

Der Einfluss der Baubetriebslehre/Baubetriebsregeln auf die Anwendung des Baurechts – Ansätze in der VOB und § 650c BGB nF¹

Verfasser: Prof. Dr. Gerd Motzke, Rechtsanwalt (vormals Vorsitzender Richter am OLG München, Bausenat in Augsburg), Honorarprofessor für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg

1 Thesen

Die Baubetriebslehre und Baubetriebsregeln erklären wie Technikregeln die Wirklichkeit des Baugeschehens in einem bestimmten Bereich.

Die Baubetriebslehre und Baubetriebsregeln liefern einen Topoikanon² und damit Argumentationsmuster für die Erfassung von in Rechtsnormen beschriebenen Tatbeständen, stellen deren Subsumptionsfähigkeit sicher und leisten einen Beitrag für die Bestimmung der vorgesehenen Rechtsfolgen.

Die Baubetriebslehre und Baubetriebsregeln erklären Störungstatbestände im Verhältnis von Preis und Leistung einschließlich Fristen und belegen diesbezügliche Äquivalenzstörungen.

Die Topoi der Baubetriebslehre/Baubetriebsregeln begründen keine eigenständigen Anspruchsgrundlagen, aus denen Rechte und Pflichten im Fall solcher Äquivalenzstörungen abgeleitet werden können.

Rechte und Pflichten sind nur aus gesetzlichen oder vertraglichen Regeln ableitbar, für deren Verständnis die Baubetriebslehre und Baubetriebsregeln einen unverzichtbaren Beitrag leisten.

Ohne die Baubetriebslehre/Baubetriebsregeln ist eine Weiterentwicklung des Baurechts im Bereich des Preis-/Leistungsverhältnisses und gestörter Bauabläufe nicht denkbar.

Da Rechtstreitigkeiten nach Rechtsregeln und nicht nach Baubetriebsregeln - oder Technikregeln – entschieden werden, ist die Wissenschaft vom Baubetrieb insofern eine Hilfswissenschaft und hat damit dienenden Charakter, wie die Rechtswissenschaft dienenden Charakter hat bezüglich des Strebens nach Gerechtigkeit und Rechtsfrieden.

2 Baurecht als Ordnungsfaktor der Wirklichkeit bedingt Wirklichkeitserkenntnis

Das Recht ordnet die Beziehungen zwischen Menschen und zwischen Menschen und Sachen. Die dabei erfassten Lebensbereiche und Lebenssachverhalte sind viel-

¹ Der Darstellung liegt ein Vortrag auf dem 1. Deutschen Baubetriebs- und Baurechtstag am 1. und 2. September 2017 an der Universität Lüneburg, Leuphana, Professional School, Prof. Dr.-Ing. Schottke, zugrunde.

² Dazu insgesamt näher Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 4. Aufl., 1969; Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, 1982, S. 289; Haft, Juristische Rhetorik, 1978.

fältig und in unterschiedlicher Weise erfassbar. Manches ist jedermanns Erkenntnis zugänglich, für Anderes bedarf es besonderer Fähigkeiten und Kenntnisse, um die je eigenen Strukturprinzipien dieser Sachverhalte zu erfassen und daraus Schlüsse zu ziehen. Das Recht als Ordnungsgefüge der sozialen Wirklichkeit blendet die Strukturen dieser dann besonderen Wirklichkeit – Bauwirklichkeit - nicht aus, sondern knüpft an diesen gleichsam vorgegebenen Strukturen an. Recht ist Situationsrecht und auf die Wirklichkeit in ausgerichtet. Diese Wirklichkeit kennt durchaus ihre eigenen Gesetzmäßigkeiten und Ordnungen, die damit die Wirklichkeit inhaltlich prägen. Geht es um die „Vernunft in den Dingen“³, dann prägen die „Vernunft des Bauens“ und damit die „Natur des Bauens“, an die Baurecht notwendigerweise anknüpft, Vieles. Technikregeln strukturieren die Bauausführung, Baubetriebsregeln prägen das Verhältnis von Preis und Leistung auch mit Rücksicht auf die Baumstände und die Bauzeit. Technikregeln und Baubetriebsregeln sind als Ausdruck sachlogischer Strukturen gleichsam das Scharnier, welches das konkrete Leben mit den Rechtsregeln verbindet. Technikregeln und Baubetriebsregeln erklären dem Juristen die Bauwirklichkeit und ermöglichen damit – notfalls vermittelt über einen Sachverständigen – die Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen einer Vertragsregel oder einer Rechtsnorm wie auch die Bestimmung der damit verknüpften Rechtsfolgen. Denn auch die „baubetrieblich infizierten“ Tatbestandsvoraussetzungen, die einen abstrakt generellen Sachverhalt beschrieben, bedürfen der Aufhellung nach Maßgabe der Baubetriebsregeln, um über die Einschlägigkeit des Gesetzes oder einer Vertragsregel befinden zu können.

Baubetriebsregeln bilden wie Technikregeln einen Topos, die als Argumentationsmuster bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden müssen und geeignet sind, das Baurecht in der Interaktion mit Technik- und Baubetriebsregeln weiter zu entwickeln.

2.1 Wirklichkeitserkenntnis durch Technikregeln

So greift das Recht gerade im Bereich des Baurechts auf die Technik zurück. Die VOB/B tut dies ausdrücklich in § 4 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Auftragnehmer dazu verpflichtet wird, die anerkannten Regeln der Technik zu beachten. Was dieses technische Regelwerk aus technischer Sicht verlangt, wird damit über den Bauvertrag zur Rechtspflicht. Die anerkannten Regeln der Technik werden nach § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zum Maßstab der Mangelfreiheit einer Leistung. Technikregeln bestimmen damit das Sachmängelrecht. Neben diesen offenen Verweisen auf derartige Technikregeln gibt es versteckte und den Normen natürlicherweise immanente Bezüge. Denn geht es um die Art und Weise der Nacherfüllung, bestimmt sich dies jedenfalls auch im Hinblick auf die technischen Möglichkeiten; geht es um die Minderung und damit als Vorfrage um den Minderwert einer Leistung, sind Feststellungen technischer Art zum mangelfreien Soll und damit verbundenen Gebrauchs- und Dauerhaftigkeitsnachteilen impliziert.

Das heißt: Rechtsregeln, die technische Sachverhalte zum Gegenstand haben, weisen ausgesprochen oder unausgesprochen einen Technikbezug auf. Ohne dessen Aufhellung kann Rechtsfindung nicht gelingen.

Technisch geprägter Stoff kann rechtlich nicht ohne Rücksichtnahme auf diese technischen Stoffregeln normiert und einer Rechtsentscheidung zugeführt werden. **Tech-**

³ Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., 1968, S. 98, 99.

nische Stoffregeln sind Teil der Wirklichkeit, an der eine Rechtsentscheidung nicht vorbeigehen kann. Die Technik wird notwendig zu einer Vorstufe der Rechtsanwendung; ohne die Technik kann eine rechtliche Subsumtion nicht gelingen. D.h.: Die Normanwendung erfolgt nicht nur mit der Brille des Rechts, sondern auch mit der Brille der Technik. Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm – ob Gesetz oder Vertrag – sind aus technischer Sicht wie auch aus rechtlicher Sicht zu beleuchten. Dabei geht es zudem nicht nur um den Tatbestand einer Rechtsregel, sondern auch um deren Rechtsfolgen, die je nach der Rechtsfolgenanordnung nicht ohne Rücksicht auf die je einschlägige Technikregel aufgefunden werden.

D.h.: Technikregeln werden zum Mittler für Rechtsregeln. Sie bilden gleichsam das Scharnier zwischen einem regelungsbedürftigen Sachverhalt und der Rechtsanwendung. Technikregeln haben Konkretisierungsfunktion und bilden damit einen Topos, ohne den Rechtsfindung und Rechtsentscheidung nicht möglich sind.

Das Gesetzesrecht hält sich mit derartigen Verweisungen auf Technikregeln zurück. Ausgeschlossen sind solche Verweise freilich nicht, wie das im Produkthaftungsrecht mit dem Verweis auf den Stand von Wissenschaft und Technik geschieht (§ 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHG) geschieht. Das BImSchG definiert in § 3 Abs. 6 den Technikstandard „Stand der Technik“ und führt diesen Standard als Verhaltensmaßstab in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 1, § 41 Abs. 1 und § 48 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes ein.

Das BGB ist diesbezüglich bescheiden. Das Nachbarrecht erfährt in § 906 Abs. 1 Satz 3 BGB eine konkretisierende Regelung hinsichtlich hinzunehmender Beeinträchtigungen durch Verweis auf nach § 48 BImSchG erlassene Verwaltungsvorschriften, soweit sie den Stand der Technik wiedergeben. Hierbei handelt es sich z.B. um die TA Lärm oder TA Luft. Diese Technischen Anleitungen konkretisieren die Rechtsanwendung und stellen damit einen einheitlichen Normenvollzug sicher, wenn sie den Stand der Technik wiedergeben.

Das Allgemeine und das Besondere Schuldrecht des BGB halten sich zurück. Ausdrückliche Verweise auf Technikregeln fehlen. Der Bezug auf die Verkehrssitte ist mehrfach festzustellen. Das Sachmängelrecht normiert die Sachmangelfreiheit nach Maßgabe der Anforderungen der gewöhnlichen Verwendungseignung und der Beschaffenheit, die bei Werken der gleichen Art üblich ist (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB). Daran hat sich durch die Reform des Werkvertragsrechts mit Wirkung ab 1.1.2018 nichts geändert. Mit Hinweis auf die Verkehrssitte, die bei der Auslegung von Verträgen und der Leistungsbewirkung neben Treu und Glauben zu berücksichtigen ist (§ 133, § 242 BGB) und die Anforderungen der gewöhnlichen Verwendungseignung nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB verweist das Gesetzesrecht auf außerhalb seiner selbst liegende Ordnungssysteme, nämlich die Üblichkeit, die durch praktizierte Technikregeln konkretisierbar ist.

2.2 Wirklichkeitserkenntnis durch Baubetriebsregeln

Auch Baubetriebsregeln leisten für das Recht und damit den Rechtsanwender einen Beitrag zur Wirklichkeitserkenntnis und zur Rechtsfolgenbestimmung von Rechten wegen. Wenn es auch, wie Bauer im Vorwort zu seinem Werk „Baubetrieb, 3. Auflage, formuliert, Juristen sind, die bei Auseinandersetzungen das „letzte Wort“ sprechen, setzen diese Entscheidungsaufgabe und Entscheidungsverantwortung die Erfassung der streitbefangenen Wirklichkeit und der baubetrieblich geprägten Tatbestandsvoraussetzungen einschlägiger Rechtsregeln im Lichte baubetrieblicher Er-

kenntnisse voraus. Bei Rechtstreitigkeit im Baubereich geht es meistens um das Verhältnis von Leistung und Preis wie auch um Baufristen; da entfalten die Baubetriebsregeln ihre Wirkung. Die Baubetriebsregeln beinhalten einen Toposkatalog, ohne dessen Berücksichtigung Rechtsfindung und Rechtsentscheidung in der Preis-/Leistungsbeziehung wie auch bei Fristenfragen nicht gelingen können.

Das bedeutet: Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgenaussagen in Vertragsregeln und gesetzlichen Normen sind mit Rücksicht auf **baubetriebliche Topoi** als Verständnisregeln und Argumentationsmuster zu begreifen. Gerade bei gestörten Bauabläufen entfaltet der baubetriebliche Topoikatalog seine Wirkung. Baubetriebsregeln erklären diesbezüglich die Bauwirklichkeit insofern, als sie die für die Preisbildung, damit die Kalkulation und folglich auch für den Wettbewerbspreis maßgeblichen Faktoren bestimmen.

Allerdings ist festzustellen, dass die VOB/B lediglich im Bereich der Stundenlohnarbeiten (§ 15 VOB/B) einen Verweis auf Baubetriebsregeln enthält, indem in § 15 Abs. 2 VOB/B baubetriebliche Kategorien zur Bestimmungen des Stundenlohns für den Fall angeführt werden, dass der ortsübliche Stundenlohn nicht ermittelt werden kann. Hinsichtlich des Einheitspreisvertrags heißt es in § 2 Abs. 2 VOB/B lediglich, dass die Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet wird. Näheres zur Bestimmung des Einheitspreises wird nicht angeführt, insbesondere fehlt es an der Angabe baubetrieblich einschlägiger Kategorien. Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss baut damit unausgesprochen auf die einschlägigen sachlogischen Strukturen der Bauauftragsrechnung als Ausdruck der „Vernunft in den Dingen.“ Die Baubetriebslehre und die Baubetriebsregeln strukturieren nicht nur die Kriterien für die Bestimmung des Einheitspreises, sondern liefern Detailerkenntnisse hinsichtlich der – durch Bauablaufentwicklungen störungsanfälligen - Preis-/Leistungsbeziehung. Damit liefern die Baubetriebsregeln einen maßgeblichen Beitrag für das Verständnis des Sachverhalts, normierter Tatbestandsvoraussetzungen und diesbezüglich angeordneter Rechtsfolgen. Dabei ist zwischen baubetrieblichen Grundlagen und den im Einzelfall daraus abzuleitenden Folgen, insbesondere im Fall von Störungen, zu unterscheiden. Die baubetrieblichen Grundlagen sind allgemeiner Art und deshalb mehr oder minder gewerkeunabhängig, was für die Störungsfolgen dermaßen allgemein nicht gilt. Die einschlägigen **baubetrieblichen Topoi** betreffen in erster Linie die Beziehung von Preis und Leistung, damit die Kalkulation und haben einen hohen Stellenwert bei geänderten Leistungen, Abweichungen im Bauverfahren, geänderten Bauumständen und Bauzeitänderungen. Von maßgeblicher Bedeutung ist die Feststellung und Beschreibung dieser baubetrieblichen Gesichtspunkte, die der Bauwirklichkeit notwendig immanent sind.

2.2.1 Bauauftragsrechnung als baubetriebliche Grundlage

Die wichtigste baubetriebliche Grundlage bilden die Regeln der **Baufauftragsrechnung**. Sie liegen der VOB/B unausgesprochen zugrunde; denn § 2 VOB/B besagt nichts dazu, in Ausrichtung welcher Strukturen allgemein der Einheitspreis für eine Teilleistung aufzufinden ist. Damit baut die VOB/B auf die diesbezüglich maßgeblichen sachlogischen Strukturen, die von der Baubetriebslehre entwickelt worden sind. Nur in § 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B werden Kriterien für den Fall benannt, dass mangels Ermittlung des ortsüblichen Stundenlohns, die Höhe des Stundenlohns zu bestimmen ist. Hinsichtlich des Einheitspreises sind die nach Maßgabe der Bauauftrags-

rechnung⁴ geltenden Regeln der maßgeblich **baubetriebliche Topos**. Dazu gehört die Erkenntnis, auf welche Weise mittels welcher Faktoren der einzelne Positionspreis bei einem Einheitspreisvertrag und allgemein die Angebotssumme ermittelt werden. Das gilt auch für einen Pauschalpreisvertrag; denn auch einem solchen Vertrag, den grundsätzlich eine Funktionalausschreibung kennzeichnet, liegt zumindest intern eine detaillierte Erfassung der erforderlich Leistungen samt deren Kalkulation zugrunde (vgl. § 7c VOB/A).

Die Bauauftragsrechnung enthält einen **Topoikatalog**, nämlich die Einzelkosten der Teilleistung, die Gemeinkosten der Baustelle, die Allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Geht es um Leistungsänderungen, Bauumstandsänderungen oder Änderungen der Bauzeit, sind die Auswirkungen dieser Änderungen im Hinblick auf diesen Topoikatalog, also die einzelnen Kostenelemente, zu untersuchen, was die Nachprüfbarkeit gewährleistet. In solchen Fällen ist nicht nur allgemein auf den geänderten Preis abzustellen, sondern die Bauauftragsrechnung weist notwendig den Weg zu den einzelnen Kostenelementen, die preisbildenden Einfluss haben.

Auf der Grundlage dieser Regeln der Bauauftragsrechnung besteht die Möglichkeit bei § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B darüber zu befinden ob und inwiefern sich die Preisermittlungsgrundlagen geändert haben. Haben sich die Einzelkosten der Teilleistung, die Gemeinkosten der Baustelle, die Allgemeinen Geschäftskosten oder Wagnis und Gewinn geändert? Im Zugriff auf die **Kostenelemente** realisiert sich, ob die Grundlagen des Preises für eine Vertragleistung geändert werden und inwiefern sich Mehr- oder Minderkosten ergeben.

D.h: § 2 Abs. 5 VOB/B muss auf der Tatbestandsebene nach Baubetriebsregeln analysiert werden, und die Rechtsfolge ist mit Rücksicht auf die Baubetriebsregeln der Bauauftragsrechnung zu bestimmen. Gleiches gilt für § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB nF, wonach der Unternehmer verpflichtet ist, eine Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Die Änderung ist unter Kostengesichtspunkten nach Maßgabe der Grundregeln der Bauauftragsrechnung zu detaillieren, wenn der Vertrag ein Einheitspreisvertrag ist, und damit Ausgangspunkt des Vertragsschlusses ein nach Einheitspreisgrundsätzen erstelltes und bepreistes Leistungsverzeichnis ist; die Auswirkungen auf den Vertragspreis der betroffenen Teilleistungen sind darzustellen. Ist der Bauvertrag nach Einheitspreisregeln geschlossen, müssen diese Regeln bei der Abgabe des Angebots über Mehr- oder Minderkosten eingehalten werden. Mehrkosten können nicht einfach nach Stundenlohngrundsätzen oder als Pauschale dargestellt und gefordert werden; Minderkosten werden regelmäßig nach Maßgabe der Kalkulation der Einzelkosten der Teilleistung zu bestimmen sein. Anderes gilt freilich dann, wenn zwischen den Parteien Einigkeit über eine anderweitige Art und Weise der Ermittlung der Mehr- oder Minderkosten besteht.

Dabei darf die Verknüpfung mit § 650c Abs. 3 BGB nF nicht aus dem Auge verloren werden. Darf nämlich der Auftragnehmer bei vereinbarten oder gesetzlichen Abschlagszahlungen 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB nF genannten Mehrvergütung ansetzen, zwingt dies allein schon zu einer den vertraglichen Ausgangsregeln verpflichteten und demgemäß auch nachprüfaren Angebotsfassung.

⁴ Plümecke/Kattenbusch, Preisermittlung für Bauarbeiten, 28. Aufl., 2017, S. 34 ff.; Drees/Paul, Kalkulation von Baupreisen, 12. Aufl., 2015, S. S. 20 ff.; Franz, BauR 2017, 380 ff.;

Die Grundregeln der Bauauftragsrechnung gelten auch für die Bestimmung der Vergütungsanpassung nach § 650c BGB. Dabei fällt auf, dass § 650c Abs.1 BGB nF die Berücksichtigung angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis sowie Gewinn einfordert und damit die Gemeinkosten der Baustelle als Zuschlag außer Acht lässt. Die Bauauftragsrechnung enthält neben den Einzelkosten der Teilleistung und den Allgemeinen Geschäftskosten als Kostenfaktor die Gemeinkosten der Baustelle.⁵ Damit stellt sich die Frage, ob die in § 650c Abs. 1 BGB nF hinsichtlich des Aufwands genannten tatsächlichen erforderlichen Kosten die Einzelkosten der Teilleistung sind oder die Herstellkosten, die aus den Einzelkosten der Teilleistung zuzüglich der Gemeinkosten der Baustelle⁶ bestehen? Ungewissheit wäre vermieden worden, wenn der Reformgesetzgeber den baubetrieblich geprägten Begriff „Herstellkosten“⁷ verwendet hätte.

2.2.2 Baubetriebliche Grundlage – Basisregeln bzgl. der Bestimmung der Einzelkosten der Teilleistungen – Minimalkostenprinzip als baubetrieblicher Topos

Hinsichtlich der Bestimmung der Einzelkosten der Teilleistungen kommen vor allem in Ansatz die Lohn- und Gehaltskosten und die Gerätekosten. Dabei spielt die Bemessung der **Vorgangsdauer**⁸ eine erhebliche Rolle, da diese die Arbeitszeitdauer und die Dauer des Geräteeinsatzes bestimmt. Grundlegend bei der kostenmäßigen Bewertung dieser Bauausführungsfaktoren ist der Topos „**Minimalkostenkombination**“ bzw. das baubetriebliche „**Minimalkostenprinzip**“.⁹

Im Streit und damit im Detail ist freilich die Frage, ob der Bieter/Unternehmer die „Minimalkostenkombination“ überdehnt hat, also seinem der Kalkulation zugrundeliegenden Bauverfahren angesichts der Ausschreibungsunterlagen **realistische oder unrealistische Faktoren** zugrunde gelegt hat und in ausreichendem Umfang allgemein existenter Baurealität Rechnung getragen und damit auf die Ausführbarkeit geachtet hat.

Dieses Prinzip der Minimalkostenkombination ist baubetrieblich ein anerkanntes Handlungsziel, das auch den Wettbewerbspreis auszeichnet. Der vom Bieter ermittelte Wettbewerbspreis ist das Ergebnis der vom Bieter praktizierten Minimalkostenkombination, nämlich jener Kombination von Arbeitskräfte-, Geräte- und Stoffeinsatz in einem Bauablaufverfahren, die für die gleiche Leistung aus der Sicht des Bieters die geringsten Kosten verursacht.¹⁰

2.2.3 Konkretisierung

Basis der Bauauftragsrechnung ist, dass ein Unternehmer seiner Preiskalkulation eine **rationelle Fertigung** zugrundelegt, was einen **optimalen Einsatz** seiner Arbeitskräfte, Führungskräfte und Betriebsmittel sowie eine kostengünstige Beschaf-

⁵ Drees/Paul, Kalkulation von Baupreisen, 12. Aufl., 2015, S. 87 ff.; Plümecke/Kattenbusch, Preisermittlung für Bauarbeiten, 28. Aufl., 2017, S. 40 ff.

⁶ Drees/Paul, Kalkulation von Baupreisen, 12. Aufl., 2015, S. 43.

⁷ Drees/Paul, Kalkulation von Baupreisen, 12. Aufl., 2015, S. 43; 119.

⁸ Kapellmann/Schiffers, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen bei Bauvertrag, Band 1, Einheitspreisvertrag, 7. Aufl., 2017, Rdn. 42.

⁹ Ägh-Ackermann/Kuen, Aktuelle Probleme des zeitgemäßen Bauvertrages, Düsseldorf, 1993, S. 26; 30.

¹⁰ Ägh-Ackermann/Kuen, Aktuelle Probleme des zeitgemäßen Bauvertrages, Düsseldorf, 1993, S. 26; 30.

fung der Bau- und Werkstoffe einschließt. Bauer¹¹ formuliert als betriebswirtschaftliche Grundlage der Bauproduktion, dass Bauwerke durch technisch und wirtschaftlich optimalen Einsatz von Arbeitskräften, Maschinen und Geräten, Baustoffen sowie der dafür benötigten Energie unter Anwendung naturwissenschaftlicher oder technologischer Regeln und Erfahrungen (Verfahren) hergestellt bzw. errichtet werden. Baubetriebliche Grundlage ist, dass ein Unternehmer seiner Preiskalkulation ein Bauverfahren zugrunde legt, das einen **zeit- und kostenoptimalen Ablauf der Bauproduktion** ermöglicht. Das ist ein **Topos**, der Bauen zugrunde liegt, und dem nicht entgegen gehalten werden kann, in der Weise habe der Unternehmer das Bauverfahren nicht konzipieren dürfen. Das schließt freilich nicht aus, dass ein Unternehmer bei seinem der Preisbildungen zugrunde liegendem Verfahren von zu optimistischen Voraussetzungen ausgegangen ist, womit der Keim für einen Änderungsbedarf bereits im geplanten Bauverfahren liegt.

2.2.4 Absicherung durch VOB-Regel

Der VOB liegt dieses Prinzip der **Minimalkostenkombination** zugrunde, womit es im Bereich der VOB-Bauverträge anerkannt ist. Die Wertungskriterien nach § 16d VOB/A befassen sich mit dem unangemessen hohen oder niedrigen Preis. Bei der Frage der Angemessenheit des Preises sind nach § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen. In die engere Wahl kommen nach § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung eines rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. Letztlich wird das wirtschaftlichste Angebot als das ausschlaggebende bezeichnet, auf welches der Zuschlag zu erteilen ist, wobei der niedrigste Angebotspreis allein nicht für entscheidend erklärt wird.

Daran ist erkennbar, dass die VOB/A die Minimalkostenkombination als baubetrieblichen Ausgangspunkt anerkennt. Denn die genannten Kriterien der sparsamen Wirtschaftsführung und des rationellen Baubetriebs sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot machen das Minimalkostenprinzip aus. Das findet auch in § 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B seinen Ausdruck, wenn es dort bzgl. der Bestimmung des Stundenlohns sinngemäß heißt bzgl. der einzelnen genannten Kostenelemente sei eine wirtschaftliche Betriebsführung zu berücksichtigen.

2.2.5 Absicherung im BGB – Die übliche Vergütung - Regeln nach § 650c BGB nF

Wenn § 632 Abs.2 BGB in Ermangelung einer Regelung die übliche Vergütung als vereinbart ansieht, hat die Bestimmung dieser **üblichen Vergütung** unter Berücksichtigung des **Minimalkostenprinzips** als maßgeblicher Baubetriebsregel zu erfolgen. Was am Ort der Leistung nach Meinung der beteiligten Kreise bezahlt zu werden pflegt, bestimmt sich nach Maßgabe der Komponenten der Bauauftragsrechnung. Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit einer Festlegung durch einen Bau Sachverständigen setzen voraus, dass der Sachverständige zwischen den Einzelkosten der Teilleistung und Beaufschlagung mit den Zuschlägen für Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn unterscheidet. Hier-

¹¹ Baubetrieb, 3. Aufl., 2006, S. 521, Teil 10.

bei handelt es sich im Sinne der BGH-Rechtsprechung¹² um eine **im Markt verbreitete Berechnungsregel**. Preise für Bauleistungen bestimmen sich nach den Regeln der Bauauftragsrechnung, die freilich ihrerseits wiederum der Konkretisierung bedürfen.

Diesen Ansatz bestätigt der Reformgesetzgeber in § 650c Abs. 1 BGB, wenn hinsichtlich der Vergütungsanpassung ausgeführt wird, der geminderte oder vermehrte Aufwand bestimme sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Die tatsächlich erforderlichen Kosten ergeben sich aus den Einzelkosten der jeweils in Betracht kommenden Teilleistung zuzüglich der genannten Zuschläge. Damit erkennt der BGB-Reformgesetzgeber die Grundregeln der Bauauftragsrechnung für den BGB – Bauvertrag an.

3 Argumentationsmuster nach Maßgabe der Bauauftragsrechnung

Aus der Bauauftragsrechnung als einem Argumentationsmuster lassen sich Einzelaspekte ableiten. Diese betreffen den Aufwand für die Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistung, die Baustellengemeinkosten und die sonstigen Zuschläge.

3.1 Einzelkosten der Teilleistung und Baumstände als Topos

Die Einzelkosten einer Teilleistung werden durch diese selbst und alle die Leistung bestimmenden Umstände bestimmt. Die **Baumstände** bilden einen Preisbildungsfaktor mit der Folge, dass eine Änderung der Baumstände, die sich aus der Leistungsbeschreibung mit Recht ableiten lassen, eine Preisänderung zur Folge haben. Die **Baumstände** haben Einfluss auf die in der Kalkulation angesetzten Gerätschaften und **Vorgangsdauern**, weswegen infolge geänderter Baumstände geänderte Gerätschaften und Vorgangsdauern nach Maßgabe des § 2 Abs.5 oder Abs. 6 VOB/B bzw. nunmehr § 650c Abs. 1 BGB nF geänderte Preise zur Folge haben.¹³ Derartige Baumstände sind Randbedingungen, deren Berücksichtigung bei der Preisbildung erfolgt. Davon geht notwendig § 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aus. Geänderte Baumstände, unter denen eine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen ist, lösen eine Ablaufänderung mit Kostenfolgen aus. Änderung der Baumstände fällt nach BGH¹⁴ unter § 1 Abs. 3 VOB/B mit Preisfolgen nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Die Leistung selbst wie auch die Baumstände haben erheblichen Einfluss auf die Vorgangsdauer einer einzelnen Teilleistung mit Auswirkungen auf die Lohn- und die Gerätekosten. Damit erhält die **Vorgangsdauer**¹⁵ maßgebliche Bedeutung. Geänderte Baumstände beeinflussen den Aufwandswert und damit die Vorgangsdauer.¹⁶

3.2 Vorgangsdauer: „Fließfertigung“ oder „Kontinuum“ als baubetrieblicher Topos

Dass sich der Unternehmer bereits als Bieter mit der Vorgangsdauer und damit mit dem Faktor Zeit zu beschäftigen hat, wird im Bereich des VHB nach den Formblät-

¹² BGH U.v. 10.10.2006- X ZR 42/06, NJW-RR 2007, 133 Rn. 8

¹³ BGH U.v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11, BauR 2013, 2017 Rn. 17, 18.

¹⁴ BGH U.v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, BauR 2010, 609

¹⁵ Kapellmann/Schiffers, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen bei Bauvertrag, Band 1, Einheitspreisvertrag, 7. Aufl., 2017, Rdn. 42; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl., 2013, Rdn. 25, 99,

¹⁶ Vgl. Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl., 2013, Rdn. 25, 60, 88.

tern 221 und 222 deutlich. Bei der Preisermittlung unter Zugrundelegung der Zuschlagskalkulation – Formblatt Nr. 221 – sieht die lfd. Nr. 3.1 den Ansatz der Gesamtstunden für die beauftragte Leistung vor. Damit werden die eigenen Lohnkosten multipliziert, die Gerätekosten insgesamt, die Stoffkosten insgesamt und die sonstigen Kosten insgesamt werden zur Ermittlung der Angebotssumme addiert. Das ist bei dem Formblatt Nr. 222 – Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme – nicht anders. Auch hier werden bzgl. der Einzelkosten der Teilleistungen in ihrer Gesamtheit die eigenen Lohnkosten mit den ermittelten Gesamtstunden multipliziert und die Stoffkosten, Gerätekosten sowie sonstigen Kosten zur Bestimmung der Gesamtkosten aller Teilleistungen addiert. Das beinhaltet notwendig, dass sich der Kalkulator über die **Vorgangsdauern** der einzelnen Teilleistungen vergewissern muss.

Damit ist grundsätzlich zu bestimmen, von welchen Grundsätzen der Kalkulator des Unternehmers/Bieters sich bei der Bemessung der Vorgangsdauern leiten lassen darf.

Der baubetriebliche Grundsatz lautet: Der Unternehmer darf einen zeit- und kostenoptimalen Produktionsablauf zugrunde legen. Der Kalkulator darf mehr oder minder von einer **Fließfertigung** oder einem **taktgemäßen Produktionsablauf und damit eine Ausführung in einem Zug**¹⁷ als einem **baubetrieblichen Topos** ausgehen.¹⁸ Der Unternehmer hat ein Recht darauf, einen rationellen und effektiven Einsatz seiner Arbeitskräfte und seiner Betriebsmittel anzunehmen, soweit dies mit Recht aus der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis abgeleitet werden darf. Hierbei handelt es sich um einen baubetrieblichen Topos, der den Baubetrieb prägt, dem Baubetrieb eigen ist und der beim Verständnis von Tatbestands- und Rechtsfolgenregelungen in Verträgen und gesetzlichen Bestimmungen zu beachten ist.

Der Topos lautet: Bietet ein Baubetrieb Bauleistungen zu einem bestimmten Preis an, liegt dem zugrunde, dass der Unternehmer mit Rücksicht auf die vorgegebene Bauzeit, den beschriebenen Bauraum, die qualitativen Vorgaben der beschriebenen Leistung und die Baumstände ein Bauverfahren einschließlich Bauablaufplanung wählen wird, das dem **Kostengünstigkeitsprinzip** entspricht.

Davon geht auch die VOB/C aus, die in der ATV-DIN 18299 im Abschnitt 0.2.1 formuliert, dass in der Leistungsbeschreibung nach den Erfordernissen des Einzelfalls vorgesehene Arbeitsabschnitte, Arbeitsunterbrechungen und Arbeitsbeschränkungen nach Art, Ort und Zeit sowie Abhängigkeiten von Leistungen anderer anzugeben sind. Diese Vorgabe, die auch im Rahmen der Ausschreibung nach § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A zu berücksichtigen sind, besagt zugleich, dass bei diesbezüglichem Schweigen in der Leistungsbeschreibung die Bestimmung der Vorgangsdauern Arbeitsabschnittsbildungen, Arbeitsunterbrechungen oder Arbeitsbeschränkungen nicht berücksichtigen muss, also der Auftraggeber dem Auftragnehmer nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses einräumt und zubilligt, die Arbeiten **in einem Zug** auszuführen.¹⁹

¹⁷ Beck'scher VOB-Kommentar, Teil C, 3. Aufl. 2014, Englert/Katzenbach/Grauvogl DIN 18299 Rdn. 61.

¹⁸ Vgl. Kapellmann/Schiffers, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen bei Bauvertrag, Band 1, Einheitspreisvertrag, 7. Aufl., 2017, Rdn. 824, 1299; Greune in Sonderprobleme der Kalkulation – Nachweis im Streitfall, Schriftenreihe IBB, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig, Heft 51, 2011, S. 111

¹⁹ Beck'scher VOB-Kommentar, Teil C, 3. Aufl. 2014, Englert/Katzenbach/Grauvogl DIN 18299 Rdn. 61.

Das bedeutet: Nach baubetrieblichen Grundsätzen haben Arbeitsabschnittsbildungen, Arbeitsunterbrechungen oder Arbeitsbeschränkungen mit der Folge der Verlängerung der Vorgangsdauer Auswirkungen auf das Verhältnis Leistung und Preis. Obwohl sich an der Leistung nichts ändert, ändert sich die Vorgangsdauer. Die genannten Umstände sind der effektiven und rationellen Abwicklung der Baumaßnahme, wovon der Unternehmer nach der Baubeschreibung ausgehen konnte, unzutraglich. Die Preisbildung erfolgte mit Recht auf der Grundlage einer **Ausführung in einem Zuge**; eine Abschnittsbildung hat Unterbrechungen und Wiederaufnahmen zur Folge, was die Grundlagen des Preises für die Leistung berührt und eine Preisänderung auslöst. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Auftragnehmer sei bei der seiner Preisbildung zugrunde gelegten **Minimalkostenkombination** einem **Kalkulationsirrtum** aufgesessen. Zwischen **Bauzeit und Baupreis** besteht ein **Äquivalenzverhältnis**; denn die Vermutung der Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung gilt bei einem Bauvertrag nicht unabhängig von der vereinbarten Leistungszeit.²⁰ Kann der Leistungsbeschreibung entnommen werden, der Auftragnehmer könne die Leistung in einem Zuge durchführen, tangiert dies regelmäßig die getroffene Vergütungsvereinbarung.

Freilich ist die Frage, was es bedeutet, als **baubetrieblichen Topos** den **Bauablauf als ein Kontinuum** annehmen und der Preisbildung zugrundelegen zu dürfen. Bei den Malerarbeiten wird jedenfalls nach der DIN 18363 Abschnitt 4.1.10 ein solcher kontinuierlicher Ablauf zugrunde gelegt. Auch die Literatur geht durchaus von einem **kontinuierlichen Bauablauf** aus, den ein Unternehmer bei fehlenden abweichenden Angaben zugrunde legen könne.²¹ Da der Bauablauf angesichts der Vielzahl der Beteiligten auch im Hinblick auf die Umstände aus Witterung, Grund und Boden und der Tatsache, dass jeweils ein Unikat von nicht unfehlbaren Menschen hergestellt wird, störungsempfindlich ist, muss andererseits mit gewissen nicht vermeidbaren Ablaufstörungen gerechnet werden. Das zwingt dazu, dass der Bauablaufplan nicht zu optimistisch, sondern realistisch gestaltet sein muss.²²

Die Bauzeit, auch die einzelne – geänderte - Vorgangsdauer einer Teilleistung bildet einen Entgeltbestimmungsfaktor.²³ Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine kalkulatorische Annahme, sondern der Unternehmer bildet den Preis im Hinblick auf die aus der Leistungsbeschreibung ermittelbare Bauzeit. Danach bestimmen sich die Höhe der für Teilleistungen erforderlichen Lohn- und Gehaltskosten wie auch die Höhe der Geräte- und sonstigen Materialkosten, für die z.B. Miete zu zahlen ist.

Dieser gleichsam „reinen Lehre“ steht jedoch die Realität des Bauablaufs gegenüber. Erfahrungsgemäß sind Bauabläufe störungsempfindlich. Der nach Maßgabe des Minimalkostenprinzips aufgestellte Bauablaufplan mit seinen einzelnen Vorgangsdauern muss auch realistisch sein, also unter den Baustellenbedingungen möglich sein.

²⁰ BGH U.v. 6.9.2012 – VII ZR 193/10, BauR 2012, 1941, 1945 (Rdn. 26); BGH U.v. 25.11.2010 – VII ZR 201/08, BauR 2011, 503; BGH U.v. 22.7.2010 – VII ZR 213/08, BauR 2010, 1921 (Rn. 25); BGH u.v. 10.9.2009 – VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 (Rdn. 28); BGH U.v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, BauR 2009, 1131 (Rdn. 49); BGH u.v. 15.4.2008 – X ZR 129/06, NZBau 2008, 505.

²¹ Kapellmann/Schiffers, Band 1, 6.Aufl., Rdn. 1299; Greune in Sonderprobleme der Kalkulation – Nachweis im Streitfall, Schriftenreihe IBB, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig, Heft 51, 2011, S. 111; Beck'scher VOB-Kommentar, Teil C, 3. Aufl. 2014, Englert/Katzenbach/Grauvogl DIN 18299 Rdn. 61.

²² Vygen/Youssen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 6. Aufl., 2011, Teil B, Rdn. 26.

²³ BGH U.v. 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW-RR 2005, 324.

Mit Störungen in gewissem Umfang, die dann auch kostenneutral aufzufangen sind, ist zu rechnen; das sind insbesondere Störungen aus der Gesamtheit der Baumstände.

3.3 Baumstände als baubetrieblicher Topos in der Preis-/Leistungsbeziehung

Auch die Baumstände bilden einen baubetrieblichen Topos, der in der Beziehung zwischen Preis und Leistung eine Rolle spielt. Im Rahmen des Minimalkostenprinzips geht der Unternehmer von einem effizienten und damit wirtschaftlichen Verfahrensablauf mit der Folge aus, dass er diesen Ablauf als ungestörten und normalen zugrunde legt. Im Hinblick auf VOB/C- und VOB/A- Regelungen ist es angemessen, insoweit nach den Regeln der Ausschlussmethode vorzugehen. So kann der DIN 18299 Abschnitt 0.2.2 entnommen werden, dass bei Bauarbeiten, die in Räumen durchzuführen sind, dann, wenn anderes nicht in der Leistungsbeschreibung enthalten ist, der Betrieb nicht weiterläuft, hierauf also nicht besonders Rücksicht zu nehmen ist. Fehlen in der Leistungsbeschreibung Hinweise auf besondere Verkehrsbeschränkungen auf der Baustelle, kann der Unternehmer davon ausgehen, dass solche Verkehrsbeschränkungen nicht bestehen (DIN 18299 Abschnitt 0.1.4). Fehlen Angaben über Einschränkungen bei der Benutzung von Zufahrtsmöglichkeiten und der Beschaffenheit der Zufahrt, darf der Unternehmer von normalen Verhältnissen ausgehen.

Die Baumstände²⁴ können einen erheblichen Einfluss auf die tatsächlichen Leistungs- und Aufwandswerte der Mannschaft und Geräte im Vergleich zu den angenommenen Werten haben. Diese **Leistungs- und Aufwandswerte**²⁵ finden über die Vorgangsdauer Eingang in die Kalkulation der Einzelkosten der Teilleistung. Die Baumstände sind ein im Rahmen der Äquivalenzbeurteilung zu beachtendes Element.²⁶

Andererseits sind Störungen aus den Baumständen bei der Abwicklung einer Baumaßnahme, die regelmäßig ein Unikat ist, nicht vollständig zu vermeiden. Bauablaufpläne müssen deshalb realistisch und nicht zu optimistisch sein.

3.4 Realistische Bauablaufplanung – Puffer/Zeitreserven als baubetrieblicher Topos

Richtig weisen Schiffers/Sindermann²⁷ darauf hin, dass **Reservezeiten** in einem Bauablaufplan erforderlich sind, da bei der Abfassung dieses Plans per se nie die einzig richtigen Zeitdauern und oft auch nicht die optimale Anordnungsbeziehung erkannt werden. Ein realistischer Soll-Bauablaufplan bedingt also die Berücksichtigung von Zeitreserven, was – versteckt – bei den zugrunde gelegten Vorgangsdauern erfolgen kann. Die Berücksichtigung von **Zeitreserven** ist demnach gleichfalls ein **baubetrieblicher Topos**, der den Gesichtspunkt der kontinuierlichen Bauweise über-

²⁴ Vgl. dazu näher Kapellmann/Schiffers, Band 1, 7. Aufl., Rdn. 1299; Greune in Sonderprobleme der Kalkulation – Nachweis im Streitfall, Schriftenreihe IBB, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig, Heft 51, 2011, S. 111; Schwerdtner in Sonderprobleme der Kalkulation – Nachweis im Streitfall, Schriftenreihe IBB, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig, Heft 51, 2011, S.80; BGH U.v. 15.12.2009 – XI ZR 107/08, BauR 2010, 609.

²⁵ Vgl. Drees/Paul, Kalkulation von Baupreisen, 12. Aufl., 2015, S. 37, 38.

²⁶ BGH U.v. 12.9.2013 – VII ZR 227/11, BauR 2013, 2017 (Rdn. 16).

²⁷ NZBau 2016, 667, 670

lagert und dem Gebot entspricht, dass das Bauablaufverfahren realitätskonform zu planen ist. Das schließt ein, mit Rücksicht auf die Komplexität der Maßnahme in gewissem Umfang Behinderung einzukalkulieren, also preislich zu berücksichtigen.²⁸

3.5 Wagniszuschlag und baubetrieblicher Aspekt

Wie mit dem Wagniszuschlag im Fall einer freien Auftraggeberkündigung zu verfahren ist, war in dem vom BGH zu entscheidenden Fall die Frage.²⁹ Ist der Wagniszuschlag eine ersparte Aufwendung, weswegen die dem Unternehmer nach § 649 BGB zustehende Vergütung um den Wagniszuschlag zu kürzen ist. Baubetrieblich darf es keinen Zweifel geben: Die Kürzung ist nicht berechtigt, denn der Wagniszuschlag steht nicht für ein Einzelwagnis, sondern dient der Absicherung des Unternehmers gegen das allgemeine Unternehmerrisiko und hat mit einem Einzelfallrisiko nichts zu tun.³⁰ Mit dem Wagniszuschlag werden Wagnisse berücksichtigt, die sich aus dem Bereich des Bauunternehmens allgemein ergeben. Objektspezifische Wagnisse werden in den Gemeinkosten der Baustelle erfasst. Auch nach BGH deckt der Wagniszuschlag das allgemeine Unternehmerrisiko ab, der deshalb dem Unternehmer auch dann zusteht, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung kündigungsbedingt nicht zur Ausführung kommt.³¹ Daran ändert sich durch das Formblatt 221 des VHB 2008 nichts, auch wenn dort der Zuschlag von Wagnis und Gewinn Lohn, Stoffkosten, Gerätekosten und sonstige Kosten sowie Nachunternehmerleistungen prozentual zugewiesen wird. Diese Zuweisung erfolgt lediglich der Aufgliederung wegen, führt aber nicht dazu, dass wegen kündigungsbedingt ersparter Löhne, Stoffkosten und Gerätekosten der hierauf zugewiesene Wagniszuschlag gleichfalls erspart wird.

4 Baubetriebslehre und Behinderung, Weiterführung der Arbeiten, Wiederaufnahme der Bauarbeiten und Baufristen

Die Baubetriebslehre bietet eine Hilfestellung in den durch § 6 Abs. 1, 3 und 4 VOB/B geregelten Fallgestaltungen. Dabei ist zwischen den einzelnen Tatbeständen der Weiterführung der Arbeiten, deren Wiederaufnahme und der behinderungsbedingt erforderlichen Neufestlegung vertraglicher Baufristen zu unterscheiden.

4.1 Baubetriebsregeln und Behinderung nach § 6 Abs. 1 VOB/B

Ob ein Auftragnehmer durch ein Ereignis wirklich behindert ist, kann je nach Einzelfall die Anwendung von Baubetriebsregeln erforderlich machen. Das kann z.B. notwendig werden, wenn die Behauptung aufgestellt wird, durch die Anwesenheit weiterer anderer Gewerke auf der Baustelle würden die mit Recht angenommenen Leistungswerte nicht erzielt, was zu einer Verlängerung der Bauzeit führe. Ob dem entgegen gehalten werden kann, der Auftragnehmer habe in seinem Bauablaufplan Puffer versteckt, er möge diese Puffer auflösen und sei demnach überhaupt nicht behindert, kann ohne Anziehung von Baubetriebsregeln nicht beurteilt werden.

²⁸ OLG Brandenburg U.v. 2.12.2010 – 11 U 102/12, BauR 2016, 1173, 1178; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl. 2013, Rdn. 40, 41, 102.

²⁹ BGH U.v. 24.03.2016 – VII ZR 201/15, BauR 2016, 1153 Rn. 26 ff.

³⁰ Bauer, Baubetrieb, 3. Aufl., 2006, S. 600; Gerster/Kohl, Baubetrieb in Beispielen, 2003, S. 109.

³¹ BGH U.v. 24.03.2016 – VII ZR 201/15, BauR 2016, 1153 Rn. 26 ff.

4.2 Baubetriebsregeln und Weiterführung der Arbeiten

Wenn der Auftragnehmer alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen, liefern die Kriterien der Bauauftragsrechnung, die in die Kalkulation nachprüfbar Eingang gefunden haben, konkretisierende Hinweise. Da die Vorschrift für die billigerweise dem Unternehmer zugemuteten Maßnahmen ausdrücklich keine Kostenausgleichung vorsieht, kann dem Unternehmer nur das zugemutet werden, was nach Maßgabe seiner Kalkulation preisneutral ist, also von den kalkulierten Preisen als mit abgedeckt angesehen werden kann. Das kann z.B. die ganze oder teilweise Aufgabe von vorhandenen Zeitereserven sein. Das kann insbesondere eine Abweichung in der Wahl des Bauverfahrens sein, wenn dem Unternehmer die Verfahrenswahl überlassen und diese im Rahmen des Vertragsschlusses nicht konkretisiert worden ist. Dann deckt der Preis eine abweichende Verfahrensart ab. Hat der Erdbauunternehmer eine Baugrube auszuheben, die infolge heftigen, aber keineswegs ungewöhnlichen Regens teilweise überschwemmt ist, hat er zur Weiterführung der Arbeiten die entsprechenden Pumpleistungen zu erbringen.

Allerdings werden die in § 6 Abs. 3 VOB/B enthaltenen Geboten massiv von den Bauvertragsregeln der VOB/C überlagert; diese stellen in Behinderungsfällen, die sich gewöhnlich als unerwartete bzw. unvermutete Ereignisse, Hindernisse oder Sonstiges darstellen, eigenständige Gebote und Verhaltensweisen auf. Damit wird § 6 Abs. 3 VOB/B konkretisiert, aber zugleich zum Ausdruck gebracht, dass diese unerwarteten und unvermuteten Ereignisse, Hindernisse oder sonstige Umstände im Rahmen der Preisbildung für beschriebene Leistungen und damit der Kalkulation der Einzelkosten der Teilleistung unberücksichtigt bleiben dürfen.

4.3 Baubetriebsregeln und Wiederaufnahme der Arbeiten

Wenn der Auftragnehmer nach einer behinderungsbedingten Unterbrechung die Arbeiten gem. § 6 Abs. 3 VOB/B ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen hat, stellt sich abgesehen davon, was unter der Wiederaufnahme konkret zu verstehen ist, die Frage, was „ohne weiteres und unverzüglich“ konkret beinhaltet. Nach baubetrieblichen Überlegungen ist zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der behinderte Auftragnehmer Gerätschaften abziehen darf. Ein maßgeblicher baubetrieblicher Aspekt ist, dass ein Auftragnehmer gewöhnlich parallel mehrere Baustellen abzuwickeln hat, was eine entsprechende **betriebliche Einsatzplanung** bedingt,³² und dazu führt, dass der Unternehmer das in seiner Arbeiten behinderte Personal abziehen und in eine andere Baustellen eintakten wird, um jedenfalls effektiven Einsatz des Personals und des Geräts zu sichern. Dasselbe wird je nach der Situation auch mit den Gerätschaften geschehen. Diese **gesamtbetriebliche Abstimmungsaufgabe als baubetrieblicher Topos**, die den Unternehmer im Störfall bei einem Objekt dazu zwingt, den Einsatz seiner technischen und personellen Betriebskapazität aus der Perspektive des Gesamtbetriebs neu zu organisieren, führt dazu, dass bei Wiederaufnahme der Arbeiten dieselbe Prozedur zu wiederholen ist. Das bedingt notwendig, dass die Einhaltung des in § 6 Abs. 3 VOB/B zwingend formulierten Gebots, die Arbeiten ohne weiteres und unverzüglich wieder aufzunehmen, nur mit Rücksicht auf den **Gesamtbetrieb**, damit auch die sonstigen Baustellen und die Einzelheiten verlangt werden kann, die bei Eintritt des Behinderungsfalls mit Rücksicht auf den Gesamtbetrieb zu bewältigen wahren. Diese **Ge-**

³² Bauer, Baubetrieb, 3. Aufl. 2006, S. 48.

samtumstände führen dazu, dass die Wiederaufnahme eben nicht „ohne weiteres und unverzüglich“ erfolgen muss. Anders ist es auch nicht zu erklären, dass § 6 Abs. 4 VOB/B für die Wiederaufnahme der Arbeiten einen Zuschlag im Zusammenhang mit der Frage formuliert, in welchem Umfang einem Unternehmer behinderungsbedingt eine Fristverlängerung zuzubilligen ist.

4.4 Baubetriebsregeln und Baufristverlängerung § 6 Abs. 4 VOB/B

Die behinderungsbedingte Verlängerung der Ausführungsfrist bestimmt sich nach der Dauer der Behinderung, einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und einen Zuschlag für die Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit (§ 6 Abs. 4 VOB/B). Bei der Dauer der Behinderung sind Baubetriebsregeln insofern gefragt, als die Anknüpfung an einen Bauablaufplan als einen wahren und auch technisch umsetzbaren Terminplan erfolgt. Ist der Plan nicht wahr und braucht der Unternehmer von Hause aus länger, fehlt es von vornherein an einer Behinderung, was auch gilt, wenn die Behinderung mittels Puffern aufgefangen werden kann, die der Unternehmer zu diesem Zweck auch zu verwenden hat. Die Festlegung des Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten hängt von Baubetriebsregeln ab, nämlich welche Maßnahmen für die Umorganisation des Bauablaufs erforderlich sind und welche Zeit hierfür erforderlich ist. Zudem ist zu beachten, ob der Unternehmer die abgezogenen und anderweitig eingesetzten Arbeitskräfte und Gerätschaften an der jeweiligen anderen Arbeitsstelle nach deren geänderter Ablaufplanung mehr oder minder störungsneutral abziehen kann. Der Zuschlag für die Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit hat mit den diesbezüglich herrschenden Baumständen und den Folgen für den Bauproduktionsprozess zu tun. Das kann Einfluss auf die Vorgangsdauern, auf die Produktivität und Sonstiges mit der Folge haben, dass sich die Frist für die Ausführung der Arbeiten entsprechend verlängert und die Äquivalenz zwischen Preis und Leistung gestört ist.

5 Baubetriebslehre und das Wetter

Die Baubetriebsregeln erklären, dass bei Witterungsverhältnissen, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise nicht gerechnet werden muss, was zur entsprechenden Verlängerung der Bauzeit, in der fraglichen Zeit der dadurch bewirkten Behinderung keine Deckungsbeiträge für die Baustellengemeinkosten und die Allgemeinen Geschäftskosten erwirtschaftet werden, also insoweit eine Unterdeckung eintritt. Diese Unterdeckung bleibt nach manchen erhalten, auch wenn die Leistung in anderer Frist und Zeit erbracht wird.³³ Dies unterstellt, erklären die Baubetriebsregeln den Tatbestand der **Unterdeckung**. Die Baubetriebslehre liefert damit jedoch keinen Anspruchsgrund zur Wiederherstellung der Äquivalenz zwischen Leistung und Preis. Das hat der BGH jüngst in seiner Entscheidung vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361, exemplifiziert und sogar bei derartigen Witterungseinflüssen mit Folgen für die mangelnde Eignung des zu stellenden Grund und Bodens einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB abgelehnt. Damit erhält der Auftragnehmer zwar eine Fristverlängerung, bleibt aber auf den behinderungsbedingt entstandenen Kosten sitzen. Das kann bei Erdbauunternehmern ziemlich heftig werden und Anlass dafür sein, diesbezüglich die Frage zu ventilieren, ob der Auftraggeber z.B. nicht doch das Risiko eines gefrorenen Bodens trägt, dessen Zustand Erdbauarbeiten

³³ Vgl. zum gesamten Themenkomplex Heilfort, BauR 2010, 1673 ff.; Roquette, BauR 2010, 1468 ff.; Sundermeier, BauR 2010, 1145 ff.; Eschenbruch/Fandrey, BauR 2011, 1223 ff.; Schottke, BauR 2011, 1881 ff.

über eine gewisse Zeit ausschließt. Auch bei Beschichtungsarbeiten an vorhandenen Stahlbrücken zur Wiederherstellung des Korrosionsschutzes kann sich dieses Problem ergeben, wenn z.B. im März vorgesehene Beschichtungsarbeiten an den Stahlteilen zeitweilig deshalb unausführbar werden, weil die Stahlteile bei Eisregen und kalten Temperaturen mit Eis überzogen sind. Hier stellt sich schon die Frage, ob dem Auftragnehmer lediglich – vergütungs- oder entschädigungslos - Zeit verschafft wird. § 642 BGB legt dem Auftraggeber auf, das Bestandsobjekt zur Bearbeitung geeignet zur Verfügung zu stellen, was jedoch wegen der Eisbildung ausbleibt. Der leistungsbereite Auftragnehmer hält in dieser Zeit jedoch Arbeit und Kapital vor. Es ist nicht einzusehen, dass er nach § 642 BGB keine Entschädigung erhält. Gleiches dürfte der Fall sein, wenn der Erdbauunternehmer im Fortgang seiner Arbeiten deshalb behindert ist, weil er auf eine Eislinse in Grund und Boden trifft. Ob Eis im Boden oder Eis von oben den Boden für den Erdbauer zur Fortsetzung der Arbeiten ungeeignet macht, müsste doch eigentlich für die Vergütungs-/Entschädigungsfrage bedeutungslos sein.

6 Baubetriebslehre und der gestörte Bauablauf

Ist der Bauablauf gestört, entfaltet die Baubetriebslehre mit ihren einzelnen Argumentationsmustern und Topoi gleichsam ihre volle Pracht und läuft zur Kür auf. Die nach der ZPO einschlägigen Beweismaßregeln nach § 286 und § 287 ZPO werden auf die Weise mit Leben gefüllt, dass die Baubetriebsregeln ein ganzes Arsenal von Bauablaufplänen zur Verfügung stellen. Eigentlich wird damit an den Topos Bauauftragsrechnung, dort die Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistung, angeküpft. Denn die Vorgangsdauern müssen ermittelt und zu einem sinnvollen Ganzen gefügt werden, das den **Baublaufplan** ausmacht. Dieses Systems bemächtigt sich gleichsam das Verfahrensrecht und fordert dessen Einhaltung ein, wenn es um den Tatbestand der Behinderung, dessen Beginn, die Betroffenheit welcher Leistungen und die Dauer der Behinderung und das Ende der Behinderung geht. Die Folgen einer so mit den einschlägigen baubetrieblichen Mitteln zur Überzeugung nachgewiesenen Behinderung unterliegen der Schätzung nach § 287 ZPO, was auch insoweit gilt, als die Auswirkungen mehrerer Ursachen zu beurteilen sind.

Mechnig³⁴ unterscheidet zwischen einer Basisterminplanung, aus der im Rahmen der Angebotsphase die Angebotsterminplanung erstellt wird; letzterer soll dem Auftraggeber überlassen werden. Aus dem Angebotsterminplan kann der Vertragsterminplan werden. Andere unterscheiden zwischen der Grobplanung, der mittelfeinen Planung, der Feinplanung und führen weitere Begriffe wie z.B. den Steuerungsterminplan ein.³⁵ Dazu kommt – entwickelt aus dem Vertragsterminplan - der Arbeitsterminplan. Dieser auch als Soll-0-Terminplan bezeichnete Plan bildet im Störfall die Grundlage für die Einbindung der Störungstatbestände; dieser störungsmodifizierte Plan³⁶, auch Soll`- Plan genannt, der die störungsbedingt neu entstehenden Verknüpfungen, Verschiebungen und Fristverlängerungen aufweisen muss, wird nach dieser Soll`- Methode³⁷ mit dem Ist-Ablauf-Plan verglichen. Die Details sind die

³⁴ Festschrift für Wanninger, 2010, S. 493 ff.

³⁵ Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl., 2013, Rdn.65 ff.

³⁶ Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl., 2013, Rdn.549.

³⁷ Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 2. Aufl., 2013, Rdn.550 ff.

hohe Kunst der Baubetriebslehre, die jedoch nicht den Boden unter den Füßen verlieren darf, also ständig die konkrete gestörte Baustelle im Auge haben muss.³⁸

³⁸ Vgl. nur OLG Köln U.v. 27.19.2014 – 11 U 70/13, BauR 2015, 850; OLG Köln U.v. 28.1.2014 – 24 U 199/12, NJW 2014, 3039;