

# 1. Deutscher Baubetriebs- und Baurechtstag 1. und 2. September 2017

## Störungen des Bauablaufs:

### Anforderungen an die Darlegung von Ansprüchen wegen Behinderungen und Beschleunigungen nach der aktuellen Rechtsprechung

*von Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Markus, München*

## 1 Vorab: Resümee der Grundlagen nach VOB/B und BGB

### 1.1 Die Zeit als maßgebender Faktor

Bauen ist – bei größeren und großen Vorhaben – ein länger dauernder Prozess. Daraus folgt, dass die zeitliche Dauer und die zeitliche Abfolge einzelner Produktionsprozesse von maßgebender Bedeutung sind. Dasselbe Bauprodukt kann z.B. Mehrkosten verursachen, wenn es nicht in optimaler Abfolge, sondern in zerhackten Produktionsschritten hergestellt wird; es kann auch Mehrkosten verursachen, wenn es nicht in optimaler Zeit, sondern mit Unterbrechungen produziert wird. Wir beschäftigen uns im Rahmen von **Behinderungen nicht** damit, **was** gebaut wird, sondern nur damit, **wie** gebaut wird, und hier wiederum nur mit einem Teilbereich, **dem zeitlichen Ablauf des Produktionsprozesses**. Diesen Ablauf des Produktionsprozesses kann man wieder unter zwei Aspekten sehen: **1. Von wann** (Anfangstermin) **bis wann** (Zwischentermin, Endtermin) muss die Produktion abgeschlossen oder teilweise abgeschlossen sein – die Zeit zwischen zwei Terminen ist eine Frist, z.B. die Zeit zwischen Anfangstermin und Endtermin die Fertigstellungsfrist. **2. Wer bestimmt** die Einzelheiten des Produktionsprozesses innerhalb dieser Frist, mit anderen Worten, was wird wann wie im Einzelnen gebaut?

Die Überschreitung der Fertigstellungsfrist um einen Monat kann auf „Verzug des Auftragnehmers“ oder auf „Behinderung durch den Auftraggeber“ beruhen. Es handelt sich also nur um Kehrseiten immer derselben Medaille. Wenn man von dem Fall absieht, dass beide Seiten zu der entsprechenden Verzögerung beigetragen haben, so gibt es nur ein Entweder-Oder: Entweder Verzug des Auftragnehmers oder Behinderung durch den Auftraggeber.

## 1.2 „Behinderungsnachträge“ nach § 6 VOB/B

### 1.2.1 Definition „Behinderung“

#### Folie 2

##### § 6 VOB/B:

(1) 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.

(2) Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

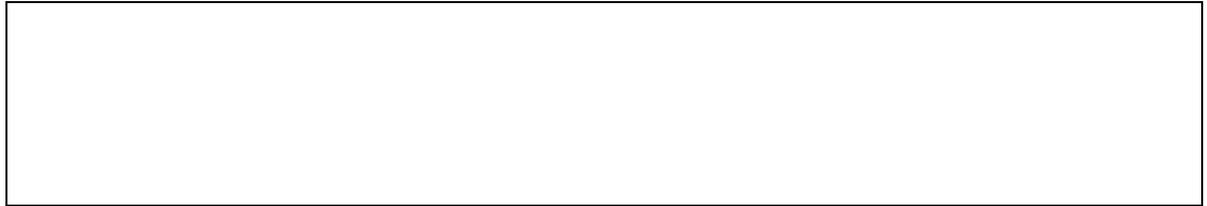
- a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,
- b) durch Streik ...
- c) ...

(6) 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.

#### Folie 3

##### Definition der Behinderung:

Ausgangspunkt der Definition einer Behinderung ist die **unplanmäßige Störung** des vom **Auftragnehmer vertragsgemäß** geplanten Produktionsprozesses.

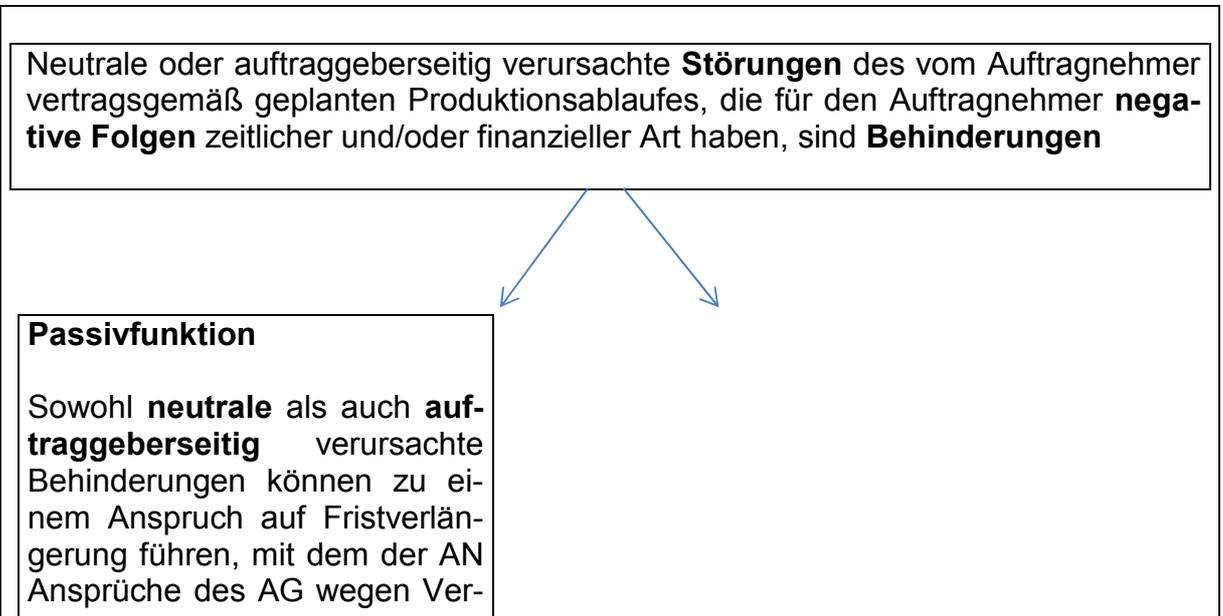


**Folie 4**

Es gibt

- vom Auftragnehmer verursachte Störungen (z.B. zusätzlicher Zeitbedarf wegen Beseitigung eines auftragnehmerseitig verursachten Mangels)
- „neutral“ verursachte Störungen (z.B. Streik, siehe näher § 6 Abs. 2 b und c VOB/B)
- vom Auftraggeber verursachte Störungen (z.B. Pläne zu spät geliefert, § 6 Abs. 2 a VOB/B)

**Folie 5**



zuges abwehren kann.	<p><b>Aktivfunktion</b></p> <p>Nur <b>auftraggeberseitig</b> verursachte Störungen können <b>bei Verschulden</b> des Auftraggebers negative <b>finanzielle</b> Folgen haben (§ 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B). Diese negativen Folgen kann der Auftragnehmer im Rahmen eines <b>Schadensersatzes</b> aus Behinderung <b>aktiv</b> verfolgen. Ohne Verschulden gibt es Entschädigungsansprüche aus § 6 Abs. 6</p>
----------------------	--

## 1.2.2 Störungen und haftungsbegründende Kausalität

### 1.2.2.1 Was muss der Auftragnehmer voll beweisen (haftungsbegründende Kausalität)?

„Haftungsbegründende Kausalität“ ist ein abschreckender juristischer Begriff. Aber was damit gemeint ist, versteht man leicht: Wenn jemand von einem anderen etwas haben will, muss er den Grund der Haftung beweisen. Juristisch ausgedrückt: Er muss die Rechtsgutverletzung beweisen. Also muss hier der Auftragnehmer die Tatsachen beweisen, die überhaupt einen Anspruch erst ermöglichen. Wir erinnern uns, zu unterscheiden sind: Die Störung und die Störungsfolgen = Behinderungen. Die haftungsbegründende Kausalität betrifft nur den Nachweis **der Störung**, nicht der Störungsfolgen. Hinsichtlich der Störung muss deshalb der Auftragnehmer

## Folie 6

<p><b>Der AN muss</b></p> <p><b>voll beweisen (haftungsbegründende Kausalität)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• die Störung (welche Pflicht hatte der AG, wie ist sie verletzt?)</li> <li>• die Behinderungsanzeige oder die Offenkundigkeit von Störung und Störungsfolgen</li> <li>• die Dauer der Störung</li> </ul>
---

„Voll beweisen“ heißt, dass der Auftragnehmer alle diese Punkte einzeln im Streitfall vortragen und beweisen muss, es gibt keine „Beweiserleichterungen“. Zweifel gehen zu seinen Lasten, es gibt keine beweiserleichternden „Vermutungen“, erst recht gibt es keine Schätzungsmöglichkeiten. Das ist auch logisch: Entweder ist z. B. ein Plan verspätet freigegeben oder ist es nicht – man kann nicht plausibel schätzen, ob der Plan da war oder ob er nicht da war, und ob vertraglich eine Pflicht zur Freigabe zu einem bestimmten Zeitpunkt bestand oder nicht.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Beweisanforderungen auf der Ebene der haftungsbegründenden Kausalität ist eindeutig, hart, aber auch selbstverständlich und natürlich richtig: Verlangt wird „**voller Beweis**“ (BGH-Urteile vom 22.02.2005 „Behinderungsschaden III“, NZBau 2005, 387, „Behinderungsschaden IV“ NZBau 2005, 335).

Eine eventuell fehlende Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers muss der Auftraggeber beweisen.

### 1.2.2.2 Eigene Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers erforderlich

Wenn der Plan für den 6. Querschlag fehlt, der Auftragnehmer aber gerade erst mit dem Hauptvortrieb begonnen hat, kann (im Normalfall) das Fehlen des Plans für die Herstellung des Querschlags keine negativen Folgen haben. Zur haftungsbegründenden Kausalität gehört es, dass die Störung wenigstens Folgen haben **kann**. Wenn sie keine Folgen haben kann, braucht man sich über solche Folgen gar nicht mehr zu unterhalten. Aber der Auftragnehmer muss nicht seine eigene Leistungsbereitschaft zu dem Zeitpunkt, zu dem die Störung aufgetreten ist, beweisen, der **Auftraggeber** muss vielmehr die **fehlende Leistungsbereitschaft** beweisen.

Mit anderen Worten: **Zur ordnungsgemäßen Dokumentation** gehört nur **vorsorglich** der Nachweis der eigenen Leistungsbereitschaft.

Leistungsbereitschaft besteht jedenfalls dann, wenn bislang der Ist-Ablauf dem **je-weils aktuellen Soll-Ablauf** entspricht (und der Soll-Ablauf plausibel ist).

Der Umfang der Leistungsbereitschaft wird z. B. durch Angaben zur Produktionsfaktorenbereitstellung und zu den erbrachten Tätigkeiten (pro Bereich) in den **Bautagesberichten** dokumentiert.

### 1.2.3 Störungsfolgen und haftungsausfüllende Kausalität

#### 1.2.3.1 Wann genügt für den Auftragnehmer der nur plausible Nachweis; Schätzungen (haftungsausfüllende Kausalität)?

Wenn der Auftragnehmer bewiesen hat, dass und von wann bis wann es eine Störung gegeben hat und dass er sie rechtzeitig angezeigt hat, dann ist damit **noch nichts** darüber ausgesagt, **ob** und ggf. **welche zeitlichen und/oder finanziellen Folgen** diese Störung gehabt hat. Der Beweis der **Folgen** einer Störung betrifft die haftungsausfüllende Kausalität.

#### Folie 7

Der **Auftragnehmer** muss grundsätzlich **nachweisen** (zur **Beweiserleichterung** siehe aber nachfolgend)

- dass sich **nach** der Störung z.B. eine zeitliche Verzögerung von zwei Wochen ergeben hat

oder

- dass z.B. während und nach der Störung Mehrkosten von 10.000,00 € aufgetreten sind,

**vor allem aber,**

- dass die Mehrzeit oder die Mehrkosten **deshalb** aufgetreten sind, **weil** es die Störung gegeben hat, d.h., dass die Folgen wirklich von der Störung **verursacht** worden sind.

Dass ein Vorgang länger gedauert hat, lässt sich einfach beweisen, dass mehr Kosten als kalkuliert entstanden sind, lässt sich, wenn auch schon schwieriger, ebenfalls beweisen – aber, dass Mehrzeit und Mehrkosten entstanden sind, **weil** es die Stö-

rung gegeben hat, lässt sich mit wirklicher Gewissheit nur äußerst schwierig und im streng theoretischen Sinne sogar gar nicht beweisen. Das hat einen ganz einfachen Grund: Um die Ursachenverknüpfung zwingend nachzuweisen, muss man ja die Frage beantworten, was denn überhaupt gewesen wäre, wenn es **keine** Störung gegeben hätte – wären auch dann nicht die Mehrkosten entstanden oder wäre es auch dann nicht zur Terminverlängerung gekommen? Die Antwort darauf weiß niemand. Wenn man die Ist-Situation **nach** der Störung mit einer hypothetischen Situation **ohne** die Störung vergleicht, vergleicht man Äpfel mit Birnen – nämlich eine Ist-Feststellung mit einer hypothetischen Annahme (näher *Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, Rdn. 1615*).

Weil niemand weiß, „was gewesen wäre, wenn“, kann man vernünftigerweise keinen absolut sicheren Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen Störung und Störungsfolgen verlangen, weil dieser Beweis sich nicht führen lässt. Noch deutlicher wird die Unmöglichkeit einer solchen Beweisführung, wenn man sich eine auch noch überlappende Reihe einzelner Störungen ansieht: Konkrete Einzelfolgen lassen sich dann überhaupt nicht mehr nachweisen. Deshalb gibt es für solche Nachweise nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und allgemeiner Auffassung **Beweiserleichterungen**; der Auftragnehmer muss nur noch beweisen, dass die Mehrzeit und die Mehrkosten **wahrscheinlich** von der Störung verursacht sind (dazu ganz besonders *Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, Rdn. 1615*). Anders ausgedrückt: Alle diese Zusammenhänge und die Folgen darf der Auftragnehmer **plausibel** schätzen (§ 287 ZPO). Plausible Schätzungen verlangen allerdings **konkrete Schätzungsgrundlagen** – eine Schätzung ins Blaue hinein ist unzulässig. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs „Behinderungsschaden IV“ *NZBau 2005, 335* verlangt zutreffend Folgendes:

## Folie 8

### **BGH, Urteil vom 24.2.2005, NZBau 2005, 335:**

„Die Darlegungserleichterung des § 287 ZPO führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer eine aus einer oder mehreren Behinderungen abgeleitete Bauzeitverlängerung nicht **möglichst** konkret darlegen muss. Vielmehr ist auch insoweit eine **baustellenbezogene Darstellung** der Ist- und Soll-Abläufe **notwendig**, die die Bauzeitverlängerung **nachvollziehbar** macht.

Zu diesem Zweck kann sich der Auftragnehmer der **graphischen Darstellung durch Balken- oder Netzpläne** bedienen, die ggf. erläu-

tert werden.

Eine **nachvollziehbare Darstellung** einer Verlängerung der Gesamtbauzeit kann jedoch **nicht deshalb als unschlüssig zurückgewiesen** werden, weil **einzelne Teile** dieser Darstellung **unklar oder fehlerhaft** sind, denn sie bleibt in aller Regel trotz der Unklarheit oder Fehlerhaftigkeit in einzelnen Teilen eine geeignete Grundlage, eine Bauzeitverlängerung ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen zu **schätzen**. Auf dieser Grundlage hat die Klägerin zwar die aus den jeweiligen Behinderungen abgeleitete Störung der Gesamtbauzeit möglichst konkret darzulegen. Ihr kommen jedoch die **Erleichterungen** des § 287 ZPO zugute. Die **Ausführungen des Berufungsgerichts**, aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich kein konkreter Ursachenzusammenhang zwischen der Behinderung und einer sich daraus ergebenden Verzögerung, sind **nichtssagend. Sie lassen nicht erkennen, inwieweit sich das Berufungsgericht mit den umfangreichen Unterlagen aus dem Privatgutachten auseinandergesetzt hat**, insbesondere mit der Anlage 18, die dazu dient, diesen Ursachenzusammenhang nachzuweisen.“

#### 1.2.3.2 „Passiv“: **Zeitliche Folgen**

Nur zum erinnern: Der Auftragnehmer kann mit dem Behinderungseinwand Forderungen des Auftraggebers zum behaupteten Leistungsverzug abwehren, er nutzt also den Behinderungseinwand passiv.

Frage: Wie sind die zeitlichen Auswirkungen festzustellen? Antwort: Durch Berechnung. Rechenmodell ist der vom AN im Rahmen der vertraglichen Grenzen geplante Sollablauf.

Die VOB/B drückt das so aus:

#### **Folie 9**

##### **§ 6 IV VOB/B:**

„Die Fristverlängerung wird **berechnet** nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und etwaige Verschiebungen in eine ungünstige Jahreszeit.“

Berechnen heißt, durch **Anwendung eines Rechenmodells** ermitteln, nicht nachträglich empirisch feststellen. Am Rande: Dass letzteres streng naturwissenschaftlich auch gar nicht geht, haben wir schon gesehen. Außerdem: Die Parteien wollen vorher wissen, welche Termine einzuhalten sind, und nicht erst nachträglich erfahren, welche sie hätten einhalten sollen.

### **1.2.3.3 „Aktiv“: *Finanzielle* Folgen, hier: Schadensersatz gemäß § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B**

Wenn der Auftragnehmer sich mit dem Behinderungseinwand nicht nur gegen Ansprüche des Auftraggebers wehren will, sondern wenn er selbst ihm entstandene Schäden geltend machen will, nutzt er die Behinderungssituation „aktiv“, § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B. Er kann das **auch** über einen Entschädigungsanspruch gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB.

#### **1.2.3.3.1 Verschulden erforderlich, Beweislast für Nichtverschulden beim Auftraggeber**

Der Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 **Satz 1** VOB/B erfordert **Verschulden** des Auftraggebers.

Unabhängig davon, ob es im Alltag überhaupt Fälle gibt, in denen auftraggeberseitige Störungen nicht vom Auftraggeber verschuldet sind, spielt das Thema Verschulden aus einem anderen Grund **keine** ernsthafte Rolle:

Der Auftragnehmer muss nämlich nicht das Verschulden des Auftraggebers beweisen, sondern der Auftraggeber muss entsprechend § 286 Abs. 4 BGB beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Wenn es also Zweifel gibt, verliert der Auftraggeber.

#### **1.2.3.3.2 Grundsatz: Schadensersatz, nicht Vergütung**

§ 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B gibt Ansprüche auf Schadensersatz und nicht Ansprüche auf (weiter berechnete) Vergütung.

Um einen Schaden zu ermitteln, wird die hypothetische Vermögenssituation ohne Störung (Behinderung) mit der tatsächlichen Situation bei eingetretener Störung (Behinderung) verglichen. Entscheidend ist: Es kommt für den Vergleich auf die **tatsächlich** jetzt (störungsbedingt) entstandenen Kosten an.

Kann man einen Anspruch z.B. wegen angeordneten Baustopps auf § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 5 VOB/B als „Sonstige Anordnung“ stützen? Antwort: Ja, dann erhält der Auf-

tragnehmer nicht Schadensersatz, sondern fortgeschriebene **kalkulierte** Vergütung. Ganz entscheidend ist, dass es dieselbe fortgeschriebene kalkulierte Vergütung auch dann gibt, wenn auf Behinderungsfälle **§ 642 BGB** angewandt wird (dazu unten Teil B; S. 41 ff.).

An einem **Beispiel** wird der Unterschied sofort deutlich:

Die Baustelle steht behinderungsbedingt drei Wochen still. Der eingesetzte Nachunternehmer beansprucht keinerlei Entschädigung oder Vergütung, weil er sich den Hauptunternehmer (GU) „warm halten“ will.

Verlangt der Hauptunternehmer (GU) von seinem Auftraggeber Behinderungsschadensersatz gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B, bekommt er für die Zeit des Stillstandes keinerlei Ersatz für Nachunternehmerschäden, weil er (GU) solche Schäden nicht hat. Würde er sie geltend machen, würde er sich des versuchten Betruges schuldig machen.

Verlangt der Unternehmer bei demselben Sachverhalt Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B oder Entschädigung gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB, handelt er rechtmäßig, denn in beiden Fällen wird kein Schaden, sondern fortgeschriebene Vergütung ermittelt, und zwar auf kalkulativer Grundlage.

Ab und zu kommen Gericht auf die abwegige Idee, im Stillstandsfall den Nachweis zu verlangen, dass und ggf. wo das Gerät bei ungestörtem Bauablauf verwendet worden wäre (z.B. abwegig *OLG Braunschweig, IBR 2004, 364*). Das ist seit Jahrzehnten falsch: Sowohl für Personal wie für Gerät gilt eine „Rentabilitätsvermutung“, demzufolge braucht der Auftragnehmer gerade nicht nachzuweisen, was er mit dem Gerät bei ungestörtem Bauablauf gemacht hätte (näher *Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, Rdn. 1432* und so schon *BGH „Behinderungsschaden I“, BauR 1986, 615, 624*).

### **1.3 „Sachnachträge“ nach § 2 V,VI, VIII VOB/B (inkl. der zeitlichen Folgen von Inhaltsänderungen)**

Der Auftraggeber kann Anordnungen zum Bauinhalt treffen, also Änderungen oder Zusatzleistungen anordnen. Die Vergütung erfolgt dann ausschließlich als „Fortführung der Auftragskalkulation“ gemäß § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B. Die insoweit entstehenden zusätzlichen zeitabhängigen Kosten gehören in diesen Vergütungsnachtrag. Die Mehrkosten, inklusive der **störungsbedingten Mehrkosten** sowohl der unmittelbar geänderten Leistung als auch der übrigen von der Änderung (zeitlich) betroffenen Leistungen werden **kalkulatorisch** auf der Grundlage der „**Ur**kalkulation“ ermittelt.

## 1.4 Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB

### Folie 10

#### § 642 BGB lautet:

„Ist bei der Herstellung des Werkes 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. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzuges 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.“

Der **Auftragnehmer** kann sich also praktisch **aussuchen**, ob er seine Ansprüche auf § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB oder § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B stützt. Die Auswahlmöglichkeit zwischen § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB und § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B ist deshalb für den Auftragnehmer von Interesse, weil

- § 642 BGB andere und **geringere Voraussetzungen** hat als § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B – nämlich: **kein Verschulden des AG erforderlich**

und

- zu **anderen finanziellen Folgen** führt – nämlich: **Mehrkosten** werden **kalkulatorisch** ermittelt entsprechend Vergütung bei § 2 V, VI, VIII VOB/B.

## 2 OLG Köln Urteil vom 28.01.2014 (24 U 199/12), NZBau 2014, 626

So gewappnet sehen wir uns an, was die Rechtsprechung aus diesen - an sich klaren - Vorgaben bisweilen macht. Das Urteil des OLG Köln vom 28.01.2014 ist inzwischen berühmt und berüchtigt, weil es gewissermaßen das Paradebeispiel einer Sammlung für den Giftschrank von Auftraggebern zur Abwehr von Bauzeitansprüchen ist.

In Wahrheit enthält es nichts anderes als eine Aufzählung – teils zutreffender, teils unzutreffender – verallgemeinernder Rechtssätze, die im wesentlichen zum Ziel hat, eine als mühsam empfundene Auseinandersetzung mit den im konkreten Fall zu beurteilenden Sachfragen zu vermeiden. Genau das verlangt der BGH aber (siehe **oben Folie 8**). Ob das Urteil im Ergebnis richtig ist, lässt sich anhand des veröffentlichten Tatbestandes nicht beurteilen. Die Begründung enthält jedenfalls zahlreiche Fehler:

## 2.1 Sachverhalt

Dem Urteil liegt – soweit man es dem veröffentlichten Tatbestand entnehmen kann – folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin (AN) und der Beklagte (AG) haben unter Einbeziehung der VOB/B einen Bauvertrag abgeschlossen. Der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin ist um vierdreiviertel Monate überschritten worden. Der AN macht finanzielle Ansprüche im Zusammenhang mit der Bauzeitverlängerung geltend und zwar konkret wegen

- während der Bauzeit gestiegener Stahlpreise
- höherer Entsorgungskosten infolge Bauzeitverschiebung
- „Unterdeckung kalkulierter Zuschläge“ (um welche Kosten es dabei genau geht, kann man dem Tatbestand nicht entnehmen)
- durch die Nachtragerstellung verursachter Personalkosten.

Der AN macht wegen dieser Umstände Vergütungsansprüche und (wohl hilfweise) Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche geltend. Er hat ein Baubetriebliches Gutachten vorgelegt, welches im Wege einer behinderungsmodifizierten Fortschreibung des vertragskonformen Soll-Ablaufes u. a. zu dem Ergebnis kommt, dass der AN Anspruch auf eine Verlängerung der Fertigstellungsfrist um zehn Monate hat.

Das OLG lehnt alle Forderungen des AN ab, und zwar mit Erwägungen, die die Entscheidung sämtlich nicht tragen.

## 2.2 Was ist von den Urteilsgründen des OLG zu halten?

Bei der nochmaligen Lektüre des Urteils bin ich zu dem Schluss gekommen, dass ich Ihnen in der verbleibenden Zeit zumuten werde, die Urteilsgründe praktisch Satz für Satz widerzugeben und zu analysieren. Die Analysen kann ich – dies zu Ihrer Beruhigung – kurz halten, weil sie durchweg praktisch offensichtlich sind.

### Folie 11

#### OLG Köln:

„Die Klägerin macht einen **kalkulatorischen Mehraufwand** geltend, **ohne** darzulegen, welche **Mehrkosten** ihr **tatsächlich** entstanden sind. Das ist im Rahmen eines Anspruchs auf erhöhte **Vergütung** wegen Bauzeitverlängerung **unzulässig**, denn dieser Anspruch ist nur begründet, wenn der Klägerin tatsächlich und nicht nur kalkulatorisch erhöhte Aufwendungen entstanden sind.“

#### Anmerkung:

- Bei einem Vergütungsanspruch sind Mehrkosten definitionsgemäß kalkulatorisch herzuleiten.

### Folie 12

#### OLG Köln:

„Darauf, dass der Stahlpreis nach den Angaben des statistischen Bundesamtes allgemein gestiegen ist, wie die Klägerin geltend macht, kommt es nicht an.“

#### Anmerkung:

- Das statistische Bundesamt ermittelt Tatsachen. Warum soll die Tatsache, dass der (Markt-)Preis für Stahl im Zeitraum zwischen A und B um x % gestiegen ist, nicht relevant für die Frage sein, ob ein Anspruch wegen während der verlängerten Bauzeit gestiegener Stahlpreise besteht, wenn der AN darlegt, er habe vorgehabt, den Stahl am Markt (wo auch sonst) zu kaufen, und er habe dies auch getan, nur eben später als geplant?

### Folie 13

#### OLG Köln:

„Unabhängig hiervon hat das Landgericht als von der Klägerin unbestritten festgestellt, dass die **Möglichkeit** bestand, die Stahlmenge **vorab** – und damit insgesamt zum ursprünglich kalkulierten Preis – **zu ordern** (...). Hiervon ausgehend wäre es dann aber der Klägerin auch ohne Weiteres möglich gewesen, die Mehrkosten zu vermeiden, so dass auch aus diesem Grunde ein Anspruch auf Mehrvergütung ausscheidet.“

#### Anmerkung:

- Selbst ein Gericht kann **vorher** nicht wissen, wann eine Behinderung zu Ende ist, sprich wann der Stahl benötigt wird. Muss der AN wirklich Stahl ordern, obwohl er nicht weiß, wann er ihn verbauen wird, und wenn er geplant hat, den Stahl mit einem Vorlauf vor der Ausführung zu ordern? Wer lagert den Stahl, gegebenenfalls auf wessen Gefahr und Kosten ein?
- Selbst ein Gericht weiß **vorher** nicht, ob der Preis steigt, sinkt oder konstant bleibt. Wäre der Preis gesunken und hätte der AN Lagerkosten geltend gemacht, müsste dasselbe Gericht nachträglich zu bedenken geben, dass es besser gewesen wäre, den Stahl nicht schon abzunehmen, sondern später zu geringeren Preisen zu kaufen und Lagerkosten zu vermeiden.

### Folie 14

#### OLG Köln:

„Einem AN steht **nur dann** ein Anspruch auf Vergütung oder Erstattung von Zusatzkosten wegen einer Bauzeitverlängerung zu, wenn der AG durch eine **rechtmäßige Anordnung** (§ 2 V oder VI VOB/B) oder eine **rechtswidrige Behinderung** (§ 6 VI VOB/B, § 642 BGB) eine Bauzeitverlängerung verursacht hat, auf der die geltend gemachten Zusatzkosten beruhen.“

**Anmerkung:** Das ist rechtlich falsch.

- Auch „rechtswidrige“, sprich nicht durch ein Anordnungsrecht gedeckte, Anordnungen, die der AN aber dennoch befolgt, führen zu Vergütungsansprüchen.
- Auch unterlassene Mitwirkungshandlungen, nicht nur rechtswidrige Behinderungen, führen zu vergütungsgleichen Entschädigungsansprüchen.

## Folie 15

### OLG Köln:

„Die Annahme des **Ursachenzusammenhangs** zwischen dem Verhalten des AG und der Überschreitung der geplanten Bauzeit **setzt voraus**, dass **die Bauzeit mit den von der Preiskalkulation umfassten Mitteln bei ungestörtem Bauablauf überhaupt hätte eingehalten werden können.** (...)

Trifft dies nicht zu, beruht eine etwaige Überschreitung der vorgesehenen Bauzeit nicht auf einer in den Verantwortungsbereich des AG fallenden Ursache, sondern auf einer fehlerhaften Angebotskalkulation des AN.“

**Anmerkung:** Das ist mit Denkgesetzen nicht zu vereinbaren, also falsch.

- Wenn der AG dem AN die Baugrube 2 Monate später übergibt als geplant, dann beruht die Überschreitung der Fertigstellungsfrist jedenfalls im Umfang von 2 Monaten darauf. Um das festzustellen, muss man den geplanten Ablauf und die geplanten Produktionsmitteleinsätze und erst recht die Preiskalkulation nicht kennen.

## Folie 16

### OLG Köln:

„Zusatzkosten können auch nur für solche Verlängerungszeiten verlangt werden, die nicht durch gebotene, **naheliegende** Umstellungen im Bauablauf hätten vermieden werden können.“

### Fragen:

- Was sind „naheliegende Umstände“?

- Was ist, wenn die „naheliegenden Umstände“ Geld Kosten?
- Was, wenn es – wie praktisch immer – unterschiedliche „naheliegende“ Möglichkeiten gibt, auf die Behinderung zu reagieren?

Nur einmal als kleines **Rechenexempel**:

Angenommen in dem zur Entscheidung stehenden Fall geht es darum, mehrere hintereinander aufgetretene Behinderungen auf Ihre Folgen hin zu überprüfen. Unterstellt, bei jeder Behinderung fallen dem Auftraggeber nur jeweils drei alternative „naheliegende“ Varianten ein, wie man anders hätte reagieren können.

Dann gibt es nach der **ersten Behinderung drei hypothetische Abläufe**, nach der **zweiten Behinderung 9 hypothetische Abläufe**, nach **dritten Behinderung 27 hypothetische Abläufe**. Nach der **zehnten Behinderung** gibt es

$$3^{10} = 59.049 \text{ hypothetische Abläufe.}$$

Das Gericht steht dann vor der Aufgabe auszuwählen, welchen Ablauf der AN hätte wählen müssen. Nur diesen Ablauf darf es dann als Ausgangspunkt für die Ermittlung von Mehrkosten akzeptieren. Das ist offensichtlicher Unsinn

#### Folie 17

##### **OLG Köln:**

„Die Forderung nach einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung ist auch bei Großbaustellen nicht überhöht.“

#### Fragen:

- „Bauablaufbezogene Darstellung“ ist inzwischen ein floskelhaftes Schlagwort. Das geht bis hin zu dem untauglichen und auch überflüssigen Versuch, allgemeingültige Methoden zu entwickeln und diese sodann als alleingültig zu postulieren (so z. B. die sog. 9 Methode von Schubert/Lang).

Richtig ist: Man muss

- im **jeweiligen Einzelfall**

- den für die Beurteilung der **jeweils behaupteten Störung relevanten Soll-Ablauf** ermitteln,
- der im Zeitpunkt der Behinderung **aktuell** ist, und auf dieser Grundlage
- die behaupteten **hindernden Umstände**,
- die behaupteten **Folgen**,
- und die **Kausalität** bewerten.

Wenn man will, kann man das „bauablaufbezogene Darstellung“ nennen. Einen zusätzlichen Erkenntniswert hat eine solche Benennung nicht.

### Folie 18

#### **OLG Köln:**

„Soweit ein AN mangels einer ausreichenden Dokumentation zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung nicht in der Lage ist geht das grundsätzlich nicht zulasten des AG.“

#### **Anmerkung:**

- Das ist selbstverständlich richtig. Man kann sich aber auch kaum verstellen, dass der AN in dem Prozess etwas anderes behauptet hat.
- Interessanter wären konkrete Ausführungen des Gerichts dazu, was eine „den Anforderungen entsprechende Darstellung“ ist und inwieweit, der AN diese Anforderungen im entschiedenen Fall konkret nicht erfüllt hat.

### Folie 19

#### **OLG Köln:**

„Es unterliegt (...) 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.“

Das entspricht der BGH-Rechtsprechung: Das Gericht wendet diesen Grundsatz aber offensichtlich nicht an.

#### Folie 20

**OLG Köln:**

„Auch ist § 287 ZPO anwendbar, soweit es darum geht, inwieweit **verschiedene Behinderungen** Einfluss auf eine festgestellte Verlängerung der Gesamtbauzeit genommen haben.“

Auch das entspricht der BGH-Rechtsprechung: Das Gericht wendet diesen Grundsatz aber offensichtlich nicht an.

#### Folie 21

**OLG Köln:**

„Aus diesem Grund ist eine Schätzung nach § 278 ZPO dahin möglich, inwieweit ein **Verhalten des AN einerseits und des AG andererseits** einen auf eine Bauzeitverzögerung zurückzuführenden Schaden verursacht hat.“

Auch das trifft zu. Aber was das Gericht daraus weiter abzuleiten versucht, hält einer Überprüfung nicht stand, nämlich:

#### Folie 22

**OLG Köln:**

„Die obergerichtliche Rechtsprechung hat daraus die Schlussfolgerung gezogen, dass im Rahmen der **Berechnung** eines Anspruchs wegen Bauzeitverlängerung vom Auftragnehmer selbst verursachte Verzögerungen ebenso zu berücksichtigen sind (...). Eine **Berechnung** die, solche Faktoren außer Acht lässt, ist **unschlüssig**.“

### Anmerkungen:

- Vorab: Hier spricht das Gericht also doch einmal von „Berechnung“; also: Anwendung eines Rechenmodells, sprich Fortschreibung des Soll-Ablaufs? Oder ist das doch wieder zu „abstrakt“?
- Wenn der AG das Baugrundstück 3 Wochen zu spät übergibt, ergibt die „Berechnung“ eine Verschiebung des Fertigstellungstermins um 3 Wochen. Warum soll der AN mehr vortragen müssen, wenn er mehr gar nicht geltend machen will? Warum soll es z. B. darauf ankommen, dass der AN im weiteren Verlauf z. B. selbst eine 1 Woche zu vertreten hat, die er vielleicht aufgeholt hat oder auch nicht.
- Die Darlegungslast für fehlende Leistungsbereitschaft des AN trifft den AG (§ 6 III VOB/B)
- 

### Folie 23

#### OLG Köln:

„Darzustellen ist **in jedem Fall**, wie der AN den Bauablauf **tatsächlich geplant** hatte, das heißt, welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte, und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte. Dem ist der **tatsächliche Ablauf gegenüberzustellen.**“

#### Anmerkung: Auch das widerspricht Denkgesetzen:

- Nochmals: Wenn z. B. das Baugrundstück 3 Wochen zu spät übergeben wird, verlängert sich die Fertigstellungsfrist um 3 Wochen, egal welchen Arbeitskräfteeinsatz der AN „**tatsächlich** (?) geplant“ hatte.
- Der Vergleich eines („tatsächlich“) geplanten Ablaufs mit einem tatsächlichen Ablauf ist ein Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen. Es sei denn, das OLG hat unausgesprochen die sog. Rentabilitätsvermutung angewandt.

### Folie 24

**OLG Köln:**

„Die Darstellung muss insbesondere auch die Beurteilung ermöglichen, ob die angesetzten Bauzeiten mit den von der Preiskalkulation vorgesehenen Mitteln eingehalten werden konnten (...) und ob die Baustelle auch tatsächlich mit ausreichend Arbeitskräften besetzt war.“

**Anmerkungen:**

- Das trifft, wie schon mehrfach gesagt, schon denklogisch nicht zu (Beispiel verspätete Baugrundübergabe)
- Außerdem wird verkannt, dass der AG darlegungspflichtig für eine von ihm behauptet fehlende Leistungsbereitschaft des AN ist.

○

**Folie 25**

**OLG Köln:**

„Zu berücksichtigen sind auch **unstreitige** Umstände, die gegen eine Behinderung sprechen **können** (...), wie etwa die Möglichkeit, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen (...), oder die Arbeitskräfte sonst anderweitig einzusetzen.“

**Anmerkung:**

- Wenn die Umstände, **wie in der Regel nicht unstreitig** sind, sondern vom AG behauptet, vom AN aber bestritten werden, trifft den **AG die Darlegungslast**.
- **Wie** sind die Umstände „zu berücksichtigen“? Der AN hat sie operativ ja bereits berücksichtigt, nämlich die Arbeiten so fortgesetzt, wie er sie fortgesetzt hat. Muss er sich nachträglich mit den anderen 59.000 ebenfalls naheliegenden Varianten (siehe oben) befassen und diese erst einmal alle entkräften?

**Folie 26**

**OLG Köln:**

„Insgesamt ist danach eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung mit Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen erforderlich“

**Anmerkung:**

- Darlegungslast des AG wird verkannt (§ 6 III VOB/B).
- Warum soll der AN nicht z. B. Schadenersatz wegen nur einer Behinderung geltend machen können, auch wenn es 100 weitere Störungen gab, die er aber gar nicht verfolgen will?
- Die Aufgabe besteht darin, Komplexität zu verringern durch Weglassen von im Einzelfall unerheblichen Tatsachen, und nicht darin, Komplexität unnötig zu erhöhen.
- Eine modellhafte Abbildung des gesamten Baugeschehens, die buchstäblich alles erfasst, alle Vorgänge alle Randbedingungen, allen Kausalbeziehungen unter Einbeziehung aller hypothetischen alternativen Abläufe ist unmöglich und unnötig. Siehe dazu auch bereits oben: 10 Behinderungen können ohne Weiteres zu 59.000 mehr oder weniger gleichermaßen naheliegenden Ablaufvarianten führen. Soll der AN zu jeder Variante erläutern müssen, warum er sie nicht verfolgt hat?

**Folie 27**

**OLG Köln:**

„Die Klägerin trägt vor zu dem von ihr **ursprünglich geplanten Bauzeit-Soll** und zu von ihr geltend gemachten Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung, aus denen sich auf Grund **verschiedener Behinderungstatbestände** ein **modifiziertes Bauzeit-Soll** ergebe, das zu einem **späteren Soll-Endtermin** führe, der **zehn Monate** nach dem vertraglich vereinbarten Endzeitpunkt der Arbeiten liege.“

**Anmerkung:**

- Das ist die Darlegung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs um 10 Monate,

also Verzugsabwehr. Der AN darf zehn Monate länger bauen, ohne in Verzug zu geraten. Ob die Soll-Fortschreibung schlüssig ist, kann man dem Urteil nicht entnehmen. Das Gericht behauptet jedenfalls nicht, dass dies nicht der Fall sei. Es befasst sich nämlich (entgegen BGH, **Folie 8**) inhaltlich nicht mit der Fortschreibung, den einzelnen Vorgängen, Verknüpfungen, Störungen etc.

## Folie 28

### OLG Köln:

„Dass der **tatsächliche Endtermin** unstreitig nur **viereiviertel Monate** nach dem vertraglich vereinbarten Endtermin lag, **soll** auf – nicht näher spezifizierten - **Beschleunigungsmaßnahmen** der Klägerin beruhen. Schon dieser Ansatz genügt den Darlegungsanforderungen nicht.“

### Anmerkungen:

- Wenn die Soll-Fortschreibung (Berechnung der Fristverlängerung) zutreffend ist, was das Gericht nicht in Abrede stellt und offenbar gar nicht geprüft hat, ist schlüssig dargelegt, dass „Beschleunigungen“ stattgefunden haben. Der AN war **fünfeiviertel Monate früher fertig** als er musste. Der Vergleich von Soll- Fertigstellungstermin und Ist-Fertigstellungstermin genügt durchaus um festzustellen, dass der AN „beschleunigt“ gearbeitet hat.
- Ob und gegebenenfalls welche Mehrkosten durch Beschleunigungen verursacht worden sind, ist damit natürlich noch nicht dargetan. Das muss man aber auch nicht beantworten, wenn der AN, wie hier, Beschleunigungsmehrkosten gar nicht beansprucht.

## Folie 29

### OLG Köln:

„Maßgeblich (ist) der Einfluss von Behinderungen auf den konkreten Bauablauf, nicht hingegen ein etwaiger, abstrakter Anspruch auf Bauzeitverlängerung.“

**Fragen:**

- „Maßgeblich“ wofür?
- Was bedeutet „abstrakt“? Die Fristverlängerung ist zu berechnen (§ 6 III VOB/B). Ist eine berechnete Fristverlängerung „abstrakt“? Dass eine berechnete verlängerte Frist anschließend unter- oder überschritten wird, kann viele Ursachen haben. Ändert das nachträglich etwas an der Richtigkeit der Berechnung?

**Folie 30**

**OLG Köln:**

„Den tatsächlichen Bauablauf lediglich als Vergleichsgröße zur Beschränkung eines abstrakt ermittelten Anspruchs auf Bauzeitverlängerung heranzuziehen, ersetzt nicht die konkrete Darlegung, dass sich bestimmte Umstände in bestimmtem Umfang tatsächlich bauzeitverlängernd ausgewirkt haben.

Dies wird insbesondere in Fällen deutlich, in denen der ursprüngliche Bauzeitenplan sogenannte `Pufferzeiten` enthält (...). (Dann) ist es nicht gerechtfertigt, dem bloßen Umstand, dass es zu einer vom AG zu vertretenden Behinderung gekommen ist, unmittelbar einen Anspruch auf verlängerte Bauzeit zuzuordnen.“

**Anmerkung:** Auch das verstößt gegen Denkgesetze:

- Zur Einordnung: Der AN wird **tatsächlich vierdreiviertel Monate später** fertig als vereinbart. Er **berechnet** durch Fortschreibung seines Soll-Ablaufs, dass ihm ein Anspruch auf Verlängerung der Fertigstellungsfrist um **zehn Monate** zustand. Der Einfachheit halber macht er **Mehrkosten** wegen Bauzeitverlängerung nur für die tatsächlichen **vierdreiviertel Monate** geltend.
- Warum soll dieser Vortrag nicht genügen, um zumindest einmal die Kosten für die Vorhaltung z. B. eines Baucontainers für zusätzliche vierdreiviertel

Monate ersetzt zu bekommen?

- Die Frage ist, ob die Berechnung der Fristverlängerung richtig ist. Aber damit befasst sich das Gericht ja nicht. Wir müssen sie also als richtig unterstellen.
- Aus dem Vorhandensein von „Pufferzeiten“ wird gar nichts deutlich. Jeder Ablaufplan enthält „Pufferzeiten“ genauso wie Zeiten, die sich später als nicht auskömmlich erweisen. Alles andere wäre ein Wunder. Wie Pufferzeiten zu berücksichtigen sind, muss man bei der Berechnung der Fristverlängerung, also bei der Soll-Fortschreibung behandeln. Richtigerweise sind Puffer vorzutragen, solange die Möglichkeit besteht, dass der AN sie noch für seine Zwecke gebrauchen kann.

Nur als **Beispiel zum Thema Puffer:**

Angenommen, der AG hat Vortriebspläne beizustellen, tut das aber 3 Wochen später als vereinbart.

Frage: Welche Fristverlängerung steht dem AN zu?

Antwort: 3 Wochen (mindestens).

Nachdem die Pläne vorliegen, gelingt es dem AN, den Vortrieb drei Wochen schneller abzuschließen als ursprünglich geplant. Frage ändert das rückwirkend etwas daran, dass die um 3 Wochen verspätete Planübergabe zu einer Fristverlängerung um 3 Wochen geführt hat. Antwort: Natürlich nicht. Ob der Umstand, dass der Vortrieb 3 Wochen schneller war, als geplant, auf einen im ursprünglichen Plan enthaltenen Puffer schließen lässt, ist im Übrigen eine philosophische Frage. Vielleicht hat der AN ja beschleunigt, z. B. um für sich, für die Zukunft (die Innenschale) einen Puffer herauszuarbeiten. Jedenfalls darf er jetzt für die Innenschale drei Wochen länger brauchen, ohne in Verzug zu geraten.

**Folie 31**

**Fazit:**

**Man darf es nicht komplizierter machen als es ist.**

Daraus ergibt sich folgender

**Folie 32**

**Rat an den Anspruchsteller:**

**Gib dem Anspruchsgegner und (wenn es denn sein muss) den Gerichten, möglichst keine Gelegenheit, es komplizierter zu machen als es ist!**

**Das bedeutet:**

- Beschränkung auf die Folgen einiger weniger dafür aber maßgeblicher Behinderungen.
- Immer als Obersatz voranstellen, welcher Anspruch konkret geltend gemacht wird, und diesen Anspruch dann begründen, z. B.:
  - Anspruch auf Fristverlängerung
  - Schadensersatz wegen längerer Vorhaltung der BE
  - Vergütungsanspruch wegen längerer Vorhaltung der BE
  - Vergütungsanspruch wegen Preissteigerung Diesel
  - etc.
- Darlegungslasten beachten und einfordern.

München, August 2017

Prof. Dr. Jochen Markus