte ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegen, da der Auftraggeber die Verzögerung angeordnet habe, jedoch seien diese Mehrkosten auch als tatsächliche Kosten wie beim Schadensersatzanspruch darzustellen.

Aus baubetrieblicher Sicht wird gerade diese Begründung der grundsätzlichen Ablehnung des Ausgleichs eines wirtschaftlichen Nachteils durch Bauablaufstörungen beim Auftragnehmer wohl öfter dazu führen, dass der Auftragnehmer den Vertrag gemäß § 643 BGB<sup>12</sup> kündigt, was für den Auftraggeber bei der nachfolgenden Beauftragung der Restleistungen in der aktuellen Konjunkturlage zu extremen Mehrkosten führen wird.

### **Bauzeitliche Auswirkungen des gestörten Bauablaufs**

Zur baubetrieblichen Methode, wie ein gestörter Bauablauf bewertet werden kann, ist ein konkretes Beispiel erläutert worden. Zunächst muss das vertragliche Bausoll, der geplante Bauablauf O (Soll-Bauablauf), hinsichtlich Bauleistungen, Bauzeiten und Baukosten dargestellt werden. Weiterhin müssen auch bauzeitliche Auswirkungen von konstruktiven Nachtragsleistungen, welche üblicherweise geänderte und zusätzliche Bauleistungen sind, berücksichtigt werden, damit nicht technische Nachträge, für welche bereits eine Vergütung erfolgte, im gestörten Bauablauf doppelt berücksichtigt werden. Dies ergibt dann den geänderten Bauablauf 1.

Die Regelungen zur Behinderung sind im § 6 VOB/B geregelt. Entsprechend muss der Auftragnehmer die Behinderungsanzeigen gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B<sup>13</sup> mit hinreichender Klarheit dem Auftraggeber übergeben. Erst dann können gemäß Abs. 6 Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche (§ 642 BGB) geltend gemacht werden.<sup>14</sup>

Beispielhaft wurden typische Behinderungen dargestellt, zum Beispiel eine Baubeginnverschiebung durch fehlende Vorleistungen eines Vorunternehmers, der die Verkehrsumlegung ausführen sollte, oder eine Gesamunterbrechung, bei der der Vorunternehmer die Verkehrsumlegung zwischen Abschnitt 1 und 2 verspätet ausführte. Schließlich wurde an einem Beispiel auch erläutert, wie sich verschiedene Störungen teilweise zeitlich parallel auswirken. Um darzustellen, dass die Störungen tatsächlich die Bauleistungen des Auftragnehmers verzögert haben, wurde zur Nachvollziehbarkeit der gestörte Bauablauf 2 mit dem tatsächlichen Ist-Bauablauf 3 verglichen.

<sup>11</sup> KG, Urteil vom 29.01.2019 - 21 U 122/18 (nicht rechtskräftig), IBRRS 2019, 0357

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17, IBR 2017, 664-666, Randnummer 30

<sup>13</sup> § 6 Abs. 1 VOB/B

*„Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Unterlässt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren.“*

<sup>14</sup> § 6 Abs. 6 VOB/B

*„Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.*

*Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Abs. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Abs. 1 Satz 2 gegeben ist.“*



In der folgenden Terminplangrafik sind die verschiedenen Störungsauswirkungen dargestellt:

Nr.	Vorgangsname	Dauer	Anfang	Ende	2018													
					Mrz	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez				
1	Geplanter Bauablauf 0	100 t	03.04.2018	23.08.2018		1												
2	Geänderter Bauablauf 1	111 t	03.04.2018	07.09.2018		2												
3	Baubeginnverschiebung	5 t	03.04.2018	09.04.2018		3												
4	Leitungsstörung	4 t	07.05.2018	11.05.2018			4											
5	Gesamtunterbrechung	5 t	02.07.2018	06.07.2018					5									
6	Änderung Bordsteinqualität	3 t	12.09.2018	14.09.2018								6						
7	Änderung Bürgersteigbreite	6 t	10.09.2018	17.09.2018								7						
8	Gesamtbauzeitverlängerung	20 t	10.09.2018	08.10.2018								8						
9	Gestörter Bauablauf 2	131 t	03.04.2018	08.10.2018		9												
10	Tatsächlicher Ist-Bauablauf 3	133 t	03.04.2018	10.10.2018		10												

### Baubetriebliche Bewertung der Mehrkosten

Aus baubetrieblicher Sicht wurden dann die Mehrkosten, die dem Auftragnehmer durch den gestörten Bauablauf entstehen, auf Grundlage der fehlenden Mitwirkung des Auftraggebers als Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB, welcher auch gemäß § 6 Abs. 6, Satz 2 VOB/B gilt, bewertet. Für eine detaillierte Erläuterung sei auf den IBR-Beitrag des Sachverständigen verwiesen.<sup>15</sup>

#### Zeitabhängige Kapazitätskosten

Der Entschädigungsanspruch ergibt sich aus der vereinbarten Vergütung der Bauleistungen, die in dem Zeitraum der Behinderung ausgeführt werden sollten, abzüglich der ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb. Die vereinbarte Vergütung bezieht sich auf die Urkalkulation des Auftragnehmers, somit die Vergütung, die der Auftragnehmer für die geplanten Bauleistungen ohne Störungen erhalten hätte. Die ersparten Kosten sind einerseits Materialkosten, die üblicherweise nicht anfallen, wenn die Leistungen nicht ausgeführt werden, und andererseits Betriebsstoffkosten der Geräte, welche bei Stillstand nicht anfallen. Hinsichtlich des Abzugs anderweitigen Erwerbs ist diskussionswürdig, ob jede andere Tätigkeit auf anderen Baustellen, die üblicherweise auch Minderproduktivitäten verursacht, zu berücksichtigen ist, oder nur die sogenannten Füllaufträge, die bei freier Kündigung zu berücksichtigen sind.

#### Zeitabhängige Gemeinkosten

Weiterhin werden die Gemeinkosten, bestehend aus Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn, hinsichtlich der Bauzeitverlängerung bewertet, da diese mit den zeitabhängigen Anteilen fortzuschreiben sind.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> F. A. Bötzkes: Wie kann ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB aus baubetrieblicher Sicht nachvollziehbar dargestellt werden? Langaufsatz IBR 2018, 1060

<sup>16</sup> F. A. Bötzkes: Wie kann der zeitabhängige Anteil der Allgemeinen Geschäftskosten bei Bauzeitänderungen bewertet werden? Beitrag in Festschrift für Prof. Dr.-Ing. Andreas Lang zum 60. Geburtstag: Neues zu Zeit und Geld, Antworten auf aktuelle Fragen der Nachweisführung bei Bauablaufstörungen, id-Verlag, 2017, Mannheim, ISBN 978-3-938854-06-8, Seiten 571 - 626



## Preissteigerung

Schließlich ist eine Preissteigerung als Folgewirkung von Bauablaufstörungen aus baubetrieblicher Sicht nachvollziehbar, zum Beispiel durch Lohn- und Materialpreisänderungen. Allerdings hat die aktuelle Rechtsprechung<sup>17</sup> beim Entschädigungsanspruch diese Mehrkosten grundsätzlich abgelehnt, da sich der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB ausschließlich auf den Zeitraum des Annahmeverzugs (Behinderungszeitraum) beziehe und nicht auf dessen Folgewirkungen. Weiterhin hat der BGH aber erläutert, dass der Auftragnehmer im Zeitraum des Annahmeverzugs den Vertrag kündigen darf, wenn die spätere Ausführung der Restleistungen für ihn unwirtschaftlich ist. Deshalb empfiehlt der Streitlöser dringend, eine gütliche Einigung zur Preissteigerung vorzunehmen, zum Beispiel 5 bis 10 % Mehrkosten, da ein öffentlicher Auftraggeber sonst nach Kündigung die Restleistungen erneut ausschreiben müsste, dies allein zu weiteren Bauzeitverzögerungen des Projektes von 3 bis 6 Monaten führen würde, und auf Grund der aktuellen Konjunkturlage der Bauwirtschaft Mehrkosten von 20 bis 40 % entstehen könnten.

In der nachfolgenden Tabelle sind die Mehrkosten, bezogen auf die verschiedenen Störungsauswirkungen, aus baubetrieblicher Sicht minimal und maximal bewertet:

Bezeichnung	vereinbarte Vergütung für 20 Arbeitstage Annahmeverzug	Minimalbewertung		Maximalbewertung	
zeitabhängige Kapazitätskosten (Lohn- und Gerätekosten)	55.077,26 €	19,85 %	10.934,59 €	78,56 %	43.266,38 €
zeitabhängige Gemeinkosten	13.604,91 €	25,00 %	3.401,23 €	93,54 %	12.725,56 €
Preissteigerung (Material- und Nachunternehmerkosten)	54.841,60 €	3,49 %	1.911,35 €	5,74 %	3.149,42 €
Gesamt-Mehrkosten netto	123.523,77 €	13,15 %	16.247,17 €	47,88 %	59.141,36 €

## Vorschlag eines Mindestschadens

Abschließend sei noch im Sinne der Streitlösung auf den baubetrieblichen Vorschlag des Sachverständigen zur gesetzlichen Regelung eines Mindestschadens beim gestörten Bauablauf hingewiesen.<sup>18</sup> Dieser schlägt eine 20 %-Regelung bei Entschädigungsansprüchen gemäß § 642 BGB vor. Diese Regelung bezieht sich auf die gesetzliche Änderung des BGB aus 2009, in welcher eine 5 %-Regelung bei der Kündigungsabrechnung gemäß § 648 BGB n. F.<sup>19</sup> festgelegt wurde.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17, IBR 2017, 666

<sup>18</sup> Bötzkes, F. A.: Baubetrieblicher Vorschlag zur gesetzlichen Regelung eines Mindestschadens beim gestörten Bauablauf, Langaufsatz IBR 2016, 1076

<sup>19</sup> § 648, Satz 2 BGB n. F., § 649 BGB a. F.

„Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.“



Bei Anwendung dieses Vorschlages ergäbe sich folgender Mindestschaden im vorstehenden Beispiel:

Mindestschaden, baubetrieblicher Vorschlag Bötzkkes	Bewertung
Auftragssumme netto	617.618,84 €
beauftragte Bauzeit	100 AT
Kosten je Arbeitstag	6.176,19 €/AT
20%-Anteil je Arbeitstag	1.235,24 €/AT
Bauzeitverlängerung	20 AT
Mindestschaden netto	24.704,75 €

Somit ergeben sich aus der Auftragssumme in Höhe von 617.618,84 € bezogen auf die 100 Arbeitstage Bauzeit gemäß Auftrag tägliche Kosten in Höhe von 6.176,19 €. 20 % davon ergeben 1.235,24 € je Arbeitstag. Für die 20 Arbeitstage Bauzeitverlängerung ergibt sich somit ein Mindestschaden in Höhe von 24.704,75 € netto.

### Streitlösung

Aus baubetrieblicher Sicht ist bei einem Entschädigungsanspruch sowohl die Bandbreite der Minimal- und Maximalbewertung als auch die vorgeschlagene Regelung des Mindestschadens eine sinnvolle Grundlage für eine gütliche Einigung der Vertragsparteien, um einen weiteren Konflikt zu vermeiden und das Projekt erfolgreich fertigzustellen.

Auch der öffentliche Auftraggeber darf eine gütliche Vereinbarung erzielen, da er gemäß der Bundes- und Landeshaushaltsordnung<sup>20</sup> einen Vergleich abschließen darf, der für ihn zweckmäßig und wirtschaftlich ist.

Beide Vertragsparteien sollten im Streitfall eine Kündigung vermeiden, da dies für alle Beteiligten sehr unwirtschaftlich ist.

Der Streittlöser möchte somit helfen, dass die Vertragsparteien hinsichtlich der bauzeitlichen und kostenmäßigen Folgen von Bauablaufstörungen kurzfristig eine gütliche Vereinbarung erreichen.

<sup>20</sup> Bundeshaushaltsordnung (BHO) § 58 Änderung von Verträgen, Vergleiche  
auch in jeder Landeshaushaltsordnung und nach kommunalem Haushaltsrecht

„(1) Das zuständige Bundesministerium darf

1. Verträge zum Nachteil des Bundes nur in besonders begründeten Ausnahmefällen aufheben oder ändern,
2. einen Vergleich nur abschließen, wenn dies für den Bund zweckmäßig und wirtschaftlich ist.“

Empfehlung von Liepelt, Jörg, Regierungsdirektor, Referent im Referat II A 3 des Bundesministeriums der Finanzen  
Vereinbarkeit außergerichtlicher Streitentscheidungen mit § 58 BHO

2. Kongress der DGA-Bau (Deutsche Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen e. V.) zusammen mit dem Institut für Deutsches und Internationales Baurecht der Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin am 22.04.2016: Förderung der Außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauwesen