

## **Projektmanagement: Zeitenwende bei den Bauzeitclaims**

11. January 2022

### **Claim-Spezialisten der Auftragnehmer in der Defensive: Die Rechtsprechung zieht den Gürtel für Bauzeitclaims enger!**

#### **1. Grundlagen**

Im Gegensatz zu den Bauzeitnachträgen ist die Behandlung der Sachnachträge in der Praxis mit weniger Schwierigkeiten verbunden, und zwar unabhängig davon, ob an eine urkalkulative Fortschreibung oder aber an tatsächlich erforderlichen Kosten angeknüpft werden muss. Die Praxis sucht hier nach praktikablen Anknüpfungspunkten und in der Regel können sich die Vertragsparteien hinsichtlich der Bewertung der zusätzlich erforderlichen Sachkosten einschließlich der Zuschläge einigen. Aber schon bei Sachnachträgen bleibt die Frage offen, wie mit den Bauzeitfolgen bei geänderten und zusätzlichen Leistungen umzugehen ist.

Nicht einschätzbar sind für Auftraggeber oftmals die Folgenansprüche aufgrund von eingetretenen Ablaufstörungen wegen der Verletzung von Mitwirkungshandlungen oder aufgrund von Störpotentialen weiterer Projektbeteiligter, die sog. Bauzeitclaims. Hier eröffnet sich eine breite Spielwiese für baubetriebliche Gutachter, die für die Vertragsparteien eine Plausibilisierung der Ansprüche und der Einwendungen vornehmen.



## 1.1 Ansprüche auf Terminanpassung

Wenn Auftragnehmer Ansprüche auf Verlängerung von Ausführungsfristen geltend machen, etwa nach § 6 Abs. 2 VOB/B, werden Auftraggeber vor die Alternative gestellt, die für sie - z. B. aufgrund eingegangener vertraglicher Bindungen inakzeptablen - Bauzeitverlängerungen durch Annahme von Angeboten zur Vergütung von Beschleunigungsclaims „abzukaufen“. Im Regelfall sind die hierzu erforderlichen Leistungen schwerlich anordnungsfähig,<sup>[1]</sup> so dass Auftragnehmer die Preise nicht selten diktieren können.

## 1.2 Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung

In der Vergangenheit war die Rechtslage für Auftragnehmer komfortabel: Sie konnten zwischen mehreren Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz und Entschädigung wählen.

Zunächst gewährleisteten § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bzw. § 280 BGB bei Pflichtverletzungen eines Auftraggebers Schadensersatzansprüche. Auftraggeber können sich bei derartigen Ansprüchen allerdings hinsichtlich des Verschuldens entlasten. Die Höhe der entstandenen Schäden muss zudem der Auftragnehmer konkret anhand eines Vergleiches der Vermögenslagen darlegen und beweisen.

Auftragnehmer sind deshalb in der Vergangenheit vornehmlich auf § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB ausgewichen. Diese Anspruchsgrundlage eröffnet ihnen einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Entschädigung, der grundsätzlich nach den kalkulierten Preisen bemessen wird. Diese prinzipiell leicht praktikable Anspruchsgrundlage hat der BGH schon im Jahre 2017 erheblich eingeschränkt und für Auftragnehmer teilweise entwertet.

## 2. Die BGH-Rechtsprechung zur Eingrenzung der Bauzeitclaims

Der BGH hat entschieden, dass Entschädigungsansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB lediglich eine Entschädigung für die Wartezeiten des Unternehmers gewährt wird und dementsprechend nur eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräten und Kapital während des Annahmeverzuges gewährleistet.<sup>[2]</sup> Weitergehende Schäden des Auftragnehmers werden nicht ersetzt, auch nicht die Sekundärschäden entsprechender Behinderungstatbestände (wie etwa die über den Behinderungszeitraum hinausgehende verlängerte Bereithaltung von Geräten oder sonstige Folgewirkungen und Kosten). Auch entgangene Deckungsbeiträge werden nicht ersetzt. Insbesondere gibt es grundsätzlich keine Vergütung für eine AGK-Unterdeckung.<sup>[3]</sup>

Der Auftragnehmer hat lediglich einen Anspruch auf Ersatz der konkret nachgewiesenen Mehrkosten wegen der nicht einsetzbaren Ressourcen im Behinderungszeitraum, zzgl. darauf entfallender anteiliger Deckungsbeiträge, jedoch keine weiteren Ansprüche darüber hinaus. Der Auftragnehmer muss dabei nachweisen, dass er Produktionsmittel bereitgehalten hat. Auf die Frage, ob ein „echter Füllauftrag“ vorlag, kommt es nicht an.<sup>[4]</sup> Bezüglich der Arbeitskräfte muss der Auftragnehmer insbesondere nachweisen, dass er sie nicht anders einsetzen konnte.<sup>[5]</sup> Bei Geräten ist dabei allerdings nicht zwangsläufig erforderlich, dass diese auf der Baustelle vorgehalten wurden.<sup>[6]</sup>

Die Rechtsprechung verweist darauf, dass das Recht die Erwartungshaltung eines Unternehmers auf Erzielung geplanter Gewinne während eines Behinderungszeitraumes nicht kommerzialisiert. Das KG hat hierzu entschieden, dass ein Entschädigungsanspruch nicht einmal automatisch für den gesamten Behinderungszeitraum besteht. Vielmehr werden nur angemessene Zeiten für den Abbau von Personal- und Sachressourcen anerkannt. Der Auftragnehmer muss dementsprechend auch vortragen, warum er diese Ressourcen nicht hätte abbauen und anderweitig einsetzen können.<sup>[7]</sup>

### **3. Weitere Einschränkungen der Bauzeitnachträge durch die Rechtsprechung**

Die obergerichtliche Rechtsprechung hat die vorstehenden Argumentationsansätze des BGH noch weiter ausgeformt und inzwischen zusätzliche Voraussetzungen für entsprechende Bauzeitanprüche entwickelt:

#### **3.1 Die Anforderungen an die bauablaufbezogene Darstellung (Kausalität der Störung)**

Die Geltendmachung von Bauzeitnachträgen nach § 6 VOB/B bzw. § 642 BGB setzt grundsätzlich eine konkret bauablaufbezogene Darstellung mit Berücksichtigung durchgeführter Ausgleichsmaßnahmen voraus. Auch wenn eine umfangreiche Großbaustelle vorliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Auftragnehmer muss zur vollen Überzeugung des Gerichts dartun, dass ein hindernder Umstand vorgelegen hat und ihn in der Ausführung seiner vertraglichen Leistungen gestört hat. Lediglich hinsichtlich der Auswirkungen der Behinderung kommen ihm Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO zugute.

Das OLG Köln hat zudem die juristischen Anforderungen an den Kausalitätsnachweis, nämlich die Nachweisanforderungen, dass durch ein bestimmtes Auftraggeberverhalten oder eine ihm zuzurechnende Störung eine bestimmte Auswirkung auf den Produktionsablauf des Auftragnehmers gehabt hat, geschärft. Das Gericht fordert insoweit die Untersuchung des kritischen Weges. Es lässt einen störungsbedingten Bauablaufplan eines Baubetrieblers nicht ausreichen, wenn dieser nicht darstellt, dass die „Störung auf dem zeitkritischen Weg“ liegt.<sup>[8]</sup> Die Entscheidung begründet konkrete Anforderungen an baubetriebliche Gutachten. Qualifizierte Baubetriebe haben schon bisher ihre Untersuchungen auf Bauablaufpläne gestützt, die den kritischen Weg für die Leistungen ausgewiesen haben. Hier bringt die Entscheidung die notwendige Klarheit. Das Gericht hat ausdrücklich ausgeführt, dass der bloße Vortrag, die Bauzeit habe sich um die jeweiligen Behinderungstage verschoben oder verlängert, nicht ausreicht.

Diese strenge Rechtsprechung in Bezug auf den Nachweis der Kausalität hat das OLG Celle auch auf im Ablauf gestörte Planungsverträge angewendet.<sup>[9]</sup> Das Gericht fordert, dass der tatsächliche Mehraufwand in einer Weise dokumentiert wird, dass der Zeitaufwand für das überlange konkrete Bauvorhaben demjenigen im Normalfall gegenübergestellt wird. Die bloße Enttäuschung kalkulativer Annahmen reicht indessen nicht aus.

Ansprüche auf Entschädigung nach § 642 Abs. 1 BGB setzen darüber hinaus einen Annahmeverzug des Auftraggebers mit der Vornahme von Mitwirkungshandlungen voraus. Dazu gehört, dass der Auftragnehmer die Leistungen anbieten muss und selbst auch leistungsbereit sein muss. Für ein entsprechendes Angebot reicht es aus, dass ein Unternehmer die Baustelle - auch mit ggf. weniger Personal als zunächst geplant - besetzt und erkennbar gemacht hat, dass sie im Falle im gegebener Baufreiheiten mit den anstehenden Arbeiten würde beginnen können. Dazu muss kein wörtliches Angebot abgegeben werden, aber der Auftragnehmer muss seine Ressourcen auf der Baustelle zur Verfügung halten und auch zu erkennen geben, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistungen zu erbringen. Daran fehlt es, wenn für den Auftraggeber unklar bleiben konnte, wann mit einer bestimmten Leistung des Auftragnehmers überhaupt zu rechnen ist.<sup>[10]</sup>

#### **3.2 Annahmeverzug des Auftraggebers erforderlich**

Eine Entscheidung des OLG Hamburg<sup>[11]</sup> befasst sich mit der Frage, ab wann überhaupt eine dem Auftraggeber zuzurechnende Obliegenheitsverletzung und damit ein Behinderungstatbestand vorliegt. Es beurteilt diese Frage anhand des Standardfalls verspäteter Planlieferungen. In vielen baubetrieblichen Gutachten ist zu lesen, dass eine verspätete Auslieferung von auftraggeberseits versprochenen Plänen für die Ausführung automatisch zu einer Behinderung führe. Dem ist das Hanseatische Oberlandesgericht entgegengetreten. Es hat ausgeführt, dass es nicht darauf ankomme, zu welchem Zeitpunkt der Auftraggeber die Auslieferung von Plänen versprochen habe. Entscheidend sei vielmehr, ob die Pläne zu diesem Zeitpunkt auch gemäß dem konkreten Bauablauf gebraucht würden. Nur bei einem ungestörten Bauablauf könne der Zeitpunkt der

Mitwirkungshandlungsverletzung anhand eines aufgestellten Bauablauf- und Terminplans ermittelt werden. Bei gestörten Bauabläufen sei dies allerdings unzulässig. Schon bei der Frage, ob eine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig erbracht wurde, hat der Auftragnehmer substantiiert vorzutragen, wann er die Bauleistung, für die die Mitwirkungshandlung erforderlich ist, nach dem aktuellen Bauablauf erbringen wollte und sich hieran wegen der noch nicht erbrachten Mitwirkungshandlung gehindert sehe. Die Entscheidung führt allerdings dazu, dass Auftragnehmer für die Begründung von Entschädigungsansprüchen nicht schlichtweg an Planlieferzeiten anknüpfen können, die ein Auftraggeber ihnen übermittelt hat.

### **3.3 Kausalitätsnachweis auch bei Abrechnungspositionen**

Soweit ein Auftragnehmer nach seinem Leistungsverzeichnis zeitbezogen zu vergütende Abrechnungspositionen zu erbringen hat, etwa die Vorhaltung der Baustelleneinrichtung oder Kräne pro Monat zu einem definierten Einheitspreis, ging die Praxis vielfach davon aus, dass diese Positionen ohne weitere Prüfung in Verlängerungszeiträumen vergütet werden müssten. Das OLG Köln hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass zeitabhängige Einheitspreispositionen nur dann geltend gemacht werden können, wenn die aufgetretenen Verzögerungen nicht vom Auftragnehmer selbst verursacht worden sind. Der Auftragnehmer trage auch die Darlegungs- und Beweispflicht dafür, dass sein Bauablauf nicht von dem ursprünglich vereinbarten Bauablauf abweiche.<sup>[12]</sup> Nicht der Auftraggeber muss also darlegen und beweisen, dass der Auftragnehmer die Verzögerung verschuldet hat, sondern der Auftragnehmer muss sich entlasten, um die zeitbezogenen Leistungsverzeichnispositionen abrechnen zu können.

Das KG hat die strenge Rechtsprechung zu der notwendigen bauablaufbezogenen Darstellung auch auf Ansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B angewendet. Wenn die Störung allein auf einer fehlenden terminlichen Mitwirkung des Auftraggebers beruht, sei bereits zweifelhaft, ob neben den vorgenannten Ansprüchen auch solche aus § 2 Abs. 5 VOB/B in Betracht kämen.<sup>[13]</sup> Das OLG Köln hat jedenfalls die vorbeschriebene Rechtsprechung zur Notwendigkeit einer konkret bauablaufbezogenen Darstellung auch auf Ansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B angewendet.<sup>[14]</sup> Das soll gelten, wenn ein Auftragnehmer Leistungspositionen, u.a. zeitabhängige Leistungspositionen, für die Begründung von behinderungsbedingten Mehrkostenansprüchen heranziehen will.

### **3.4 Vorbehalte in Bezug auf Bauzeitansprüche in Nachträgen erforderlich**

Das OLG Hamburg hat weitergehend herausgestellt, dass ein Auftragnehmer keine zeitlichen Entschädigungsansprüche geltend machen könne, wenn er ein Nachtragsangebot bezüglich Leistungen abgegeben hat, die Auswirkungen auf die Bauzeit haben, aber keinen Vorbehalt im Hinblick auf weitergehende Ansprüche erhoben hat. In diesem Fall sei der Auftragnehmer mit weiteren Ansprüchen ausgeschlossen.<sup>[15]</sup>

### **3.5 Keine Leistungsverweigerung zulässig**

Treten Ablaufstörungen ein und gelingt den Vertragsparteien keine Verständigung, neigen sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer oft dazu, Tatsachen zu schaffen. Auftraggeber beschwören die Entstehung von Vertragsstrafen und drohen diese an. Auftragnehmer reduzieren die Leistungen oder stellen sie ganz ein, um Druck zu entfalten. In mehreren oberlandesgerichtlichen Entscheidungen ist darum herausgestellt worden, dass die Vertragsparteien eines Bauvertrages aufgrund des Kooperationsgebotes verpflichtet sind, an einer Verhandlungslösung zu arbeiten. Meinungsverschiedenheiten sollen möglichst einvernehmlich geklärt werden. Diesen Vorgaben widerspricht es aber, wenn eine Vertragspartei sich nur scheinbar auf Verhandlungen einlässt, um später einseitig eine Vergütung geltend zu machen und einzuklagen. Entsprechendes gilt, wenn ein Auftragnehmer die Leistung einstellt, ohne dass ihm insoweit ein Zurückbehaltungsrecht wegen fälliger Vergütungsansprüche zusteht. Speziell die Einforderung einer Vertragsergänzung kann eine Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund rechtfertigen.<sup>[16]</sup> Auch das OLG Koblenz hat die unberechtigte Einstellung

von Arbeiten als Grund für eine berechtigte auftraggeberseitige Kündigung angesehen.<sup>[17]</sup>

#### **4. Grundsätzlich kein Erstattungsanspruch für Kosten baubetrieblicher Gutachten**

Zu guter Letzt hat der BGH in einem Urteil vom 22.10.2020 entschieden, dass dem Auftragnehmer nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Nachtragsbearbeitung zusteht.<sup>[18]</sup> Dem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem es bereits im Vergabeverfahren zu Verzögerungen kam. Der Auftragnehmer übernahm die Ermittlung der Mehrkosten nicht selbst, sondern bediente sich eines Privatgutachters und wollte diese Kosten ersetzt verlangen. Der BGH führt allerdings aus, dass die Privatgutachterkosten keine Mehrkosten im Rahmen eines Anspruchs aus § 2 Abs. 5 VOB/B seien. Die Regelung sei so zu verstehen sei, dass lediglich die Mehr- und Minderkosten berücksichtigt werden sollen, die im Zusammenhang mit der Ausführung der betroffenen vertraglichen Leistung anfallen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Kosten, die bei der Ermittlung der geschuldeten Vergütung anfallen, nicht erfasst sind. Die Entscheidung lässt sich wegen der aufgezeigten Parallelen der Rechtsinstitute auch auf andere Anspruchsgrundlagen übertragen. Dabei kann dahinstehen, ob derartige Kosten nicht ohnehin zu den BGK oder den AGK gehören und mit den Gemeinkostenzuschlägen abgegolten sind. Die Versuchung, auch noch die Kosten der Nachtragsberater und Claim-Spezialisten an den Auftraggeber weiterzureichen, erfährt damit erheblichen Gegenwind.

Vielfach werden sogar leitende Mitarbeiter oder externe baubetriebliche Berater am Erfolg des Claimings beteiligt. Derartige Abreden sind in der Praxis weder für die störungsfreie Bauabwicklung, noch für den unternehmerischen Erfolg des jeweiligen Bauunternehmens förderlich. Typischerweise scheiden diejenigen Bauunternehmen, die besonders hart claimen, mittelfristig aus dem Markt aus. In einer Entscheidung des KG wird hervorgehoben, dass im Falle einer entsprechenden Erfolgshonorarabrede ein Erfolgshonorar nur für solche Mitwirkungsbeiträge des Beraters geschuldet ist, die auch wirklich zum Abschluss eines Nachtrages geführt haben.<sup>[19]</sup>

#### **5. Fazit**

Das Claimpotential bei Behinderungen wird durch diese Rechtsprechung auf den Kern zurückgeführt, um den es wirklich geht, nämlich um einen Nachteilsausgleich für konkret erlittene Nachteile infolge im Einzelnen darzulegender Behinderungen. Die Leitlinien der Rechtsprechung führen dazu, dass die allenthalben festzustellenden pauschalen Argumentationsansätze in Bauzeitclaims der Vergangenheit angehören. Bei den Baubetrieblern wird sich die Spreu vom Weizen trennen. Der Bauzeitnachtrag ist damit indessen nicht tot, sondern lediglich in geordnete Bahnen gelenkt, und Auftraggeber sind gut beraten, sich bei komplexeren Projekten über die richtige Methodik zu informieren und diese rechtzeitig im Rahmen ihrer Vertragsgestaltung und -abwicklung vorzubereiten und umzusetzen.

[1] KG, Urt. v. 29.01.2019, Az. 21 U 122/18, NZBau 2019, 637 f., Rn. 119 f.

[2] BGH, Urt. v. 26.10.2017, Az. VII ZR 16/17.

[3] BGH, Urt. v. 30.01.2020, Az. VII ZR 33/19, NZBau 2020, 632; KG, Urt. v. 29.01.2019, Az. 21 U 122/18, NZBau 2019, 637 f.

[4] BGH, Urt. v. 30.01.2020, Az. VII ZR 33/19, NZBau 2020, 362.

[5] KG, Urt. v. 29.01.2019, Az. 21 U 122/18, NZBau 2019, 637 f., Rn. 88.

[6] OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.08.2020, Az. 8 U 49/19, ZfBR 2021, 55.

[7] KG, Urt. v. 28.04.2020, Az. 21 U 76/19, NZBau 2020, 579.

[8] Dazu OLG Köln, Urt. v. 29.08.2019, Az. 7 U 113/18, IBR 2021, 568.

[9] OLG Celle, Urt. v. 06.10.2021, Az. 14 U 39/21, IBRRS 2021, 3126.

[10] OLG Hamburg, Urt. v. 16.11.2018, Az. 1 U 40/17, IBRRS 2021, 2661.

[11] OLG Hamburg, Urt. v. 16.11.2018, Az. 1 U 40/17, IBRRS 2021, 2661.



[12] Dazu OLG Köln, Urt. v. 29.08.2019, Az. 7 U 113/18, IBR 2021, 568.

[13] KG, Urt. v. 29.01.2019, Az. 21 U 122/18, NZBau 2019, 637 f., Rn. 146.

[14] Dazu OLG Köln, Urt. v. 29.08.2019, Az. 7 U 113/18, IBR 2021, 568.

[15] OLG Hamburg, Urt. v. 16.11.2018, Az. 1 U 40/17, IBRRS 2021, 2661.

[16] OLG Celle, Urt. v. 06.10.2021, Az. 14 U 39/21, IBRRS 2021, 3126.

[17] OLG Koblenz, Beschl. v. 19.08.2020, Az. 3 U 490/20, IBRRS 2021, 2763.

[18] BGH, Urt. v. 22.10.2020, Az. VII ZR 10/17, NZBau 2021, 24.

[19] KG, Urt. v. 24.08.2021, Az. 21 U 146/19, IBR 2021, 579.

## AUTHORS



### **Prof. Dr Klaus Eschenbruch**

📍 Office Düsseldorf

📞 +49 211 600500-402

✉️ klaus.eschenbruch@kapellmann.de