

*Auszug aus der Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb,
Heft 41:*

**Probleme der Entschädigungsberechnung gemäß § 642 BGB:
Ein Bewertungsbeispiel**

*Dr.-Ing. Dipl.-Wirtsch.-Ing. F. Kumlehn, Dipl.-Ing. A. Freiboth
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, TU Braunschweig*

Vorgeschlagene Zitierweise:

Kumlehn, Frank, Freiboth, Axel: Probleme der Entschädigungsberechnung gemäß § 642 BGB ; Ein Bewertungsbeispiel. In: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 17. Februar 2006. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 41. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2006, S. 55 - 87

Heft 41 der Schriftenreihe (ISBN 3-936214-09-3)

ist zu beziehen im Buchhandel oder direkt beim:

Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb
Technische Universität Braunschweig
Schleinitzstraße 23 A

38106 Braunschweig

Telefon: 0531/391-3174

Telefax: 0531/391-5953

E-Mail: ibb@tu-bs.de

Internet: www.ibb.bau.tu-bs.de

Probleme der Entschädigungsberechnung gemäß § 642 BGB: ein Bewertungsbeispiel

*Dr.-Ing. Dipl.-Wirtsch.-Ing. F. Kumlehn, Dipl.-Ing. A. Freiboth
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, TU Braunschweig*

Inhaltsübersicht

1	Einleitung	56
2	Entschädigungsberechnung nach § 642 BGB	57
2.1	Anspruchsvoraussetzungen.....	57
2.2	Bestandteile einer angemessenen Entschädigung.....	57
2.2.1	Dauer des Verzugs.....	58
2.2.2	Vereinbarte Vergütung.....	59
2.2.3	Ersparte Aufwendungen.....	62
2.2.4	Anderweitiger Erwerb.....	62
3	Bewertungsbeispiel zum Nachweis einer Entschädigung der Höhe nach	65
3.1	Preisermittlung und geplanter Bauablauf des Auftragnehmers.....	65
3.2	Tatsächlicher Bauablauf.....	68
3.3	Störungen des Bauablaufs durch den Auftraggeber.....	71
4	Problemfelder beim Nachweis der „angemessenen Entschädigung“	72
4.1	Ermittlung der „Dauer des Verzugs“.....	72
4.2	Berechnung der „vereinbarten Vergütung“ und der „ersparten Aufwendungen“.....	72
4.3	Bestimmung des „anderweitigen Erwerbs“.....	77
4.4	Feststellung der „angemessenen Entschädigung“.....	82
5	Zusammenfassung	86

1 Einleitung

Mehrkostenerstattungsansprüche infolge gestörter Bauabläufe können vom Unternehmer aufgrund unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen geltend gemacht werden. In Abhängigkeit von der Sachlage kommt neben den Anspruchsgrundlagen der §§ 2 und 6 VOB/B seit der Vorunternehmer-Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 (Az. VII ZR 185/98) auch § 642 BGB in Betracht. Beim Nachweis dem Grunde nach bietet eine Entschädigungsforderung nach § 642 BGB deutliche Vorteile insbesondere gegenüber einer Schadensersatzforderung nach § 6 Nr. 6 VOB/B, was in der einschlägigen Fachliteratur auch bereits umfangreich diskutiert wurde.¹ Für den Nachweis der Entschädigung der Höhe nach existiert jedoch keine schematisch eindeutige Berechnungsmethodik, so dass über die Prüffähigkeit von Entschädigungsberechnungen häufig Streitigkeiten entstehen.

Grundsätzlich hat eine Entschädigung den Charakter einer Vergütung,² d. h. die Bewertung der Höhe nach muss prinzipiell nach demjenigen erfolgen, was der Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Rahmen seiner Preisermittlung geplant hat. Im Hinblick auf die Anspruchs begründung ist jedoch festzustellen, dass eine Argumentation auf Basis geplanter Daten unzureichend bzw. sogar unzulässig ist und dass Darlegungen zum tatsächlichen Planungs- und Bauablauf von einem Anspruchsteller vorzutragen sind. In diesem Punkt sind Nachweise von Entschädigungen vielmehr Nachweisen von Schadenersatzansprüchen gleich zu setzen und Auswirkungen von Behinderungen konkret zu belegen.

Erst bei der Bewertung von terminlichen und kostenmäßigen Folgewirkungen einer Behinderung kann unter bestimmten Voraussetzungen auf kalkulatorische Informationen zurückgegriffen werden. Für diesen Fall ist im Rahmen der Entschädigungsberechnung die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags heranzuziehen, die allerdings durch die üblicherweise hinterlegte Kalkulation nur bedingt abgebildet wird. So bereiten insbesondere der Nachweis von Abweichungen zum ursprünglich Geplanten und die monetäre Bewertung der in den Gemeinkosten kalkulierten Leistungen Probleme. Sowohl die Quantität als auch die Qualität dieser Leistungen werden nur sehr begrenzt abgebildet, so dass ein prüffähiger Nachweis einer angemessenen Entschädigung i. S. v. 642 BGB nur begrenzt möglich ist.

Zur Auseinandersetzung mit der beschriebenen Problematik werden im vorliegenden Beitrag die aus baubetrieblicher Sicht maßgeblichen Tatbestände zum Nachweis von Entschädigungsansprüchen verdeutlicht. Anschließend werden ein fiktives Bewertungsbeispiel vorgestellt und verschiedene Einzelaspekte der Darlegung von Entschädigungsbestandteilen erläutert.

¹ Vgl. u. a. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 600 ff. und S. 705 ff. ; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 231 ff.

² Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 706 f.

2 Entschädigungsberechnung nach § 642 BGB

In seinem Urteil vom 21.10.1999 (Az. VII ZR 185/98) befasste sich der BGH zum wiederholten Mal mit der Fragestellung, ob ein Anspruch auf Schadenersatz oder Entschädigung wegen Behinderung durch verspätet fertig gestellter Vorgewerke besteht. Eine Anwendung von § 278 BGB oder von § 6 Nr. 6 VOB/B wurde dabei verneint, da den Auftraggeber³ kein Verschulden für die verspätete Vorunternehmerleistung trifft. In seinem Urteil blieb der BGH auch weiterhin bei seiner Rechtsprechung, dass der Vorunternehmer regelmäßig nicht der Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers nach § 278 BGB ist. Im Gegensatz zu der bis dahin geltenden Rechtsauffassung lässt das Urteil bei verzögerten Vorunternehmerleistungen nun jedoch § 642 BGB als Anspruchsgrundlage zu.⁴ Die Anwendung des § 642 BGB als Anspruchsgrundlage bei verzögerter Vorunternehmerleistung ist bis dahin regelmäßig vom BGH mit der Begründung abgelehnt worden, dass es gegenüber dem nachfolgenden Unternehmer an einer pflichtwidrig unterlassenen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers fehle (BGH, Urteil vom 27.06.1985, Az. VII ZR 23/84).

Bei der Geltendmachung von Mehrkosten gilt nach § 642 Abs. 1 BGB:

„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.“

Der Auftraggeber hat somit eine Mitwirkungsverpflichtung und kann dem Auftragnehmer haften, wenn er durch Unterlassen einer für das Erstellen der Leistung erforderlichen und ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, wie beispielsweise der Koordination einzelner Gewerke, in den Verzug der Annahme einer ihm angebotenen Leistung gerät (so genannter Gläubigerverzug).

2.1 Anspruchsvoraussetzungen

Wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen dem Schadenersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B und dem Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB ist, dass es für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nicht auf ein Verschulden des Auftraggebers ankommt, sondern lediglich auf das Verletzen einer Mitwirkungspflicht. Damit steht dem Auftragnehmer auch eine Anspruchsgrundlage zur Verfügung, wenn der Auftraggeber eine Verzögerung weder schuldhaft noch durch eine Anordnung zur Leistungserbringung verursacht hat.

³ Nach dem Wortlaut des BGB sind für die Vertragsparteien die Bezeichnungen Besteller und Unternehmer zu unterscheiden. Im vorliegenden Beitrag werden zur Benutzung einer einheitlichen Terminologie die Bezeichnungen Auftraggeber für Besteller und Auftragnehmer für Unternehmer verwendet.

⁴ Vgl. Kraus (2000), S. 1107

Durch das Unterlassen einer für das Erstellen der Leistung erforderlichen und dem Auftraggeber obliegenden Mitwirkungshandlung kann dieser in den Verzug der Annahme geraten. Ein Annahmeverzug setzt die Nichtannahme einer angebotenen Leistung voraus, d. h. der Schuldner einer Leistung muss nicht nur leisten dürfen und zur Leistung bereit sein, sondern die Leistung dem Auftraggeber (Gläubiger) auch ordnungsgemäß anbieten.⁵ Sollte die Leistungserbringung behindert sein, ist für ein ordnungsgemäßes Angebot daher gemäß Urteil des BGH vom 21.10.1999 (Az. VII ZR 185/98) eine Behinderungsanzeige i. S. v. § 6 Nr. 1 VOB/B als Anspruchsvoraussetzung zwingend notwendig.⁶ Die Behinderungsanzeige soll für den Auftraggeber eine Informations-, Warn- und Schutzfunktion erfüllen.

Die Anspruchsvoraussetzungen für eine Entschädigungsforderung auf der Grundlage von § 642 BGB sind also:

- Unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers
- **Annahmeverzug** einer angebotenen Leistung
- **Behinderungsanzeige** durch den Auftragnehmer

§ 642 BGB ist nicht nur bei Behinderungen infolge verzögerter Vorunternehmerleistungen als Anspruchsgrundlage anwendbar, sondern auch bei sonstigen Behinderungen, die sich aus fehlender Mitwirkungshandlung des Auftraggebers ergeben.⁷ In der Baupraxis zeigt sich, dass durch das BGH-Urteil vom 21.10.1999 (Az. VII ZR 185/98) von der Möglichkeit der Geltendmachung einer Entschädigung nach § 642 BGB vermehrt Gebrauch gemacht wird und Schadenersatzansprüche gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B zunehmend in den Hintergrund treten.

2.2 Bestandteile einer angemessenen Entschädigung

Ermittlungsgrundlagen zur Feststellung einer „angemessenen Entschädigung“ werden in § 642 Abs. 2 BGB definiert. Dort heißt es:

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

Als maßgebliche Bestandteile der Entschädigungsberechnung sind somit die „Dauer des Verzugs“, die „vereinbarte Vergütung“, die „ersparten Aufwendungen“ und der „anderweitige Erwerb“ festzustellen und darzulegen.

⁵ Vgl. Kraus (2000), S. 1107

⁶ Die Entscheidung des BGH, eine Behinderungsanzeige gemäß VOB als Anspruchsvoraussetzung für einen Paragraphen des BGB festzulegen, ist rechtlich äußerst umstritten.

⁷ Vgl. Franz (2003), S. 118 ; Kumlehn (2004), S. 28

2.2.1 Dauer des Verzugs

Die Feststellung der Dauer des Verzugs ist maßgeblich für die Bestimmung des Entschädigungsanspruchs. Die teilweise vertretene Meinung, dass die Dauer des Verzugs mit dem Zeitraum des Annahmeverzugs und somit dem Behinderungszeitraum gleichzusetzen ist, lässt wesentliche Aspekte des grundsätzlichen Nachweises von Mehrkosten aus Bauablaufstörungen unberücksichtigt. Die Verletzung einer Mitwirkungspflicht und ein darauf folgender Annahmeverzug durch den Auftraggeber müssen nicht zwangsläufig zu einer Behinderung führen. Die Formulierung in § 642 BGB ist somit unpräzise, da eigentlich auf die „Folgewirkungen der Dauer des Verzugs“ abzustellen ist.

Der BGH ist in seiner Rechtsprechung auf diese Problematik eingegangen. In einem Urteil vom 21.03.2002 (Az. VII ZR 224/00) weist der BGH darauf hin, dass es für die Geltendmachung von Mehrkosten aus Bauablaufstörungen nicht ausreicht, nur die Verzögerung selbst darzulegen. Die Störung und deren Auswirkungen auf die Bauausführung sind vielmehr durch eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung aufzuzeigen. In einem weiteren BGH-Urteil vom 24.02.2005 (Az. VII ZR 141/03) wird zudem bekräftigt, dass der kausale Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Behinderungsschaden (die so genannte *haftungsbe gründende Kausalität*) gemäß § 286 ZPO konkret zu beweisen ist. Lediglich für den Nachweis der Folgen der Behinderung des Bauablaufs und die Bestimmung der Schadenshöhe (so genannte *haftungsausfüllende Kausalität*) besteht - allerdings nur teilweise - die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO.⁸

Auch KNIFFKA schließt explizit aus, dass mit der Dauer des Verzugs der Zeitraum des Annahmeverzugs gemeint sei.⁹ Der Annahmeverzug sei anspruchsbegründendes Merkmal. Für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs sei nicht die Vorhaltung der Leistung während des Annahmeverzugs entscheidend, sondern die Bewertung der geänderten Vertragsumstände nach Beendigung des Annahmeverzugs. Sofern der Annahmeverzug keinen Einfluss auf die Bauzeit habe, sei dieser Zeitraum durch die vereinbarte Vergütung gedeckt. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Sichtweise allerdings, dass Leistungen mitunter zeitlich nicht beliebig verschoben werden können und ganz bestimmte Produktionsmittel zu definierten Zeitpunkten eingeplant wurden (Arbeitskräfteeinteilung, Geräteeinsatzplanung etc.).

Bei der Berechnung einer Entschädigungshöhe nach der Dauer des Verzugs ist also nicht der Zeitraum des Annahmeverzugs heranzuziehen, sondern es sind die Folgen der Dauer des Verzugs zu bewerten. Die Dauer des Verzugs im Rahmen der Entschädigungsberechnung ist demnach ähnlich aufzufassen wie der Schadensnachweis gemäß § 6 VOB/B beispielsweise infolge verspäteter Planbeistellung. Ein um eine Woche verspätet eingegangener Plan muss nicht zwangsläufig zu einer Behinderung von einer Woche führen.

Aus baubetrieblicher Sicht ist die Dauer des Verzugs somit der Zeitraum, in dem durch die unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers und den daraufhin eintretenden

⁸ Zu den Erleichterungen der Nachweisführung siehe Kapitel 4.1.

⁹ Vgl. Kniffka (2006), § 642 Rn. 53 - 54

Annahmeverzug der angebotenen Leistung ganz bestimmte, anhand des SOLL-Terminplans, der Personal- und Geräteeinsatzplanung etc. festzustellende Produktionsmittel untätig bzw. über die vereinbarte Bauzeit hinaus vorgehalten werden müssen. Für die Feststellung der Dauer des Verzugs müssen sämtliche von einer Störung betroffenen Leistungen einzeln bewertet und die jeweiligen terminlichen Auswirkungen bestimmt werden. Hierfür ist wie bei Störungen infolge geänderter und zusätzlicher Leistungen oder infolge von Behinderungen und Unterbrechungen eine planungs- und bauablaufbezogene Untersuchung der Teilleistungen erforderlich. Erst dadurch wird eine Bewertung der veränderten Vertragsumstände infolge des Annahmeverzugs auf kalkulatorischer Basis möglich.

2.2.2 Vereinbarte Vergütung

Neben der Dauer des Verzugs richtet sich die Entschädigungshöhe nach der vereinbarten Vergütung für die betreffende Leistung. Wie bereits erwähnt, weist die Entschädigung einen vergütungsähnlichen Charakter auf.¹⁰ Für den Nachweis der Entschädigung der Höhe nach ist die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags wie beispielsweise auch beim Anspruch auf Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen nach § 2 VOB/B maßgeblich. Im Gegensatz zur Schadensberechnung i. S. v. § 6 Nr. 6 VOB/B brauchen somit keine tatsächlichen Kosten festgestellt und anhand von Rechnungsbelegen o. ä. nachgewiesen werden. Stattdessen muss die vom Auftragnehmer verwendete Preisermittlungsgrundlage anhand der hinterlegten Vertragskalkulation und/oder mit Hilfe sonstiger geeigneter Dokumente nachgewiesen werden.

Im Hinblick auf die Systematik der Ableitung der Entschädigung aus dem vertraglich Vereinbarten ist darauf hinzuweisen, dass zur Zeit der Entstehung des § 642 BGB in seiner heutigen Form, d. h. um ca. 1900, unter „vereinbarter Vergütung“ inhaltlich etwas anderes verstanden wurde. Eine Preisermittlung bzw. Kalkulation im heute üblichen Sinne fand zu diesem Zeitpunkt noch nicht statt. Es wurden vielmehr im Sinne einer Kostenermittlung durch den Planer marktübliche Preise anhand von abgerechneten Bauvorhaben veranschlagt. Dementsprechend wurde mehr ein Preisniveau als eine Preisermittlungsgrundlage vereinbart. Bei Einheitspreisen ergaben sich somit keine Preisdifferenzen aus von Auftragnehmern unterschiedlich veranschlagten Zuschlagssätzen oder Umlagebeträgen für Gemeinkosten.

Die Anwendung von § 642 BGB in der heutigen Zeit erfordert es, die verschiedenen Bestandteile der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu differenzieren. Neben den Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) sind auch Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Auf dieser Basis und unter Beachtung der vom Auftragnehmer gewählten Preisermittlungssystematik muss die Entschädigung festgestellt werden.

Bezüglich Wagnis und Gewinn hat der BGH in seinem Urteil vom 21.10.1999 (Az. VII ZR 185/98) ohne weitere Begründung entschieden, dass kalkulatorische Wagnis- und Gewinnanteile der vereinbarten Vergütung grundsätzlich nicht Bestandteil der Entschädigung sind

¹⁰ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 706 f.; Vygen/Schubert/Lang (2002), Rdn. 322

(damit also auch nicht bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz). Diese Einschränkung des Entschädigungsanspruchs durch den BGH ist in der rechtlichen Literatur umstritten, da dem Auftragnehmer ohne nachvollziehbare Begründung ein Teil seiner vereinbarten Vergütung vorenthalten wird und er somit Kapazitäten einsetzen bzw. unproduktiv verhalten muss, ohne dass hierfür ein Unternehmerlohn in Form des Gewinns beansprucht werden kann.¹¹

Die zu entschädigenden Einzelkosten der Teilleistung sind anhand der von der Störung betroffenen Leistungen zu bestimmen. Hierzu ist es notwendig, dass der Auftragnehmer seine Preisermittlungsgrundlage in Form von Lohnkostenansätzen, Materialpreisen etc. darlegt. Zusammen mit einer Ressourcenplanung sind anhand dieser Angaben die vereinbarten Einzelkosten zu bestimmen und ersparte Aufwendungen bzw. anderweitiger Erwerb zu berücksichtigen.

Die Gemeinkosten (BGK und AGK) als Teil der vereinbarten Vergütung sind für die effektive Dauer einer durch eine unterlassene Mitwirkungshandlung verursachten Störung ebenfalls anhand der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu ermitteln. Außerdem ist nachzuweisen, welche Anteile der BGK und AGK als ersparte Aufwendungen bzw. durch anderweitigen Erwerb von dieser vereinbarten Vergütung wieder abzuziehen sind.

Kernproblem der Entschädigungsberechnung insbesondere für Gemeinkosten ist, dass maßgebliche Angaben aus der Vertragskalkulation gar nicht oder nur indirekt in kumulierter Form hervorgehen.¹² Zur Verdeutlichung der Problematik ist auf ein Urteil des OLG Schleswig vom 11.05.1995 (Az. 7 U 214/91) hinzuweisen. Im vorliegenden Fall war strittig, ob bei der Vergütungsberechnung AGK, wie in der hinterlegten Kalkulation explizit abzulesen, als feste Größe zu behandeln sind, oder ob sie, gemäß der vom Auftragnehmer vorgetragenen Preisermittlungsgrundlage, eine umsatzabhängige Größe darstellen. In seinem Urteil stellte das OLG heraus, dass die Preisermittlungsgrundlage maßgeblich ist.

Die Berechnung auf Basis der Preisermittlungsgrundlage bedeutet für den Auftragnehmer, dass für die Entschädigung die tatsächlich entstandenen Mehrkosten unerheblich sind. Es kommt auf die vereinbarte Vergütung an. Folglich ist der Auftragnehmer an das Vertragspreisniveau gebunden, mit für ihn positiven wie auch negativen Auswirkungen. Ebenso wie bei der Vergütungsberechnung sind allerdings Ausnahmen von der Bindung an den alten Preis möglich.

Die vereinbarte Vergütung ist nicht nur Bewertungsmaßstab für Stillstandskosten der Produktionsmittel während des Störungszeitraums, sondern auch für die Ermittlung von Mehrkosten für Leistungen, die gerade erst infolge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung erforderlich wurden. Aus diesem Grund ist die Höhe der Entschädigung nicht auf den vereinbarten Vertragspreis begrenzt.

¹¹ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 708; Kniffka (2006), § 642 BGB Rn. 56

¹² Vgl. Kumlehn (2004), S. 29

2.2.3 Ersparte Aufwendungen

Wie die vereinbarte Vergütung sind auch die ersparten Aufwendungen anhand der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu bestimmen. Von der kalkulatorisch ermittelten, vereinbarten Vergütung sind einzelne Kosten abzuziehen, die der Auftragnehmer ersparen kann. Dies betrifft in erster Linie Kosten, die auch kurzfristig noch disponibel sind, wie beispielsweise Materiallieferungen, und somit bezüglich der Dauer des Verzugs nicht kostenwirksam werden.

Da nur vertraglich vereinbarte Leistungen erspart werden können, muss die Höhe der ersparten Aufwendungen anhand der gleichen Randbedingungen festgelegt sein, die auch als Grundlage für die Preisermittlung des Hauptvertrags herangezogen wurden. Unerheblich sind daher die tatsächlichen Preise der Bauleistungen. Die anzurechnende Ersparnis ist nicht mit der tatsächlichen Ersparnis des Auftragnehmers gleichzusetzen. Erspart werden kann nur der Preis, der im Rahmen der Vergütung vereinbart wurde, auch wenn er, wie z. B. bei den Preisen für Baustahl, deutlich höher liegt als zum Zeitpunkt der Kalkulation. Vereinbarte Vergütung und ersparte Aufwendungen müssen sich daher auf denselben Zeitpunkt beziehen, nämlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die theoretische Höhe der ersparten Aufwendungen ist auf die Höhe der vereinbarten Vergütung begrenzt. Da sich die Ermittlung ersparter Aufwendungen auf einzelne Bestandteile der vereinbarten Vergütung bezieht, ist eine detaillierte und aussagekräftige Darstellung der Preisermittlungsgrundlage erforderlich. Insbesondere im Bereich der Gemeinkosten können jedoch oftmals aufgrund der angewandten Kalkulationsmethoden mit prozentualen Zuschlagssätzen einzelne, möglicherweise ersparte Aufwendungen in den Gemeinkosten nicht mehr identifiziert werden.

Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit den ersparten Aufwendungen auf ein aktuelles Urteil des BGH vom 22.09.2005 (Az. VII ZR 63/04). Im Hinblick auf die Frage, ob ersparte Aufwendungen bei einer freien Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 VOB/B nach tatsächlichen oder kalkulatorischen Kosten zu bewerten sind, stellt der BGH fest, dass *„nicht erbrachte Leistungen auf Grundlage des dafür vereinbarten Preises abzüglich anderweitigen Erwerbs und der Kosten [zu] berechnen [sind], die bei Fortführung des Bauvertrages tatsächlich [Hervorhebung nicht im Original] entstanden wären. Entsprechen diese Kosten seiner [Anm.: gemeint ist der Auftragnehmer] Kalkulation, kann er diese vortragen“*. Im vorliegenden Fall legt ein Auftragnehmer auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens dar, dass er bei Realisierung des gekündigten Bauvorhabens tatsächlich einen geringeren Aufwand gehabt hätte, als von ihm kalkuliert. Entsprechend sei auch nur dieser geringere Aufwand erspart. Dieser Ansicht gibt der BGH Recht.

Nach Ansicht der Verfasser wird im zitierten Urteil die Vokabel „tatsächlich“ äußerst missverständlich gebraucht, da tatsächliche Kosten nicht festgestellt werden können, wenn diese überhaupt nicht anfallen. Zutreffender wäre hier die Formulierung, dass eine Anpassung des vereinbarten Preises bzw. der damit verbundenen Preisermittlungsgrundlage erfolgen muss, wenn Erkenntnisse für deren offenbare Unrichtigkeit im Hinblick auf die geplante Bauabwicklung vorliegen. Im Urteil des BGH vom 22.09.2005 (Az. VII ZR 63/04) werden

nämlich keine tatsächlichen Kosten ermittelt sondern lediglich die Preisermittlungsgrundlage kalkulatorisch korrigiert. Die Bewertung der ersparten Aufwendungen hat somit eindeutig **kalkulatorisch** zu erfolgen. Die Darlegungs- und Beweislast einer höheren als vom Auftragnehmer angegebenen Ersparnis von Aufwendungen liegt beim Auftraggeber.

2.2.4 Anderweitiger Erwerb

Weiterer Bestandteil einer Entschädigungsberechnung ist die Bestimmung der Aufwendungen, die durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft erworben werden können (anderweitiger Erwerb). Mit der Erwirtschaftung anderweitigen Erwerbs kommt der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Entschädigungsminderung nach.

Grundsätzliches Problem beim Nachweis des anderweitigen Erwerbs ist die Bewertung der anderweitigen Verwendung. Mit Bezug auf das BGH-Urteil vom 21.12.1995 (Az. VII ZR 198/94) definiert KNIFFKA¹³ als Voraussetzung für das Vorliegen von anderweitigem Erwerb die Hereinnahme eines so genannten „*Füllauftrags*“. Nach dieser Definition wäre anderweitiger Erwerb nur dann möglich, wenn ausschließlich für die bei einem Projekt gestörten Kapazitäten ein neuer Auftrag angenommen werden würde. Angesichts der Tatsache, dass in Bauunternehmen für die Abwicklung einzelner Bauvorhaben stets neue, veränderte Zusammensetzungen von Personal- und Gerätekapazitäten festgesetzt werden und nur äußerst selten eine Bildung unveränderbarer Teams erfolgt, wären die Voraussetzungen für anderweitigen Erwerb quasi nie erfüllt. Sachgerecht kann daher nur eine auf einzelne Personal- und Gerätekapazitäten bezogene Auswertung alternativer Einsatzmöglichkeiten bzw. anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten sein. Für die Beurteilung der anderweitigen Verwendung sind somit folgende Fragen zu beantworten:

1. Ist überhaupt eine anderweitige Verwendung möglich, oder müssen die Personal- und Gerätekapazitäten ohne Leistungserbringung bereitgehalten werden?
2. Können Personal- und Gerätekapazitäten innerhalb des gestörten Projekts umgesetzt werden (Soweit keine Kapazitäten frei werden, kann kein anderweitiger Erwerb vorliegen)?
3. Können Personal- und Gerätekapazitäten auf anderen Baustellen des Auftragnehmers eingesetzt werden?
4. Kann für die von einer Störung betroffenen Personal- und Gerätekapazitäten ein Ersatzauftrag hereingeholt werden?

¹³ vgl. Kniffka (2006), § 649 Rn. 81

Aufbauend auf die Identifikation der freien bzw. von einer unterlassenen oder verspäteten Mitwirkungshandlung betroffenen Personal- und Gerätekapazitäten sind im Weiteren die aus anderweitigem Einsatz resultierenden Erlöse zu bewerten. Grundlage ist gemäß BGH-Urteil vom 11.02.1999 (Az. VII ZR 91/98) zunächst die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags, jedenfalls solange sich nicht aus sonstigen Umständen ergibt, dass der Vertrag eine andere Kostenentwicklung genommen hätte. Es gilt der Grundsatz: „*Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“.

Schwierigkeiten ergeben sich weiterhin aus der Tatsache, dass der anderweitige Erwerb bei einem anderen Projekt und damit in einem anderen Vertragsverhältnis erfolgt. Die Verrechnungssätze für Personal und Gerät können voneinander abweichen und die Randbedingungen für den Einsatz sind möglicherweise deutlich andere als die, die für die gestörte Baustelle vereinbart waren.

Die Berücksichtigung tatsächlicher Kosten bei der Bestimmung anderweitigen Erwerbs würde jedoch der Berechnungssystematik des Schadenersatzes gleich kommen und somit unterschiedliche Ansätze innerhalb der Entschädigungsberechnung vermischen. Daher muss grundsätzlich auch der anderweitige Erwerb anhand der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags der gestörten Baustelle bestimmt werden, wenngleich der anderweitige Erwerb in einem anderen Vertragsverhältnis stattfindet. Bei der Verwendung kalkulatorischer Ansätze und Daten müssen diese nach Ansicht der Verfasser ebenso wie bei der Bewertung einer zusätzlichen Leistung i. S. v. § 2 Nr. 6 VOB/B an das Vertragspreisniveau der gestörten Baustelle angepasst werden.

Bei der Bewertung anderweitigen Erwerbs sind neben den direkten Folgen einer Umsetzung von Personal- und Gerätekapazitäten auch indirekte Folgen zu bewerten. So besteht bei der Verschiebung der Kapazitäten grundsätzlich die Gefahr eines nicht optimalen Personal- und Geräteeinsatzes verbunden mit Produktivitätsminderungen. Durch diesen Effekt kann der anderweitige Erwerb gemindert werden, was bei der Entschädigungsberechnung entsprechend zu berücksichtigen ist.

Die Darlegungs- und Beweislast einer höheren als vom Auftragnehmer angegebenen Ersparnis von Aufwendungen liegt beim Auftraggeber. Dieser kann dem Auftragnehmer jedoch kaum einen nicht angesetzten anderweitigen Erwerb nachweisen. Den hierzu notwendigen umfassenden Einblick in die Auftrags- und Unternehmenssituation für den Auftraggeber wird kein Auftragnehmer freiwillig gewähren.

Wie die ersparten Aufwendungen mindert auch der anderweitige Erwerb die Höhe der Entschädigung. Daher ist zu beachten, dass durch den anderweitigen Einsatz der Produktionsmittel auch tatsächlich Ersatz erwirtschaftet wird und sie nicht nur an anderer Stelle ohne zusätzlichen Nutzen eingesetzt werden.

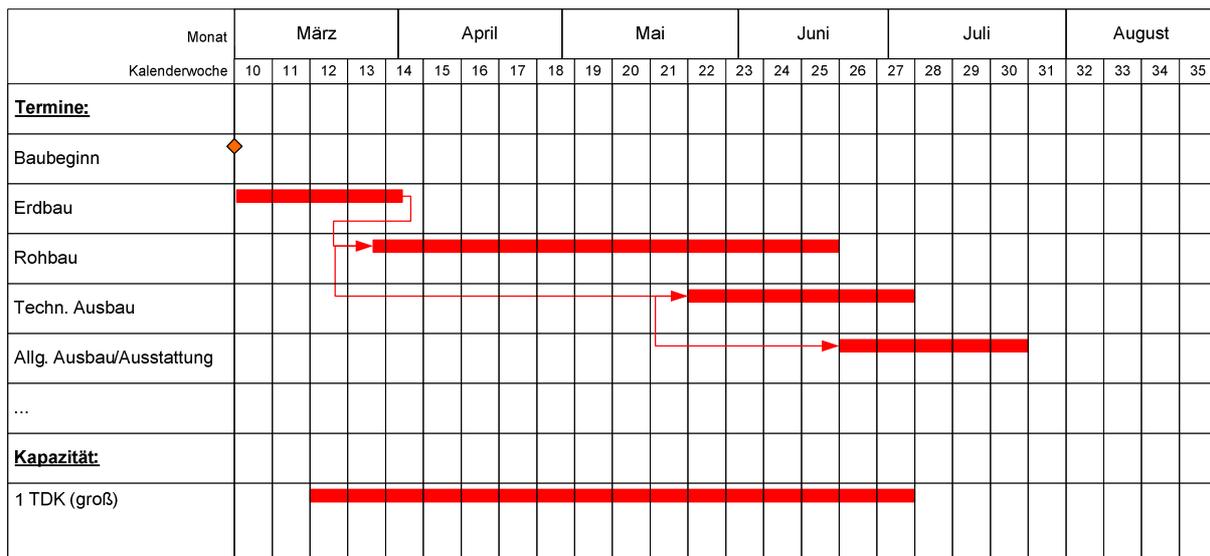
3 Bewertungsbeispiel zum Nachweis einer Entschädigung der Höhe nach

Nach der Zusammenstellung der beim Nachweis von Entschädigungsforderungen darzulegenden Tatbestände wird im Folgenden ein fiktives Bewertungsbeispiel vorgestellt. Das Beispiel zeigt eine typische Störung des Bauablaufs mit daraus resultierenden Konsequenzen für die vom Auftragnehmer geplanten Leistungen und Kapazitäten.

3.1 Preisermittlung und geplanter Bauablauf des Auftragnehmers

Ausgangspunkt des Bewertungsbeispiels ist ein Bauvertrag über Erd- und Rohbauarbeiten sowie Arbeiten des technischen Ausbaus. Wie allgemein üblich, wurde zur Vergabe des Auftrags eine Leistungsbeschreibung vorgegeben, die mehr oder minder genau alle Grundleistungen zur Herstellung eines Objekts positionsweise erfasst. Auf Grundlage der Leistungsbeschreibung, der sonstigen Verdingungsunterlagen sowie den Ergebnissen der Vertragsverhandlungen ist es dem Auftragnehmer möglich, den erforderlichen Aufwand abzuschätzen, die erforderlichen Kapazitäten zu bestimmen und damit die Dauer zur Ausführung der verschiedenen Aktivitäten festzulegen. Aufgrund von kapazitativen und verfahrenstechnischen Randbedingungen bestimmt der Auftragnehmer darüber hinaus Abhängigkeiten zwischen den verschiedenen Aktivitäten und legt die von ihm benötigte Gesamtausführungszeit fest. Diese vom Auftragnehmer geplante Ausführungszeit kann die vom Auftraggeber zumeist vorgegebene Gesamtbauzeit unterschreiten.

Die Ergebnisse der beschriebenen Überlegungen des Auftragnehmers, die zugleich Grundlage seiner Preisermittlung sind, spiegeln sich im folgenden Termin- und Kapazitätsplan wider:



Legende: █ Soll

Abbildung 1: Vom Unternehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geplante Termine (SOLL-Terminplan) und Kapazitäten (SOLL-Kapazitätsplan)

Zur Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage ist anzumerken, dass die hinterlegte Kalkulation für den Auftraggeber nur dann ersichtlich ist, wenn er im Rahmen der Abrechnung Zweifel an der ordnungsgemäßen Kalkulation von Leistungen vorbringen kann und insoweit die relevanten Bestandteile in der Regel im Beisein beider Vertragsparteien aufgedeckt werden. Die oben angesprochenen Nebenleistungen insbesondere in Form von Gerätekapazitäten können den üblicherweise hinterlegten Dokumenten nicht unmittelbar entnommen werden.

Im Rahmen der Angebotsbearbeitung muss sich der Bieter dafür entscheiden, in welcher Form er die erforderlichen Nebenleistungen in seiner Preisermittlung berücksichtigt. Er hat die Wahl die Kosten bei einer einzelnen Leistungsposition oder als Umlagebetrag über alle Positionen innerhalb der so genannten Schlüsselkosten zu verrechnen. Grundsätzlich sollte die Kostenverrechnung nach dem Prinzip erfolgen, dass Kosten für Nebenleistungen auf diejenigen Positionen verteilt werden, durch deren Leistungen sie verursacht werden.

Entsprechend der genannten Regel werden typische Vorhaltegeräte durch die Verrechnung in den Baustellengemeinkosten im Gegensatz zu den Leistungsgeräten auf alle Teilleistungen verteilt. Hieraus ergibt sich, dass die Kosten des im Bewertungsbeispiel enthaltenen Turmdrehkrans (TDK) den üblicherweise hinterlegten Dokumenten über die Kalkulation nicht explizit zu entnehmen sind. Weder dem Formblatt EFB-Preis 1b noch dem Formblatt EFB-Preis 2 kann ein Ansatz für den Kran direkt entnommen werden, da die Kosten des Krans in den Schlüsselkosten verrechnet wurden. Schlüsselkosten werden im Formblatt EFB-Preis 1b jedoch nur in Form der Gemeinkosten unter Position 3 in fünf Positionen aufgliedert.

Es ist davon auszugehen, dass Auftragnehmer im Rahmen ihrer Preisermittlung für die Gemeinkosten als Teil der Schlüsselkosten eine differenzierte Kalkulation in Anlehnung an die Ermittlung von Einzelkosten der Teilleistungen vornehmen. Diese werden sie allerdings nicht notwendigerweise als Bestandteil der Vertragskalkulation hinterlegen. Stattdessen beschränken sie sich darauf, lediglich kumulierte Teilsummen z. B. in Anlehnung an die Aufgliederung der Positionen 3.1.1 bis 3.1.5 des Formblatts EFB-Preis 1b auszuweisen.

Für die Preisermittlung des im Bewertungsbeispiel genannten firmeneigenen Turmdrehkrans werden Auftragnehmer - wie allgemein bei Eigengeräten üblich - ein Baugeräte-Kostenblatt detailliert ausfüllen. Hierbei können bereits unternehmerische Entscheidungen einfließen und zu Zeiten eines starken Wettbewerbs niedrige oder zu Zeiten eines weniger starken Wettbewerbs eher auskömmliche Sätze für Abschreibung und Verzinsung berücksichtigt werden.

Ein typisches Baugeräte-Kostenblatt ist der nachfolgenden Abbildung zu entnehmen. Die Kosten für den Einsatz des Krans können dort mit 151,97 € pro Betriebsstunde entnommen werden, was einem Verrechnungssatz von rund 6.080,00 € pro Woche entspricht.

3.2 Tatsächlicher Bauablauf

Als Änderung des geplanten Ablaufs wird im Bewertungsbeispiel davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer entgegen seiner ursprünglichen Planung zwei kleinere Krane anstelle von einem großen Kran einsetzt. Hierbei handele es sich um ein Eigen- und ein Fremdgerät. Es ist anzumerken, dass der Auftragnehmer aufgrund der durch den Vertrag gewährten Dispositionsfreiheit dazu berechtigt ist, auch noch nachträglich Änderungen der Nebenleistungen vorzunehmen.

Da der Auftragnehmer bedingt durch seine Umdisposition keinen wirtschaftlichen Schaden erleiden will, wird er im Vorfeld der Änderung einen Verfahrensvergleich anstellen und sowohl Leistungen als auch die damit verbundenen Kosten gegenüber stellen. Für das Bewertungsbeispiel wird daher angenommen, dass gemäß dem Verfahrensvergleich die Kosten für die zwei kleinen Krane vergleichbar hoch liegen, wie für den einen großen Kran. Zur Gewährleistung der Preisgleichheit darf allerdings einer der beiden Krane erst 2,5 Wochen später als ursprünglich geplant auf der Baustelle eingerichtet werden, was angesichts von noch laufenden Erdbauarbeiten bauablauftechnisch auch keine Probleme darstelle. Bei ungestörtem Bauablauf ist somit davon auszugehen, dass Baustellentransporte zum gleichen Preis aber in einer höheren Qualität erbracht werden können.

Verfahrens-/Kostenvergleich		
<u>Kosten TDK (eigen, groß):</u>		
Vgl. Abbildung 3:		6.080,00 €/Woche
Transportkosten, Auf-/Abbau (pauschal):		9.600,00 €
Gesamtkosten Kraneinsatz für Bauvorhaben:	16 x 6.080,00 + 9.600 =	106.880,00 €
Alternativ:		
<u>Kosten TDK (eigen, klein):</u>		
gemäß Gerätekostenblatt für TDK („nicht dargestellt“)		3.200,00 €/Woche
Transportkosten, Auf-/Abbau (pauschal):		7.000,00 €
<u>Kosten TDK (fremd, klein):</u>		
gemäß Angaben Baugeräteverleiher:		3.100,00 €/Woche
Transportkosten, Auf-/Abbau (pauschal):		7.000,00 €
Gesamtkosten alternativer Kraneinsatz:	13,5 x 3.200 + 7.000 + 16 x 3.100 + 7.000	106.800,00 €
⇒ Der Einsatz der zwei kleinen Krane anstelle des einen großen Krans ist wirtschaftlich sinnvoll möglich.		

Abbildung 4: Verfahrensvergleich für den geplanten und den tatsächlichen Einsatz der Turmdrehkrane

4 Problemfelder beim Nachweis der „angemessenen Entschädigung“

Für den Nachweis der „angemessenen Entschädigung“ der Höhe nach sind insbesondere die vier Bestandteile „Dauer des Verzugs“, „vereinbarte Vergütung“, „ersparte Aufwendungen“ und „anderweitiger Erwerb“ festzustellen und darzulegen.¹⁴ Nachfolgend werden anhand des in Kapitel 3 vorgestellten Bewertungsbeispiels die in baubetrieblicher Hinsicht bestehenden Problemfelder bei der Nachweisführung vorgestellt und diskutiert.

Die Ermittlung der „angemessenen Entschädigung“ i. S. v. § 642 BGB muss sich aus den summierten Produkten zeitabhängiger Faktoren (terminliche Folgewirkungen der Dauer eines Verzugs) und den jeweiligen Preisen für die von einer unterlassenen Mitwirkungshandlung betroffenen und in der Preisermittlung berücksichtigten Kapazitäten ergeben. Die grundsätzliche Schwierigkeit bei diesem Berechnungsansatz besteht darin, die jeweiligen Zeitfaktoren konkret aus dem tatsächlichen Geschehen her- und die jeweiligen Kostenfaktoren plausibel aus dem Vertrag abzuleiten. Probleme bereitet dabei auch die Frage, wie detailliert der Nachweis geführt werden muss: Ist der Nachweis bis auf den einzelnen Mitarbeiter herunter zu brechen oder dürfen Einzelleistungen zusammengefasst werden? An welchen Stellen darf der Nachweis auch auf Basis geeigneter Schätzungen i. S. v. § 287 ZPO erfolgen?

4.1 Ermittlung der „Dauer des Verzugs“

Ziel der Ermittlung der Dauer eines Verzugs muss es sein, die terminlichen Konsequenzen für alle Mehrkosten verursachenden Leistungen und dabei eingesetzten Kapazitäten darzulegen. Hierbei unklar ist zunächst, in wie weit hierbei auf tatsächliche Geschehnisse, kalkulatorische Grundlagen oder Schätzungen zurückgegriffen werden darf bzw. muss.

Aus baubetrieblicher Sicht muss die Ermittlung der Dauer des Verzugs **konkret** auf Grundlage der tatsächlichen Geschehnisse auf der Baustelle erfolgen. Die Entschädigungsberechnung hat zwar, wie bereits in Kapitel 2.2 erläutert, grundsätzlich Vergütungscharakter. Eine kalkulatorische Bewertung von Folgewirkungen der Dauer eines Verzugs in Analogie zur Bewertung von geänderten oder zusätzlichen Leistungen auf Basis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags, d. h. mit den darin enthaltenen Aufwands- und Leistungswerten, muss jedoch ausscheiden. Ansonsten würden Leistungen entschädigt werden, die so gar nicht entstanden sind. Denkbar ist eine derartige Konstellation insbesondere dann, wenn im Rahmen der Bewertung der Verzögerung einer Leistungsposition zusätzliche Gerätevorhaltdauern auf Basis von kalkulatorischen Ansätzen unabhängig vom tatsächlichen Einsatz ermittelt würden.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass eine alleinige Gegenüberstellung von geplanten und tatsächlichen Dauern nicht den Anforderungen einer korrekten Ermittlung der „Dauer des Verzugs“ entspricht. Auf diese Weise würden nämlich Kalkulationsirrtümer

¹⁴ Vgl. Kapitel 2.2 auf Seite 58

des Auftragnehmers ausgeglichen werden. In dem in Kapitel 3 vorgestellten Bewertungsbeispiel wäre es denkbar, dass der Auftragnehmer irrtümlich die Vorhaltung seines Krans nicht bis zum Ende des technischen Ausbaus, sondern nur bis zum Ende der Rohbauarbeiten kalkuliert hätte. Die kalkulierte Vorhaltungsdauer würde entsprechend lediglich 14 anstatt 16 Wochen betragen. Es darf nicht sein, dass ein derartiger Kalkulationsirrtum bei einer Gegenüberstellung von SOLL- und IST-Dauern eliminiert wird und der Zeitraum von 2 Wochen über die Entschädigungsberechnung nachträglich erstattet wird.

In diesem Sinne wird in einem Urteil des OLG Hamm vom 12.02.2004 (Az. 17 U 56/00) darauf hingewiesen, dass sowohl zur Darstellung eines Verzögerungsschadens nach § 6 Nr. 6 VOB/B und als auch einer Entschädigung nach § 642 BGB die Darlegung der Verzögerung allein nicht genügt, sondern vielmehr die Vorlage einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung der Behinderungen und der Schadensauswirkungen auf den bauausführenden Betrieb unumgänglich sei.¹⁵ Vom OLG wird betont, dass *„eine Behinderung keineswegs zwingend zu einer Verzögerung des Gesamtbauablaufs [...] führen muss. [...] Der Kausalzusammenhang zwischen Mehrkosten und Behinderung [kann daher] nicht einfach geschätzt werden, sondern muss konkret dargelegt und bewiesen werden“*. Die Anforderungen des Schadensnachweises und die Anforderungen der Entschädigungsberechnung werden somit im Hinblick auf den anspruchsbegründenden terminlichen Aspekt gleichgesetzt. Die zur Schadensberechnung gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung definierten Anforderungen sind somit auf die Entschädigungsberechnung gemäß § 642 BGB zu übertragen.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit von Schätzungen wird im Urteil des BGH vom 24.02.2005 (Az. VII ZR 141/03) zwischen der so genannten „haftungsbegründenden Kausalität“ und der „haftungsausfüllenden Kausalität“ bzw. zwischen „Behinderung“ und „Schaden“ unterschieden. Der Nachweis einer Behinderung muss konkret nach den Grundsätzen des § 286 ZPO erfolgen. Darlegungserleichterungen werden hier nicht gewährt. Dagegen unterliegen weitere Folgen der konkreten Behinderung der Beurteilung nach § 287 ZPO, d. h. sie sind einer Schätzung zugänglich, soweit sie nicht mehr zum Haftungsgrund gehören, sondern dem durch die Behinderung erlittenen Schaden und damit dem Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität zuzuordnen sind.

Zum Nachweis der Behinderung wird im Urteil des BGH vom 24.02.2005 angeführt, dass

- die **Behinderungsursache**,
- deren **Dauer** sowie
- der **Umfang**

konkret darzulegen sind.

¹⁵ In seinem Urteil bezieht sich das OLG dabei auf die Entscheidung des BGH zum Schadensnachweis gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B vom 21.03.2002 (VII ZR 224/00)

Hinsichtlich des erforderlichen Nachweises des entstandenen Schadens weist der BGH im genannten Urteil auf eine Entscheidung vom 20.02.1986 (Az. VII ZR 286/84) hin. Dort heißt es zur Darlegungslast des Geschädigten, dass eine Schadensberechnung nicht als ungeeignet anzusehen ist, *„wenn der Haftungsgrund (hier: die von der Beklagten zu vertretenden Verzögerungen bei der Planversorgung der Baustelle) unstreitig oder bewiesen [sind], ein Schadenseintritt zumindest wahrscheinlich ist und greifbare Anhaltspunkte für eine richterliche Schadensschätzung vorhanden sind“*.

Zur Abgrenzung der Bereiche der Entschädigungsberechnung, die konkret dargelegt werden müssen von denjenigen, die einer Schätzung zugänglich sind, wäre man als Ingenieur geneigt, den obigen Begrifflichkeiten „Behinderung“ und „Schaden“ das Begriffspaar „Leistung bzw. Kapazität“ und „Mehrkosten“ gegenüber zu stellen. Entsprechend müssten sämtliche Leistungen und Einsatzzeiten von Kapazitäten konkret dargelegt werden und nur die Kosten dürfen geschätzt werden. Diese Differenzierung ist jedoch inhaltlich so nicht zutreffend, da der BGH auch im Hinblick auf die Bewertung der terminlichen Folgen einer Behinderung für Leistungen bzw. Kapazitäten (**Störungsdauer**) Darlegungserleichterungen für gegeben ansieht.

Aus baubetrieblicher Sicht werden durch die Entscheidungen des BGH vom 24.02.2005 zwar verschiedene Konkretisierungen für den Nachweis der Höhe vorgegeben. Wie ROQUETTE/LAUMANN in ihrem gleichnamigen Artikel darauf hinweisen, besteht jedoch auch weiterhin *„dichter Nebel bei Bauzeitclaims“*.¹⁶ Insbesondere wird in der juristischen Literatur nur vage festgelegt, mit welcher Detaillierung eine Behinderung konkret nachgewiesen werden muss. Es bleibt offen, ob die Darlegung der Folge einer Behinderung für Bauleistungen, die im Terminplan mit einer bestimmten Detailliertheit enthalten sind, genügt, oder ob die Folgen für alle von einer Behinderung betroffenen Personal- und Gerätekapazitäten differenziert belegt werden müssen.

Nach baubetrieblicher Meinung der Verfasser sind hohe Anforderungen an den Nachweis der Behinderung zu stellen, so dass dieser auf einzelne Teilleistungen bzw. Kapazitäten herunter zu brechen ist. Im Bewertungsbeispiel kann es nicht ausreichend sein, lediglich die Auswirkungen auf die insgesamt beauftragten Bauarbeiten zu betrachten und auf dieser Basis die Entschädigung festzulegen. Es muss vielmehr ein direkter Zusammenhang zwischen der Behinderung der Rohbauarbeiten und dem Einsatz der beiden Krane 1 und 2 konkret nachgewiesen werden. Hierbei ist zu verdeutlichen, dass die Ursache der Behinderung in einer vom Auftraggeber unterlassenen Mitwirkungshandlung lag, die Behinderungsdauer von Beginn der 16 Kalenderwoche bis zum Ende der 21 Kalenderwoche insgesamt **6 Wochen** betrug und sich die Behinderung auf die Vorhaltung der Krane auswirkte.

Die konkrete Nachweisführung beschränkt sich nach Ansicht der Verfasser auf die Frage, welche Leistungen bzw. Kapazitäten von einer Behinderung überhaupt betroffen sind. Die Formulierung im Urteil des BGH vom 24.02.2005 (Az. VII ZR 141/03), dass auch der *„Umfang der Behinderung“* konkret darzulegen sei, ist diesbezüglich irreführend. Mit Umfang ist hier nicht gemeint, dass auch das Ausmaß bzw. die Folgen der Behinderung in Form tatsächlicher Verlängerungszeiträume konkret nachgewiesen werden müssen. Die

¹⁶ Vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1829 ff.

Folgen der Behinderung für die jeweiligen Leistungen bzw. Kapazitäten dürfen nämlich geschätzt werden, soweit „greifbare Anhaltspunkte“ für eine Schätzung vorliegen.¹⁷ Mit „Umfang der Behinderung“ ist vom BGH vielmehr gemeint, welche Leistungen von der Behinderung betroffen sind. Im Bewertungsbeispiel ist somit der Zusammenhang einer Behinderung mit dem Einsatz der Krane konkret darzulegen, die resultierenden geänderten Einsatzzeiten der Krane können jedoch in geeigneter Weise geschätzt werden.

Die Schätzung aufgrund greifbarer Anhaltspunkte ist abzugrenzen von der Schätzung, die „völlig in der Luft hängen würde“.¹⁸ Im vorliegenden Bewertungsbeispiel bedeutet dies, dass beispielsweise auf Basis von Gerätemietlisten o. ä. konkret nachzuweisen wäre, dass sich die Kraneinsatzzeiten geändert haben. Abgeschätzt werden darf, ob die Änderung der Einsatzzeiten allein durch die vorgetragene Behinderung oder durch sonstige Umstände verursacht wurde. Bei dieser SOLL-IST-Betrachtung sind dann - wie oben bereits erwähnt - im Rahmen der Schätzung Kalkulationsirrtümer und sonstige Änderungen der Vorhaltezeiten aufgrund anderer Einflüsse zu eliminieren. In dem in Kapitel 3 vorgestellten Bewertungsbeispiel sind in diesem Zusammenhang insbesondere die um 2,5 Wochen spätere Einrichtung von Kran 1 zu nennen, die sich allein aus der nachträglichen Umdisposition des Auftragnehmers ergeben hat. Der Auftragnehmer hat sich hier durch einen geschickten Geräteeinsatz ein Einsparungspotential geschaffen, das nicht im Rahmen der Entschädigungsberechnung aufgezehrt werden darf.

Aufbauend auf dem konkreten Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen der Behinderung und den betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten sind für die Ermittlung der Folgewirkungen der Dauer des Verzugs im Bewertungsbeispiel folgende, tatsächlich angefallenen Zeiträume zu betrachten:

- | | |
|--|--------------------|
| - Unterbrechung der Bauausführung | 5 Wochen |
| - zusätzliche Vorhaltdauer Kran 1 | 5 Wochen |
| - Änderung der Vorhaltdauer Kran 2 auf der Baustelle | ./ 2 Wochen |
| - Anderweitige Einsatzdauer Kran 2 | 7 Wochen |

Als maßgebenden Multiplikator für die Ermittlung der angemessenen Entschädigung ist im Bewertungsbeispiel nicht die Dauer des Verzugs mit einer Dauer von 6 Wochen, sondern die tatsächlich aufgetretene und auf Grundlage einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung ermittelte Unterbrechung von lediglich **5 Wochen** anzusetzen.

Bezüglich der Folgewirkungen der Dauer des Verzugs auf Kran 1 ist festzustellen, dass hier ebenfalls **5 Wochen** Verlängerungsdauer als maßgeblicher Multiplikator zu berücksichtigen sind. Diese Dauer, kann im Bewertungsbeispiel allerdings nicht als Differenz zwischen geplanter und tatsächlicher Dauer bestimmt werden, da der Kran 1 in dieser Form nicht kalkuliert wurde. Ersatzweise muss daher nach Ansicht der Verfasser beispielsweise auf Bautages

¹⁷ Zu „greifbaren Anhaltspunkten“ für eine richterliche Schätzung vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1839 f.

¹⁸ Vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1839 f.

berichte o. ä. zurückgegriffen, die den unproduktiven Einsatz des Kran 1 belegen. Auf Basis dieser „greifbaren Anhaltspunkte“ kann dann eine geeignete Schätzung erfolgen, bei der zu bewerten ist, ob die Einsatzzeiten der Krane 1 und 2 jeweils ebenso lang sein mussten wie die Einsatzzeit des ursprünglich kalkulierten großen Krans. Entsprechend sind ggf. Abschläge vorzunehmen.

Die Ermittlung der maßgeblichen Folgewirkungen der Dauer des Verzugs für Kran 2 ist schwieriger zu bewerten als von Kran 1. Eine Bestimmung der Folgewirkungen durch Differenzbildung zwischen geplanter und tatsächlicher Dauer scheidet hier ebenfalls aus. Anhand konkreter Aufzeichnungen ist daher nachzuweisen, dass Kran 2 bis zur 16. Kalenderwoche auf der Baustelle vorgehalten wurde und nur infolge der eingetretenen Behinderung im Zeitraum zwischen der 17. und 23. Kalenderwoche auf eine andere Baustelle abgezogen wurde. Somit ergeben sich für dieses Gerät als Folgewirkung der Dauer des Verzugs nicht wie oben 5 Wochen, sondern es ist hier sogar eine anderweitige Einsatzdauer von **7 Wochen** Entschädigung mindernd zu berücksichtigen ist, d. h., der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber auch den **2 Wochen** späteren Rücktransport zugestehen. Bei kontinuierlichem Einsatz auf der Baustelle hätten sich die 2 Wochen in Form einer verminderten Auslastung oder sogar in Form einer unproduktiven Vorhaltung dargestellt. Dieser Zeitraum fällt nun nicht mehr an, und das Gerät wird durch einen Ersatzauftrag finanziert.

Zum ursprünglich kalkulierten eigenen großen Kran ist anzumerken, dass für diesen die Folgewirkungen der Dauer des Verzugs allenfalls fiktiv geschätzt werden könnten. Der Schätzung würde es jedoch an den oben erläuterten „*greifbaren Anhaltspunkten*“ fehlen. Darüber hinaus wäre keine Aussage dazu möglich, wie sich die Behinderung auf den Einsatz des Krans im Einzelnen auswirkte, ob Kosten erspart werden könnten und ob ein anderweitiger Einsatz für diesen Kran überhaupt und wenn ja in welchem Umfang möglich gewesen wäre. Die Schätzung würde somit „*völlig in der Luft hängen*“. An diesem Sachverhalt wird deutlich, dass die Folgewirkungen der Dauer eines Verzugs nur aufgrund konkreter Zusammenhänge des tatsächlichen Planungs- und Baugeschehens sinnvoll dargelegt werden können.

Zusammenfassend ist nochmals herauszustellen, dass bei der Ermittlung der **Folgewirkungen der Dauer eines Verzugs** sowohl die kausalen Zusammenhänge zwischen einer Behinderung und Mehrkosten verursachenden Leistungen bzw. Kapazitäten konkret nachgewiesen werden müssen und die zeitvariable Größe für die Ermittlung der Entschädigung gemäß § 642 BGB festzustellen bzw. zu schätzen ist. Hierbei sind folgende Anforderungen zu erfüllen:

- Der Nachweis der Folgewirkungen der Dauer des Verzugs muss **konkret** auf Grundlage einer detaillierten planungs- und bauablaufbezogenen Darstellung der Behinderungen und deren Auswirkungen erfolgen.
- Der konkrete Nachweis beschränkt sich allerdings auf die Darlegung des **kausalen Zusammenhangs** zwischen einer Behinderung und den betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten. Hierfür sind Behinderungsursache, Behinderungsdauer und Behinderungs-

umfang („Welche Leistungen sind von der Behinderung betroffen?“) im Einzelnen zu beweisen.

- Die **Folgen einer Behinderung**, d. h. hier die **Störungsdauer**, sind grundsätzlich einer Schätzung zugänglich. Dies betrifft insbesondere die terminlichen Auswirkungen der Behinderungen auf den Planungs- und Bauablauf bzw. die tatsächlichen Vorhalte- und Einsatzzeiten der eingesetzten Kapazitäten.
- Voraussetzung für die Abgabe von Schätzungen ist, dass die resultierenden Konsequenzen auf Grundlage „**greifbarer Anhaltspunkte**“ aufgestellt werden können. Es ist somit konkret nachzuweisen, dass sich terminliche Auswirkungen auf einzelne Leistungen bzw. Kapazitäten ergeben haben und somit der Zusammenhang zwischen einer Behinderung und entstandenen Mehrleistungen zumindest wahrscheinlich ist. „*Völlig in der Luft hängende Schätzungen*“ ohne Bezug zum tatsächlichen Geschehen sind unzulässig.¹⁹

4.2 Berechnung der „vereinbarten Vergütung“ und der „ersparten Aufwendungen“

Die Mehrkostenerstattungsansprüche für die bei einem Bauvorhaben gestörten Leistungen sind im Anschluss an die Ermittlung der Dauer des Verzugs zu bestimmen. Nachfolgend werden hierfür zunächst die vereinbarte Vergütung und die ersparten Aufwendungen gemeinsam betrachtet, da diese beiden Entschädigungsbestandteile sich ausschließlich auf Leistungen unmittelbar auf der gestörten Baustelle beziehen und hinsichtlich ihrer Ermittlung der Höhe nach nahezu identisch sind. Darüber hinaus stehen die vereinbarte Vergütung und die ersparten Aufwendungen in direktem sachlichen Zusammenhang, so dass die vereinbarte Vergütung zugleich die Obergrenze für die ersparten Aufwendungen definiert.

Grundlage für die Ermittlung der vereinbarten Vergütung als Bestandteil der Entschädigungsberechnung ist die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags. Die Preisermittlungsgrundlage ist üblicherweise dokumentiert durch den Ausdruck eines Kalkulationsprogramms, in dem sich die Preise für die vereinbarten Leistungen wieder finden. Bei öffentlichen Auftraggebern werden Informationen zur Kalkulation der Preise mittels der oben beschriebenen Einheitsformblätter EFB-Preis abgefragt. Entscheidend für die Feststellung der „haftungsausfüllenden Kausalität“ sind allerdings nicht die einzelnen kalkulierten Kosten, sondern das durch die Preisermittlungsgrundlage vertraglich vereinbarte Preisniveau.²⁰

¹⁹ Anmerkung: Im Hinblick auf Produktivitätsminderung - die im Beispiel vernachlässigt wurden - ist darauf hinzuweisen, dass ein zusätzlicher Stundenverbrauch konkret beispielsweise durch Aufzeichnungen der Betriebsbuchhaltung nachzuweisen ist. Erst der konkrete Nachweis von Mehrstunden bietet „greifbare Anhaltspunkte“, die eine Schätzung ermöglichen. Eine in der Praxis häufig anzutreffende isolierte Schätzung von Produktivitätsminderungen auf Basis von Tabellenwerken (z. B. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 354) muss als „*völlig in der Luft hängende*“ und damit unzulässige Schätzung angesehen werden.

²⁰ Vgl. Kapitel 2.2.2

Nebenleistungen, wie die im vorgestellten Beispiel eingeplanten Krankkapazitäten, werden häufig in den Gemeinkosten und somit als Umlage auf die Leistungspositionen verrechnet. Da sich die Gemeinkosten in den Kalkulationsunterlagen allerdings meist nur als kumulierter Wert wieder finden, sind Angaben zur Ermittlung des heranzuziehenden Preises den hinterlegten Dokumenten nicht unmittelbar zu entnehmen. Eine differenzierte Kalkulation dieser den Nebenleistungen zugeordneten Geräte wird meist im Rahmen der Preisermittlung durchgeführt (Ausfüllen eines Baugeräte-Kostenblatts), in die ggf. auch bereits unternehmerische Entscheidungen eingeflossen sind. Zur Bestimmung der vereinbarten Vergütung und somit des vereinbarten Preisniveaus ist es notwendig, dass diese Kalkulation des Geräts Bestandteil der hinterlegten Dokumente wird.

Im vorliegenden Beispiel wurde ursprünglich ein großer Kran in der Kapazitätsplanung vorgesehen. Der Auftragnehmer hat nach Auftragsvergabe die Ausführung dieser Nebenleistung abgeändert und zwei kleinere statt eines großen Krans eingesetzt, wobei ihm nach einem internen Wirtschaftlichkeitsvergleich weder Mehr- noch Minderkosten entstehen. Der Auftragnehmer ist hierzu durchaus berechtigt, er darf nachträglich Änderungen an der Ausführung von Nebenleistungen vornehmen.

Somit besteht ein Unterschied zwischen der Kalkulation und dem tatsächlichen Bauablauf. Liegen für die eingeplanten Krankkapazitäten überhaupt Kostenansätze vor, dann werden sich diese lediglich auf die Variante mit einem großen Kran beziehen, die jedoch nicht auf die tatsächlich vorliegende Situation mit zwei kleinen Kranen übertragbar ist.

Zu beachten bleibt jedoch, dass die Preisermittlung durch den Auftragnehmer innerhalb der durch den Auftraggeber vorgegebenen Randbedingungen frei erfolgen kann. Insofern stehen zur Bewertung meist nur die zu erbringenden Leistungen, die eingeplanten Kapazitäten und die Angebotspreise zur Verfügung, der eigentliche Vorgang der Preisermittlung bleibt weitgehend undokumentiert. Zudem werden regelmäßig Ergebnisse aus Vertragsverhandlungen nicht hinreichend in die Preisermittlungsgrundlagen eingearbeitet. Die Fortschreibung der Angebotskalkulation um diese Veränderungen ist Voraussetzung zur eindeutigen Definition der SOLL-Vertragsleistung.

Bei der Bewertung der Preisermittlungsgrundlage bzw. des vereinbarten Preisniveaus im Rahmen der Entschädigungsberechnung müssen darüber hinaus die vom Auftragnehmer festgelegten Kosteneigenschaften für die Gemeinkosten ermittelt und bewertet werden. Üblicherweise werden Gemeinkosten umsatz- oder zeitabhängig kalkuliert.

Im Fall einer Bauzeitverlängerung werden üblicherweise nur die zeitabhängigen Bestandteile der Gemeinkosten herangezogen und daraus die resultierenden Mehrkosten bestimmt. Es ist jedoch festzustellen, dass als umsatzabhängig in einer Kalkulation ausgewiesene Gemeinkosten meist auch zeitabhängige Kostenbestandteile enthalten. Für das Bewertungsbeispiel wäre es theoretisch möglich, dass die Kosten des ursprünglich geplanten Krans in einem Gemeinkostenformblatt sowohl mit den zeitunabhängigen Kosten des Transports, Auf- und Abbaus in Höhe von 9.600,00 € als auch mit den zeitabhängigen Kosten der Vorhaltung in Höhe von 6.080,00 € ausgewiesen sind. Denkbar wäre allerdings auch, dass ein Auftragnehmer die Kosten z. B. über vorbestimmte Zuschläge in Prozent vom Umsatz bzw. der

Summe der Einzelkosten der Teilleistungen kalkuliert und in entsprechender Form ausweist. Es stellt sich somit die Frage, ob sich der Auftragnehmer die im Rahmen der Kalkulation veranschlagte Art der Kosteneigenschaft vorhalten lassen muss oder ob er im Rahmen der Entschädigungsberechnung abweichende, der Realität entsprechende Kosteneigenschaften neu definiert darf. Inwieweit dies ohne vertraglich vereinbarte, erweiterte Informationen zur Preisbildung noch der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags entspricht, bedarf nach Ansicht der Verfasser noch vertiefter rechtlicher Diskussion.²¹

Gerade die Gemeinkosten, also Baustellengemeinkosten (BGK) und Allgemeine Geschäftskosten (AGK), weisen einige besondere Schwierigkeiten auf, wenn in ihnen enthaltene Teilleistungen zu bewerten sind. Da BGK und AGK im Rahmen der Vertragskalkulation oftmals nur als pauschale Größe ohne weitere Aufgliederung ausgewiesen werden, gelingt die Ermittlung der vereinbarten Vergütung nur, wenn mit der Preisermittlungsgrundlage zum Hauptvertrag weitere Informationen zum detaillierten zeitlichen Ablauf des Projekts, zum Kostenverlauf und zu den eingeplanten Kapazitäten nachgewiesen werden. Da vertragliche Festlegungen hierzu noch weitgehend unüblich sind, bestehen große Probleme darin, die Vergütung der für den Störungszeitraum tatsächlich vereinbarten Leistung zu bestimmen.²²

In den EFB-Formblättern für die Angebotsabgabe bei öffentlichen Bauaufträgen ist die Angabe eines prozentualen oder absoluten Zuschlagswertes für die AGK allerdings sogar explizit gefordert (je nach Formblatt wird eine Angabe in Euro oder in Prozent gefordert). Unabhängig davon, in welcher Art und Weise die Kalkulation durch den Bieter durchgeführt wurde, muss letztlich der geforderte Prozentwert oder Betrag für AGK errechnet werden. Detailliertere Angaben sind nicht vorgesehen, so dass die tatsächliche Preisermittlungsgrundlage vom Auftragnehmer aus formalen Gründen nicht abgebildet werden kann.

Sofern bei der nachträglichen Darlegung der Preisermittlungsgrundlage durch den Auftragnehmer zur Aufschlüsselung der BGK und AGK Kosteninformationen aus der Betriebsbuchhaltung herangezogen werden, ist zu berücksichtigen, dass für den gestörten Auftrag im Rahmen der Preisermittlung möglicherweise aus wettbewerblichen Erwägungen Zu- oder Abschläge bei der Umlage von BGK und AGK gemacht wurden. Davon abgesehen ist gerade die Kostenstelle AGK in der Betriebsbuchhaltung regelmäßig nicht in der für einen prüffähigen Nachweis der von einer Baustelle verursachten Kosten aufbereitet, d. h. die einzelnen Kosten liegen nicht gegliedert und hinsichtlich ihres zeitlichen Verlaufs für einzelne Projekte vor.

In die Entschädigungsberechnung muss außerdem die Berechnung zusätzlich entstehender Kosten infolge störungsbedingter Mehrleistungen einfließen. Auf der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags muss demnach die Kalkulation fortgeschrieben werden.²³ Diese Fortschreibung der Kalkulation muss auch für die BGK und AGK erfolgen, um die Mehrkosten infolge einer Störung im Einzelnen bestimmen zu können. Durch die Berücksichtigung von zusätzlich entstehenden Kosten ist es möglich, dass die im Rahmen der

²¹ Siehe hierzu auch Usselman (2004), S. 1217 ff.

²² Vgl. Kumlehn (2004), S. 30

²³ Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), Rdn. 323

Entschädigungsberechnung für eine gestörte Leistung ermittelte vereinbarte Vergütung dem Betrag nach höher sein kann als die ursprünglich für den Hauptvertrag vereinbarte Vergütung.

In zutreffender Höhe müssen bei der Entschädigungsberechnung auch ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb berücksichtigt werden und zwar ebenfalls unter Berücksichtigung der zeitlichen Komponente. Die Berechnung muss es dem Auftraggeber ermöglichen zu prüfen, ob diese Abzüge richtig ermittelt wurden. Grundsätzlich obliegt damit allerdings dem Auftraggeber die Nachweispflicht, dass die Abzüge nicht in der richtigen Höhe angesetzt wurden (BGH-Urteil vom 24.06.1999, Az. VII ZR 342/98).

Bei vereinfachter Betrachtung des Beispiels lässt sich die vereinbarte Vergütung direkt aus der Preisermittlungsgrundlage herleiten. Als Vergütung für den Kraneinsatz waren **6.080,00 €/Woche** vereinbart. In der Praxis wird häufig dieser pro Zeiteinheit vereinbarte Verrechnungssatz mit dem Störungszeitraum der Arbeiten multipliziert, um hierdurch die anhand der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung zu ermittelnde Entschädigung zu bestimmen.²⁴ Dies bedeutet, dass die Entschädigung im Bewertungsbeispiel anhand eines fiktiven Bauablaufs berechnet würde. Die offensichtliche Nähe zum gerichtlich nicht anerkannten Äquivalenzkostenverfahren bei der Schadenersatzberechnung zeigt, dass dieser Berechnungsweg nicht zielführend ist.

Schwierigkeiten ergeben sich bei diesem vereinfachten Nachweis auch hinsichtlich der Bewertung möglicherweise ersparter Aufwendungen oder anderweitigen Erwerbs. Hierfür sind keine Verrechnungssätze als Bestandteil der Preisermittlungsgrundlage vorhanden. Aus den Angaben zu einem großen Kran lassen sich keine Kostenbestandteile oder Verrechnungssätze für ersparte Aufwendungen oder anderweitigen Erwerb kleiner Krane ableiten. Insofern ist hierfür eine nachträgliche Kalkulation der tatsächlichen Ausführung mit zwei kleinen Kranen notwendig, die durch Anpassung der Kostenansätze zusammen zum vereinbarten Preis von 6.080,00 €/Woche führen.

Dieser vereinfachte Ansatz zur Berechnung der angemessenen Entschädigung ist jedoch inkonsequent, da zum einen die vereinbarte Vergütung für eine kalkulierte, aber so nicht auf der Baustelle umgesetzte Leistung (zwei statt ein Kran) herangezogen wird. Zum anderen muss zur korrekten Bewertung ersparter Aufwendungen oder anderweitigen Erwerbs nachträglich eine Kalkulation der tatsächlichen Ausführung erstellt werden.

Durchgängig schlüssig ist die Bewertung einer angemessenen Entschädigung daher, wenn zunächst für die tatsächlich auf der Baustelle eingesetzten Kapazitäten nachträglich eine Kalkulation der tatsächlich verwendeten Kapazitäten erstellt wird, die zur vereinbarten Vergütung führt. Hinsichtlich der Kosten des tatsächlichen Geräteinsatzes muss auf das Vertragspreisniveau abgestellt werden. Die Kosten des alternativen Geräteinsatz sind somit ebenso zu bewerten wie eine zusätzliche Leistung im Sinne von § 2 Nr. 6 VOB/B. Soweit preisliche Unterschiede zwischen dem ursprünglich kalkulierten Kostensatz und dem Kostensatz der tatsächlich eingesetzten Geräte bestehen, müssen Preisniveaufaktoren gebildet werden und eine entsprechende Ab- oder Aufwertung erfolgen. Im vorliegenden

²⁴ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 707

Bewertungsbeispiel kann eine Anpassung der Kostensätze entfallen, da die unterschiedlichen Geräteeinsätze zu nahezu identischen Kosten führen. Diese Kalkulation ist entweder durch den Auftragnehmer zu liefern (also beispielsweise durch Offenlegung der internen Kalkulation, siehe Auszug in Abbildung 4) oder durch Dritte anhand von Tabellenwerken bzw. allgemeinen Ermittlungssystemen zu erstellen, deren Werte allerdings auf das Preisniveau des Vertrags anzupassen sind. Auf diese Weise erhält man auf der Basis der vereinbarten Vergütung eine Preisermittlungsgrundlage für die tatsächlich eingesetzten Kapazitäten.

Die vereinbarte Vergütung errechnet sich im konkreten Beispiel somit für Kran 1 zu **3.200,00 €/Woche** für den effektiven Störungszeitraum von 5 Wochen. Ersparte Aufwendungen können lediglich bei den Reparatur- sowie Betriebs- und Bedienungskosten angesetzt werden, falls der Kran - wie angenommen - tatsächlich während der Störungsdauer keine Leistungen ausführen konnte. Zur Berechnung der ersparten Aufwendungen, die nach Ansicht der Verfasser hier auf Grundlage der vom Auftragnehmer vorzutragenden Preisermittlungsgrundlage zu schätzen sind, kann auf die von KAPPELLMANN/SCHIFFERS beschriebene Berechnungsmethodik zur Bewertung von Gerätekosten im Rahmen der Schadensberechnung zurückgegriffen werden.²⁵ Demnach sind 80 % der angesetzten Reparaturkosten als ersparte Aufwendungen während der Stillstandszeit anzusetzen. Ohne weiteren Nachweis,²⁶ wird an dieser Stelle angenommen, dass dieser Wert 80 % des Reparaturkostenanteils von 1.000,00 €/Woche beträgt und somit **800,00 €/Woche** erspart werden können.

Für Kran 2 ist als vereinbarte Vergütung zunächst **3.100,00 €/Woche** anzusetzen. Da Kran 2 anderweitig eingesetzt werden konnte, muss sein Einsatz auf der anderen Baustelle zu den Verrechnungssätzen der gestörten Baustelle von der vereinbarten Vergütung abgezogen werden. Außerdem muss berücksichtigt werden, dass Kran 2 erst 2 Woche nach Wiederaufnahme der Arbeiten auf die gestörte Baustelle zurückgebracht wurde. Für diese Zeit besteht somit kein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, da hier die Kosten durch die anderweitige Verwendung vollständig gedeckt werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit einer vereinfachten Berechnung der vereinbarten Vergütung für die Ausführung mit einem großen Kran ein sachgerechter und exakter Nachweis der vereinbarten Vergütung und der hiervon abzuziehenden Beträge für ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb nicht möglich ist. Nur die Erstellung einer nachträglichen Kalkulation (auf der Basis der vereinbarten Vergütung als Preisniveau) für die tatsächlich ausgeführte Leistung ermöglicht eine differenzierte Betrachtung und Verrechnung einzelner Kostenbestandteile. Außerdem ist nur durch eine solche Berechnung gewährleistet, dass Vor- oder Nachteile durch Vergabegewinne oder -verluste korrekt berücksichtigt werden. Auftragnehmer wie Auftraggeber sollten also gleichermaßen daran interessiert sein, dass - ähnlich wie bei der Bewertung zusätzlicher Leistungen - tatsächliche Leistungen auf kalkulatorischer Basis miteinander verglichen werden.

²⁵ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000), S. 659 ff.

²⁶ Dieser Nachweis müsste bei einer Entschädigungsberechnung erbracht und dem Auftraggeber vorgelegt werden.

4.3 Bestimmung des „anderweitigen Erwerbs“

Wie bereits in Kapitel 2.2.4 erläutert, ist beim Nachweis des anderweitigen Erwerbs insbesondere die Frage zu beantworten, in welchem Umfang bei anderen Aufträgen die Kosten der für ein gestörtes Projekt eingesetzten Personal- und Gerätekapazitäten gedeckt wurden.

Zur Prüffähigkeit des Nachweises anderweitigen Erwerbs ist festzustellen, dass Auftraggeber den anderweitigen Einsatz von Personal- und Gerätekapazitäten zumeist nur sehr eingeschränkt beurteilen können, da sie allenfalls deren Abzug von der gestörten Baumaßnahme feststellen, jedoch nicht die alternative Verwendung überprüfen können. Die Verrechnungssätze für die Personal- und Gerätekapazitäten bei der alternativen Verwendung sind dem Auftraggeber überhaupt nicht zugänglich, da diese Bestandteile anderer Vertragsverhältnisse sind. Auf das in diesem Zusammenhang bestehende Informationsdefizit des Auftraggebers hat der BGH in einem Urteil vom 11.02.1999 (Az. VII ZR 399/97) hingewiesen und zugleich als Voraussetzung für die Vorlage einer prüffähigen Berechnung definiert, dass damit der Auftraggeber in die Lage versetzt werden müsse, prüfen zu können, ob der Auftragnehmer die ersparten Kosten auf Grundlage der dem Hauptvertrag zugrunde liegenden Preisermittlung zutreffend berücksichtigt hat. Erfüllt der Auftragnehmer diese Nachweispflicht, ist es Sache des Auftraggebers darzulegen und zu beweisen, dass ein höherer anderweitiger Erwerb erzielt wurde, als sich der Auftragnehmer zurechnen lässt.²⁷

Zur Bewertung des anderweitigen Erwerbs sind die in Kapitel 4.1 ermittelten Folgewirkungen der Dauer des Verzugs für den Kran 2 von 7 Wochen anderweitiger Einsatzdauer monetär zu bewerten. Beim Nachweis anderweitigen Erwerbs der Höhe nach von in den Gemeinkosten kalkulierten Leistungen besteht das besondere Problem, dass die zugrunde liegenden Kapazitäten und ihre jeweiligen Kosten wegen fehlender Hinterlegung nicht hinreichend genau bestimmbar sind. Weder die in Abbildung 3 dargestellte detaillierte Kalkulation des ursprünglich geplanten Krans noch die in Abbildung 4 aufgezeigte Kostenkalkulation der tatsächlich eingesetzten Krane wird üblicherweise dem Auftraggeber vorgelegt. Der Kostensatz von 6.080,00 €/Woche für den eigenen großen Kran ist somit zunächst ebenso unbekannt wie die Kostensätze von 3.200,00 €/Woche bzw. 3.100,00 €/Woche für die beiden kleinen tatsächlich eingesetzten Kräne.

Als Extremfall ist sogar festzustellen, dass oftmals selbst der Auftragnehmer wegen der gewählten Form der Kostenumlage nicht die exakte Höhe der in einem Auftrag verrechneten Leistung kennt. Beispielhaft zu nennen ist ein für ein Gesamtunternehmen tätiger Mitarbeiter (z. B. Oberbauleiter oder Nachtragsmanager), der in den Allgemeinen Geschäftskosten in Prozent des geplanten Jahresumsatzes kalkuliert wurde und der von einer verspäteten oder unterlassenen Mitwirkungshandlung unmittelbar betroffen ist.

Ein weiteres Problem besteht in der nachträglichen Änderung des Bauverfahrens und die damit verbundene Änderung der ursprünglich kalkulierten Kapazitäten. Es stellt sich die Frage, wie der anderweitige Erwerb auf Grundlage der Preisermittlungsgrundlage des

²⁷ Vgl. BGH-Urteil vom 21.12.1995 (Az. VII ZR 198/94), BGH-Urteil vom 11.02.1999 (Az. VII ZR 399/97) und BGH-Urteil (Az. VII ZR 467/99)

Hauptvertrags bestimmt werden kann, wenn wie im Bewertungsbeispiel der Auftragnehmer einen besonders großen Kran für eine Baumaßnahme kalkuliert hat, später aber zwei kleinere Krane verwendet, von denen wiederum während einer Störung lediglich einer anderweitig eingesetzt werden kann.

Wird bei der Auslegung der Vorschriften des § 642 BGB die Auffassung vertreten, dass - wie oben bereits dargelegt - anderweitige Verwendungen auf Basis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu bestimmen ist, wäre somit im Bewertungsbeispiel eine anderweitige Verwendung des kalkulierten Krans nicht festzustellen. Der anderweitige Erwerb würde dementsprechend **0,00 €** betragen. Die Argumentationsweise entspricht letztlich demjenigen was bereits in Kapitel 4.1 zur Ermittlung der Dauer des Verzugs für den kalkulierten aber tatsächlich nicht auf der Baustelle eingesetzten Kran ausgeführt wurde. Diese Argumentationsweise kann jedoch nicht zutreffend sein. Es muss stattdessen der tatsächliche Geräteeinsatz bewertet werden.

Hinsichtlich der Kosten des tatsächlichen Geräteeinsatzes ist allerdings zu überprüfen, ob ein Abschlag auf die Kostendeckung durch den anderweitigen Einsatz erfolgen muss. Soweit bei anderen Aufträgen nur Teile der ursprünglich kalkulierten Kosten gedeckt werden, ergibt sich aus dem Saldo der für den Kran vereinbarten Vergütung und des anderweitigen Erwerbs eine Differenz, die vom Auftraggeber zu entschädigen ist. Werden bei anderen Aufträgen die auf der gestörten Baustelle ursprünglich kalkulierten Kosten in voller Höhe gedeckt oder sogar ein zusätzlicher Gewinn erwirtschaftet, beträgt die vom Auftraggeber zu zahlende Entschädigung gleich Null. Eine Verrechnung zusätzlicher (Vergabe-)Gewinne ist regelmäßig nicht geboten, da anderenfalls der Auftraggeber durch seine verspätete oder unterlassene Mitwirkungshandlung aus dem anderweitigen Einsatz von Kapazitäten bei anderen Aufträgen einen unberechtigten Vorteil erlangen würde. Im vorliegenden Bewertungsbeispiel muss damit eine Verrechnungssatz von lediglich **3.100,00 €/Woche** und nicht von 3.250,00 €/Woche angerechnet werden.

Einen zusätzlich zu diskutierenden Aspekt im Zusammenhang mit der Ermittlung von anderweitigem Erwerb stellen zusätzliche Aufwendungen dar, die durch die anderweitige Verwendung überhaupt erst erforderlich wurden. Für das Bewertungsbeispiel zu nennen sind hier **7.000,00 €** für einen zusätzlichen Transport, Ab- und Aufbau. Gemäß SPRAU²⁸ sind diese Kosten anrechenbar und müssen zu einer Minderung des anderweitigen Erwerbs führen. Auch eine Aufrechnung gegen die oben beschriebenen Vergabegewinne muss hier ausscheiden.

Abschließend ist zum anderweitigen Erwerb noch eine Betrachtung anzustellen, ob die anderweitige Verwendung überhaupt vorteilhaft war. Soweit durch die anderweitige Verwendung zusätzliche Kosten entstanden sind, die höher sind als der Wert des Produkts aus „Folgewirkung der Dauer des Verzugs“ und „vereinbarte Vergütung“ wäre hier ggf. eine Begrenzung des Entschädigungsbetrags vorzunehmen. Dies ist im Bewertungsbeispiel jedoch nicht der Fall.

²⁸ Vgl. Palandt (2004), § 642 Rn. 5

4.4 Feststellung der „angemessenen Entschädigung“

Nachdem die verschiedenen Bestandteile der angemessenen Entschädigung gemäß § 642 BGB für das Bewertungsbeispiel ausführlich diskutiert und erläutert wurden, kann nachfolgende das Ergebnis betragsmäßig festgestellt werden. Das Ergebnis der Entschädigungsberechnung, welches sich entsprechend der Formulierung von § 642 BGB im Einzelnen aus der „Dauer des Verzugs“, der „vereinbarten Vergütung“, den „ersparten Aufwendungen“ und dem „anderweitiger Erwerb“ bestimmt, ist auf Grundlage der folgenden Gleichung zu ermitteln:

$ENT = \sum_{K=1}^n D_{K,V} \cdot V_K - D_{K,A} \cdot A_K - D_{K,E} \cdot E_K + D_{K,Z} \cdot Z_K$	mit ENT = Entschädigungsbetrag K = Kapazität / Leistung D = Folgewirkung der Dauer des Verzugs V = vereinbarte Vergütung A = ersparte Aufwendung E = anderweitiger Erwerb Z = Zusatzkosten
--	--

Formel 1: Gleichung zur Ermittlung der angemessenen Entschädigung

Wie der Gleichung zu entnehmen ist, sind zum Nachweis der angemessenen Entschädigung der Höhe nach sämtliche Kapazitäten bzw. Leistungen getrennt voneinander zu betrachten. Soweit der Nachweis der Entschädigung dem Grunde nach erfüllt ist, müssen für alle Kapazitäten die Folgewirkungen der Dauer des Verzugs in diejenigen Einzelzeiträume aufgeteilt werden, in dem infolge entstandenen Aufwands ein Vergütungsanspruch besteht, in dem infolge Entschädigungsminderung Aufwendungen erspart werden konnten und in dem ein anderweitiger Erwerb stattgefunden hat bzw. hätte stattfinden können. Die genannten Einzelzeiträume sind dann mit den festgestellten Kostensätzen für vereinbarte Vergütung, ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb jeweils zu multiplizieren und anschließend die verschiedenen Produkte zu kumulieren.

Als zusätzlicher Summand sind in der Gleichung zur Ermittlung der Entschädigungshöhe Zusatzkosten Z je Kapazität bzw. Leistung zu berücksichtigen, die infolge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung überhaupt erst entstehen. Diese können während der gesamten Dauer des Verzugs entstehen aber auch – wie im Bewertungsbeispiel – einmalig sein. Hier ist bei Bedarf eine zeitliche Betrachtung erforderlich. Der Summand wird zwar im Wortlaut von § 642 BGB nicht explizit erwähnt. Er muss jedoch angesichts des bestehenden Erstattungsanspruchs des Auftragnehmers grundsätzlich hinzugefügt werden.

Hinsichtlich des Index K ist anzumerken, dass sich dessen Begrenzung nicht durch die ursprünglich geplanten Kapazitäten bzw. Leistungen ergibt. Weil – wie im Berechnungsbeispiel – ursprünglich geplante Kapazitäten geändert werden können ergibt sich die Begrenzung n für den Index K aus der Anzahl der tatsächlich eingesetzten Geräte bzw. tatsächlich durchgeführten Leistungen.

Als Entschädigungsbetrag ergibt sich somit für das in Kapitel 3 beschriebene Bewertungsbeispiel ein Betrag von:

$$\begin{aligned}
 ENT &= \sum_{K=1}^n D_{K,V} \cdot V_K - D_{K,A} \cdot A_K - D_{K,E} \cdot E_K + D_{K,Z} \cdot Z_K \\
 &= D_{\text{Kran 1, Vergütung}} \cdot V_{\text{Kran 1}} - D_{\text{Kran 1, ersp. Aufwend.}} \cdot A_{\text{Kran 1}} - D_{\text{Kran 1, Erwerb}} \cdot E_{\text{Kran 1}} + D_{\text{Kran 1, Zusatz}} \cdot Z_{\text{Kran 1}} \\
 &\quad + D_{\text{Kran 2, Vergütung}} \cdot V_{\text{Kran 2}} - D_{\text{Kran 2, ersp. Aufwend.}} \cdot A_{\text{Kran 2}} - D_{\text{Kran 2, Erwerb}} \cdot E_{\text{Kran 2}} + D_{\text{Kran 2, Zusatz}} \cdot Z_{\text{Kran 2}} \\
 &= 5 \text{ Wochen} \cdot 3.200,00 \text{ €/Woche} - 5 \text{ Wochen} \cdot 800,00 \text{ €/Woche} - 0 \cdot 0 + 0 \cdot 0 \\
 &\quad + 5 \text{ Wochen} \cdot 3.100,00 \text{ €/Woche} - 0 \cdot 0 - 7 \text{ Wochen} \cdot 3.100,00 \text{ Wochen} + 7.000,00 \text{ €} \\
 &= \mathbf{12.800,00 \text{ €}}
 \end{aligned}$$

Neben der rein mathematischen Herleitung des Entschädigungsbetrags sind zur Durchsetzung der Entschädigungsforderungen die erforderlichen Dokumente vorzulegen. Auf die Dokumente wurde bereits an verschiedenen Stellen des vorliegenden Beitrags hingewiesen. Sie werden nachfolgend nochmals im Überblick zusammengestellt:

- Dokumente zum konkreten Nachweis von Behinderungsursache, -dauer und -umfang,
- Planungs- und bauablaufbezogene Darstellung des geplanten und tatsächlichen Geschehens insbesondere der Folgewirkungen von Behinderungen und Nachträgen,
- Dokumente zum Nachweis der tatsächlichen Dauern von Aktivitäten und Einsatzzeiten von Kapazitäten,
- Dokumente zum Nachweis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags bzw. des Vertragspreisniveaus sowie eine Kalkulation zum tatsächlichen Bauablauf.

5 Zusammenfassung

Der Nachweis von Entschädigungsansprüchen infolge gestörten Bauablaufs gemäß § 642 BGB birgt trotz der in der juristischen Literatur beschriebenen Vorteile gegenüber einem Schadenersatznachweis gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B zahlreiche Unwägbarkeiten. Dies wurde im vorliegenden Beitrag anhand eines Bewertungsbeispiels sowohl bei der Bewertung von terminlichen und als auch von kostenmäßigen Auswirkungen einer unterlassenen Mitwirkungshandlung deutlich.

Der Nachweis der terminlichen Auswirkungen von unterlassenen Mitwirkungshandlungen muss beim Nachweis von Entschädigungen gemäß § 642 BGB genauso aufwendig erfolgen, wie beim Nachweis von Schadenersatzansprüchen gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B. Im Rahmen der Bestimmung der „Folgewirkungen der Dauer des Verzugs“ müssen zum Nachweis der haftungsbegründeten Kausalität die Behinderungsursache, die Behinderungsdauer und der Behinderungsumfang konkret dargelegt werden. Wie der BGH in seinem Urteil vom 24.02.2005 (Az. VII ZR 141/03) betont, werden Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast hier nicht gewährt. Dies gilt nach Ansicht der Verfasser erst für den Nachweis der Auswirkungen von Behinderungen auf den Planungs- und Bauablauf. Auswirkungen von Behinderungen, d. h. die eigentlichen Störungsdauern, sind einer Schätzung zugänglich. Die Schätzungen dürfen allerdings nicht „völlig in der Luft hängen“, sondern erfordern als Basis konkret darzulegende greifbare Anhaltspunkte.

Ebenso wie die terminlichen Auswirkungen von Behinderungen sind auch die kostenmäßigen Auswirkungen von unterlassenen Mitwirkungshandlungen einer Schätzung zugänglich. Die Bestimmungen des § 642 BGB haben grundsätzlich Vergütungscharakter. Die Bestimmung der Entschädigungshöhe hat somit auf Basis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu erfolgen. Es ist jedoch festzustellen, dass auf dieser Basis nicht wie beim Äquivalenzkostenverfahren fiktive Kosten für Leistungen ermittelt werden dürfen, die so gar nicht angefallen sind. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die Bestimmungen des § 642 BGB auf die Vereinbarung eines Vertragspreisniveaus abheben und dass zur Ermittlung der Entschädigungshöhe die tatsächlichen Leistungen bzw. tatsächlich eingesetzten Kapazitäten auf dieser Basis kalkulatorisch bewertet werden müssen. Ein besonderes Problemfeld bei der kalkulatorischen Bewertung stellt dabei die Ableitung der Kosten von Leistungen und Kapazitäten dar, die vom Auftragnehmer in den Gemeinkosten verrechnet wurden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass beim Nachweis von Entschädigungen der Höhe nach „der Teufel im Detail steckt“. Insbesondere die Frage wie konkret der Nachweis auf Einzelleistungen bzw. Kapazitäten herunter gebrochen werden muss, damit der Nachweis prüffähig ist, bietet erhebliches Konfliktpotential. Damit einher geht auch die Frage, inwieweit Sachverhalte konkret dargelegt werden müssen oder geschätzt werden dürfen. Hinsichtlich der Darlegung des Entschädigungsanspruchs ist darauf hinzuweisen, dass eine Einigung im Konfliktfall nur dann erzielt werden kann, wenn der Auftraggeber verstehen und nachvollziehen kann, wofür er in welcher Höhe zahlen soll und warum.

Literaturhinweise**Franz (2003)**

Franz, Birgit: Wer die Qual hat, hat die Wahl : Gestörter Bauablauf nach §§ 2 und 6 VOB/B und § 642 BGB. In: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 35, S. 107 - 120

Kapellmann/Schiffers (2000)

Kapellmann, Klaus D. ; Schiffers, Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 4. Aufl. Werner Verlag : Düsseldorf 2000

Kniffka (2006)

Kniffka, Rolf: Online-Kommentar zum gesetzlichen Bauvertragsrecht, www.ibr-online.de, Stand 03.01.2006

Kraus (2000)

Kraus, Steffen: Bauverzögerung durch Vorunternehmer. In: Baurecht. Werner Verlag. Düsseldorf (2000), Heft 8, S. 1105 - 1110

Kumlehn (2004)

Kumlehn, Frank: Bewertung gestörter Bauabläufe der Höhe nach. In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Bauverlag. Gütersloh (2004), Heft 9, S. 28 - 33

Roquette/Laumann (2005)

Roquette, Andreas ; Laumann, Nino: Dichter Nebel bei Bauzeitclaims. In: Baurecht, Werner-Verlag. Düsseldorf (2005), Heft 12, S. 1829 - 1843

Palandt (2004)

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch : Beckscher Kurzkomentar. 63., neubearb. Aufl. Band 7, Beck : München 2004

Usselmann (2004)

Usselmann, Jürgen: Nachträge in der Ausgleichsberechnung richtig berücksichtigen. In: Baurecht. Werner Verlag. Düsseldorf (2004), Heft 8, S. 1217 - 1224

Vygen/Schubert/Lang (2002)

Vygen, Klaus ; Schubert, Eberhard ; Lang, Andreas: Bauverzögerung und Leistungsänderung. 4. Aufl. Werner Verlag : Düsseldorf 2002