

## GPA-Mitteilung Bau 1/2007

Az. 600.535

01.07.2007

### Entschädigungsansprüche der Bauunternehmer nach § 642 BGB bei VOB-Bauverträgen

#### 1 Einführung

Bei der Errichtung von Bauvorhaben kommt es immer wieder zu Stillständen und Bauzeitverzögerungen, was die Bauunternehmer in der Regel veranlasst, zusätzliche Zahlungsforderungen in beträchtlicher Höhe zu stellen.

Die VOB-Bauverträge sind Werkverträge i.S. der §§ 631 ff. BGB. Bei VOB-Bauverträgen war früher die Geltendmachung verschuldensunabhängiger Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB ausgeschlossen (BGH, Urt. v. 27.06.1985, NJW 1985, 2475). Die vorrangige Regelung des **§ 6 Nr. 6 VOB/B<sup>1</sup>** galt als **alleinige Anspruchsgrundlage** der Bauunternehmer zur Geltendmachung bauzeitverzögerungsbedingter Mehrkosten.

Der BGH hat in den letzten Jahren **eine Kehrtwende vollzogen**. Spätestens seit der Entscheidung vom 21.10.1999, IBR 2000, 217 ist § 6 Nr. 6 VOB/B nicht mehr alleinige Anspruchsgrundlage bei Baubehinderungen bzw. Bauablaufstörungen. Nunmehr können bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch **Entschädigungsansprüche** nach § 642 BGB neben den Ansprüchen nach § 6 Nr. 6 VOB/B geltend gemacht werden (zur neueren Rechtsentwicklung vgl. die Ausführungen in der **Anlage 2**).

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH wurde in der VOB/B - Ausgabe 2006 - § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B um einen **Satz 2** klarstellend ergänzt (s. den Wortlaut in Abschn. 2).

---

<sup>1</sup> Jetzt § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B Ausgabe 2006; Ansprüche nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B sind Schadensersatzansprüche, die nach den Grundsätzen des BGB bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geltend gemacht werden können.

Nach § 9 Nr. 3 VOB/B hat ein Auftragnehmer für den Fall, dass er einen Bauvertrag wegen Gläubiger- oder Schuldnerverzugs des Auftraggebers kündigt, einen zusätzlichen Anspruch nach § 642 BGB. Die Regelung des § 9 Nr. 3 VOB/B war auch schon in früheren Ausgaben der VOB/B enthalten. Diese Fallkonstellation ist nicht Gegenstand dieser GPA-Mitteilung Bau.

Eine Entschädigung nach § 642 BGB kommt aber nicht nur im Falle einer Kündigung (weil ein Auftraggeber seine Mitwirkungshandlungen dauernd unterlässt), sondern auch dann in Betracht, wenn ein Auftraggeber nicht rechtzeitig handelt, seine ihm obliegende Handlung aber nachholt und das Werk zwar verspätet, letztlich aber doch fertiggestellt wird (vgl. BGH, a.a.O. und dazu Kleine-Möller in NZBau 2000, 401). Speziell zu dieser Fallkonstellation sind z.Z. noch viele Fragen offen. Schriftumsmeinung und Rechtsprechung hierzu liegen noch nicht so zahlreich vor<sup>1</sup>, dass von gefestigten Meinungen ausgegangen werden könnte.

Die GPA gibt dazu folgende Hinweise.

## **2 Wortlaut des § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB**

### **§ 6 Nr. 6 VOB/B - Behinderung und Unterbrechung der Ausführung -**

**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 Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wegen Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist.**

### **§ 642 BGB - Mitwirkung des Bestellers -**

**(1) Ist bei der Herstellung des Werks 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.**

**(2) 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.**

---

<sup>1</sup> Wohl auch deswegen, weil die Bauunternehmer bisher Ansprüche nach § 642 BGB nicht häufig geltend gemacht haben.

### 3 Zusammenfassung der Anspruchsvoraussetzungen

Nach § 642 BGB kann ein Bauunternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn

- zur Herstellung eines Werkes eine **Mitwirkungshandlung des Auftraggebers erforderlich** ist<sup>1</sup>, der Auftraggeber aber die Vornahme der Handlung unterlässt oder nicht rechtzeitig vornimmt (s. Abschn. 4.1),
- der Auftraggeber durch das **Unterlassen** oder durch die **nicht rechtzeitige Vornahme einer Mitwirkungshandlung** gemäß den §§ 293 ff. BGB in **Annahmeverzug** gerät (s. Abschn. 4.2 sowie die Bestimmungen der §§ 293 ff. BGB in **Anlage 1**) und
- beim Bauunternehmer auftretende Mehrkosten **kausal** auf die unterlassene Mitwirkungshandlung bzw. den Annahmeverzug des Auftraggebers zurückzuführen sind.
- Bei VOB-Bauverträgen hat der Auftragnehmer außerdem **Behinderungen** rechtzeitig schriftlich **anzuzeigen** (s. Abschn. 4.2)

Der Grund für das Unterlassen einer Handlung ist für die Frage, ob Annahmeverzug vorliegt, unerheblich. Ein **Verschulden des Auftraggebers** wird bei Annahmeverzug **nicht vorausgesetzt**<sup>2</sup>.

### 4 Die Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

#### 4.1 Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers

Bei Werkverträgen<sup>3</sup> erfordert die Herbeiführung des Werkerfolgs durch den Bauunternehmer ggf. eine Vielzahl von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vor Baubeginn oder

---

<sup>1</sup> Im Baugewerbe ist eine Handlung des Auftraggebers erst dann i.S. des § 642 BGB erforderlich, wenn die Unterlassung den Auftragnehmer außer Stande setzt, die Leistung auszuführen; bei Spachtelarbeiten ist die Schaffung bauklimatischer Bedingungen keine i.S. des § 642 BGB erforderliche Handlung (OLG Celle, Urt. v. 08.02.2001, IBR 2001, 410).

<sup>2</sup> Dagegen bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 6 Nr. 6 VOB/B.

<sup>3</sup> Auch bei VOB-Bauverträgen.

während der Bauausführung. **Mitwirkungshandlungen** können **Vertragspflichten** sein, aber auch nur **bloße Obliegenheiten**, die im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt sind<sup>1</sup>.

### Beispiele für Vertragspflichten

- Übergabe von Ausführungsunterlagen, insbesondere von **Plänen** (§ 3 Nr. 1 VOB/B)
- Abstecken der **Hauptachsen des Bauwerks**, der Grundstücksgrenzen und Schaffen notwendiger Höhenfestpunkte (§ 3 Nr. 2 VOB/B)
- Einholen öffentlich-rechtlicher **Genehmigungen** oder Erlaubnisse (§ 4 Nr. 1 VOB/B)
- Überlassung notwendiger **Lager-/Arbeitsplätze**, vorhandener **Zufahrtswege** oder Anschlüsse für Wasser und Energie (§ 4 Nr. 4 VOB/B)
- Bauherrenseitige Beistellung von **Baumaterialien** (wenn im Bauvertrag vereinbart)

### Beispiele für bloße Obliegenheiten

- Einholung der **Zustimmung** der Grundstückseigentümer
- **Sicherstellung der Finanzierung** (auch während der Bauausführung)
- Aufnahmebereite **Bereitstellung des Baugrundstücks** oder der **Räumlichkeiten** (vgl. dazu die Rechtsprechung des BGH in der **Anlage 2**).

Ein Bauunternehmer kann im Falle (schuldhafter) **Vertragspflichtverletzungen** des Auftraggebers Schadensersatzansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B oder Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB geltend machen<sup>2</sup>.

Verletzt ein Auftraggeber keine Vertragspflichten, unterlässt er aber sonstige **Obliegenheiten**, kann ein Bauunternehmer nur Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB geltend machen (Inverzugsetzung des Auftraggebers vorausgesetzt).

---

<sup>1</sup> Vertragspflichten sind einklagbar, dagegen bloße Obliegenheiten nicht; bei Obliegenheitsverletzungen kann der Auftragnehmer für die ihm entstehenden nachteiligen Folgen nur weitergehende Ansprüche wie Kündigung oder Entschädigung geltend machen.

<sup>2</sup> Ein Bauunternehmer wird i.d.R. nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B vorgehen, weil der Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B umfassender ist als der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB.

## 4.2 Gläubiger-/Annahmeverzug des Auftraggebers

### 4.2.1 Leistungsangebot des Bauunternehmers

Ein Auftraggeber kommt in Verzug, wenn er die ihm **angebotene Leistung** nicht oder nicht rechtzeitig annimmt (§ 293 BGB).

Annahmeverzug setzt demnach ein **Leistungsangebot** des Bauunternehmers voraus (§§ 294 bis 296, 299 BGB). Schriftform ist nicht erforderlich (zur Behinderungsanzeige s. aber Abschn. 4.2.2). Ein wirksames Leistungsangebot kann ggf. auch nur mündlich oder stillschweigend abgegeben werden.

Nach dem Urteil des BGH v. 21.10.1999 (IBR 2000, 217; s. auch **Anlage 2**) muss ein vom Bauunternehmer bei Eintritt hindernder Umstände abzugebendes Leistungsangebot aber hinreichend klar seine

- **Leistungsbereitschaft zum Ausdruck bringen.**

(Der Bauunternehmer muss Leistungsbereitschaft zeigen, indem er seine Leistung tatsächlich anbietet - § 294 BGB - oder ein **wörtliches Angebot** i.S. des § 295 BGB abgibt, wobei es auch genügen kann, dass der Bauunternehmer seine Leistungsbereitschaft - ggf. **stillschweigend** - dadurch zum Ausdruck bringt, dass er seine Mitarbeiter, Geräte und dergl. **auf der Baustelle zur Verfügung hält**<sup>1</sup>; es muss also - um Verzug anzunehmen - ein entsprechend klares eindeutiges Angebot abgegeben werden, aus dem erkennbar ist, dass der Bauunternehmer willens und in der Lage ist, seine Leistungen fortwährend zu erbringen; ein Abzug von der Baustelle und die Aufnahme anderweitiger Arbeiten führt nicht zu einem Annahmeverzug des Auftraggebers; eines Leistungsangebots durch den AN bedarf es nicht, wenn für die Mitwirkungshandlung des AG eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist - § 296 BGB - <sup>2</sup>)

Außerdem setzt Annahmeverzug voraus

- **Leistungsberechtigung**

(Der Bauunternehmer muss im Zeitpunkt der Unterlassungshandlung zur Leistung berechtigt sein, d.h. er muss gemäß den bauvertraglich vereinbarten Ausführungsfristen seine Bauleistungen erbringen dürfen; ein vom Bauunternehmer beabsichtigter vorzeitiger Baubeginn führt nicht zum Annahmeverzug des Auftraggebers) und

---

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2002, IBR 2003, 182 = BauR 2003, 531 = NZBau 2003, 325 = ZfBR 2003, 254; s. auch Anlage 2.

<sup>2</sup> z.B. wenn im Bauvertrag für die Übergabe bestimmter Unterlagen an den Auftragnehmer oder für die bauzeitige Bereitstellung von Materialien an den Auftragnehmer eine gesonderte Frist vereinbart war; der Auftraggeber kommt dann bei Fristenüberschreitung automatisch in Verzug.

- **Leistungsvermögen**

(Höhere Gewalt, persönliches Unvermögen oder beispielsweise Lieferanten- oder Nachunternehmerprobleme beim Bauunternehmer schließen Annahmeverzug aus - § 297 BGB -; Unvermögen des Auftragnehmers unmittelbar nach Verzugseintritt beendet wieder den Verzug)

des Bauunternehmers.

Annahmeverzug scheidet von vorneherein aus, wenn der Bauunternehmer seinerseits vertragliche Verpflichtungen verletzt bzw. schuldhaft handelt (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.04.2002, BauR 2002, 1551).

#### **4.2.2 Behinderungsanzeige des Auftragnehmers**

Beim VOB-Bauvertrag setzt Annahmeverzug ferner eine **unverzügliche schriftliche Behinderungsanzeige des Bauunternehmers** nach § 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B voraus, es sei denn, eine solche ist nach § 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B wegen **Offenkundigkeit** ausnahmsweise entbehrlich<sup>1</sup> (§ 6 Nr. 6 i.V.m. § 6 Nr. 1 VOB/B).

Die Behinderungsanzeige dient dem **Schutz des Auftraggebers**. Sie soll ihn über etwaige Leistungsstörungen unverzüglich informieren bzw. warnen und ihm die Möglichkeit eröffnen, Behinderungen abzustellen. Zugleich soll der Auftraggeber vor Behinderungsansprüchen geschützt werden. Entsprechend werden auch an den Inhalt solcher Anzeigen im Allgemeinen strenge Anforderungen gestellt (vgl. dazu ausführlich Boldt in BauR 1 a/2006, 185).

Der Auftragnehmer kann eine Behinderungsanzeige und ein Leistungsangebot i.S. des Abschn. 4.2.1 ggf. zusammengefasst übergeben.

Nur wenn die Informations-, Warn- oder Schutzfunktion im Einzelfall keine Anzeige erfordert, ist diese entbehrlich. Dies ist der Fall, wenn dem Auftraggeber die **Tatsache** sowie deren **hindernde Wirkung** offenkundig bekannt waren (§ 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Eine Behinderungsanzeige kann beispielsweise entbehrlich sein, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmer **Baustellenbesprechungen** stattgefunden haben<sup>2</sup> oder wenn für den Auftraggeber die unterlassene Mitwirkungshandlung und deren hindernde Wirkung in Bezug auf den Bauablauf offenkundig waren. Wegen der Entbehrlichkeit von Behinde-

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 21.10.1999, IBR 2000, 217 und BGH, Urt. v. 19.12.2002, IBR 2003, 182; s. Anlage 2.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2002, IBR 2003, 182; s. auch Anlage 2.

rungsanzeigen wird auf die weitergehenden Ausführungen in den einschlägigen VOB-Kommentaren sowie auf die hierzu zahlreich vorliegende Rechtsprechung hingewiesen.

## 5 Möglicher Anwendungsbereich des § 642 BGB auf VOB-Bauverträge

### 5.1 Allgemeines

Die Entscheidungen des BGH (**Anlage 2**) betrafen bisher fast ausschließlich die Fallkonstellation, dass **Verzug eines Vorunternehmers** zu Bauzeitverzögerungen und Mehraufwendungen bei **Nachfolgeunternehmen** geführt haben (s. nachstehend Abschn. 5.2).

Aber aufgrund der Tatsache, dass laut BGH allein die unterlassene Mitwirkungshandlung „**nicht aufnahmebereite Zurverfügungstellung des Baugrundstücks**“ zum Annahmeverzug des Auftraggebers und als Rechtsfolge davon zu Entschädigungsansprüchen des Bauunternehmers führen kann, ist damit zu rechnen, dass im Baugeschehen der § 642 BGB in naher Zukunft eine wesentlich größere Bedeutung auch in anderen Fallkonstellationen erlangen kann. Es gibt viele Fallkonstellationen, bei denen Bauzeitverzögerungen letztlich ursächlich auf die mangelnde Grundstücksbereitstellung zurückzuführen sind (s. nachfolgend Abschn. 5.3).

### 5.2 Mehraufwendungen der Nachfolgeunternehmen durch vom Vorunternehmer verursachte Bauzeitverzögerungen

Im Baugeschehen ist es häufig der Fall, dass **Vorunternehmer** ihre bauvertraglichen Ausführungsfristen schuldhaft nicht einhalten bzw. in **Verzug kommen** und deswegen die bereits beauftragten **Nachfolgeunternehmer** nicht rechtzeitig mit ihren Leistungen beginnen können oder zeitweilig Unterbrechungen hinnehmen müssen.

Die den Nachfolgeunternehmen durch Bauzeitverzögerungen entstehenden Mehrkosten konnten die Auftraggeber ablehnen, solange § 6 Nr. 6 VOB/B alleinige Anspruchsgrundlage war (vgl. früher BGH, Urt. v. 27.06.1985, NJW 1985, 2475 oder OLG Rostock, Urt. v. 24.09.1997, BauR 1999, 404). Ansprüche der Bauunternehmer nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B setzen Verschulden des Auftraggebers voraus. Da im konkreten Fall eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung des Auftraggebers i.d.R. nicht gegeben war, ging der Nachfolgeunternehmer leer aus, u.a. auch deshalb, weil der Vorunternehmer im Bauauftragsverhältnis

„Auftraggeber/Nachfolgeunternehmer“ **nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers** ist und der Auftraggeber gegenüber dem Nachfolgeunternehmer somit Verschulden des Vorunternehmers nicht zu vertreten hat (§ 278 BGB).

Durch die neuere Rechtsprechung des BGH (**Anlage 2**) hat sich aber die Rechtslage zugunsten der Nachfolgeunternehmer grundlegend geändert. Zwar sind bei solchen Fallgestaltungen Ansprüche der Nachfolgeunternehmen gegenüber dem Auftraggeber nach § 6 Nr. 6 VOB/B weiterhin ausgeschlossen, jedoch können die betreffenden Unternehmen nunmehr Ansprüche nach § 642 BGB dann geltend machen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, d.h. „das Grundstück nicht rechtzeitig aufnahmebereit zur Verfügung stellt“, vorausgesetzt, die Behinderungsanzeige liegt vor und der Nachfolgeunternehmer zeigt trotz Verzugs des Auftraggebers weiterhin Leistungsbereitschaft.

Gleiches gilt künftig auch in den Fällen, in denen ein **Vorunternehmer** zwar nicht in Verzug kommt, aber so **mangelhaft arbeitet**, dass sich deswegen die vertraglichen Ausführungsfristen der Nachfolgeunternehmen verschieben (OLG Jena, Urt. v. 11.10.2005, IBR 2006, 14).

Die Auftraggeber müssen als Konsequenz der vorstehenden Ausführungen künftig in den Fällen, in denen an Nachfolgeunternehmer Entschädigungen nach § 642 BGB wegen säumiger und mangelhaft arbeitender Vorunternehmer zu vergüten sind, **Regressansprüche gegenüber den Vorunternehmen** prüfen und ggf. geltend machen (z.B. nach § 4 Nr. 7 VOB/B), entweder im Wege der Aufrechnung oder Rückforderung (KG, Urt. v. 07.01.2002, IBR 2002, 355).

## **5.3 Bauzeitverzögerungen aus anderen Gründen**

### **5.3.1 Baugrundbedingte Ereignisse**

Bauzeitverzögerungen entstehen häufig durch **baugrundbedingte Ereignisse** (z.B. Grundwasserandrang, Bodenauftrieb, Ausfließen von Schichten, unvermutete Hindernisse). Solche Ereignisse führen in der Regel zu **Zusatz-/Nachtragsleistungen**, die ggf. nach § 2 Nr. 6 VOB/B zu vergüten sind.

Solange § 6 Nr. 6 VOB/B als alleinige Anspruchsgrundlage galt, oblag das Risiko für etwaige Mehrkosten infolge baugrundbedingter Bauzeitverzögerungen (z.B. erhöhte **Vorhaltekosten**) grundsätzlich beim Bauunternehmer, weil bei baugrundbedingten Ereignissen regelmäßig ein Verschulden des Auftraggebers auszuschließen war. Die Rechtsprechung



hatte bisher in solchen Fällen Ansprüche der Bauunternehmer nach § 6 Nr. 6 VOB/B grundsätzlich abgelehnt (vgl. z.B. OLG Frankfurt, Urt. v. 15.02.1985, BauR 1986, 352).

Durch die neuere Rechtsprechung des BGH (**Anlage 2**) könnte sich die Rechtslage auch bei solchen Fallgestaltungen ändern. Wenn man allein die „**aufnahmebereite Zurverfügungstellung eines Baugrundstücks**“ als eine Mitwirkungshandlung bzw. Obliegenheit des Auftraggebers ansieht, ist es nicht auszuschließen, dass künftig auch bei baugrundbedingten Bauzeitverzögerungen verschuldensunabhängige Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB gegeben sind. Schrifttum und Rechtsprechung hierzu liegen noch nicht vor. Lediglich das OLG Braunschweig hat mit Urt. v. 22.04.2004, IBR 2004, 357 angedeutet, dass einem Bauunternehmer bei **archäologischen Funden** und damit verbundenen **Baustillständen** Ansprüche nach § 642 BGB zustehen könnten<sup>1</sup>.

### **5.3.2 Bauzeitverzögerungen durch verspätete bauseitige Lieferungen des Auftraggebers**

Im Regelfall obliegt dem Bauunternehmer nach dem Bauvertrag nicht nur der **Einbau**, sondern auch die **Lieferung** der Baustoffe. Mitunter werden aber auch Baustoffe durch den Auftraggeber selbst beschafft und dem Bauunternehmer zur Verfügung gestellt (z.B. Erdmaterial, Rohrleitungen).

Erfolgt durch den Auftraggeber eine verspätete Lieferung aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat (z.B. bei Verzug der Lieferanten), könnten wegen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers für den Bauunternehmer verschuldensunabhängige Ansprüche nach § 642 BGB gegeben sein. Schrifttum und Rechtsprechung hierzu liegen ebenfalls noch nicht vor.

### **5.3.3 Bauzeitverzögerungen infolge äußerer Einflüsse**

Bauzeitverzögerungen können ursächlich auch durch äußere Einflüsse entstehen (z.B. Extremwitterung, Brände, Hochwasser, Einbruchdiebstahl und dergl.), ggf. auch nach vorausgegangenen Beschädigungen von bereits erbrachten Bauleistungen<sup>2</sup> bis zur Wiederherstellung der beschädigten Bauleistungen. Auch in solchen Fällen stellt sich die Fra-

---

<sup>1</sup> Im Urteilsfall wurde behördlich zunächst ein Baustopp verfügt; erforderliche Nachtragsleistungen wie z.B. Sicherungsmaßnahmen wurden nach § 2 Nr. 6 VOB/B vergütet, dagegen wurden Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B abgelehnt, weil ein Verschulden des Auftraggebers nicht vorlag; Ansprüche nach § 642 BGB für Stillstandskosten wurden nicht geltend gemacht und vom Gericht folglich auch nicht weiter verfolgt.

<sup>2</sup> Zur Vergütung der vor Abnahme beschädigten Bauleistungen vgl. § 7 VOB/B und § 645 BGB.

ge, ob ein Auftraggeber in Annahmeverzug kommen kann<sup>1</sup>. Schrifttum und Rechtsprechung hierzu liegen noch nicht vor.

Im Regelfall dürfte in solchen Fällen Annahmeverzug ausscheiden, weil der Grund für Verzögerungen nicht darin liegt, dass der Auftraggeber sein Baugrundstück nicht zur Verfügung stellt, sondern darin, dass der Auftragnehmer aufgrund anderer Ursachen tatsächlich nicht leisten kann.

Dagegen hat der BGH mit Urf. v. 13.05.2004, ZfBR 2004, 684 = IBR 2004, 413 (s. **Anlage 2**) Anhaltspunkte für einen Anspruch nach § 642 BGB gesehen, weil infolge **Rheinhochwassers** Baustillstände eingetreten sind und ein bereits beauftragter Bauunternehmer wegen dieses Ereignisses nicht mit den Bauarbeiten beginnen konnte, aber bereits erhebliche Vorhalteleistungen erbracht hatte. Inwieweit Anhaltspunkte für eine unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers gegeben waren, wurde aber nicht näher ausgeführt<sup>2</sup>. Es erfolgte eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht, das Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B abgelehnt, aber Ansprüche nach § 642 BGB nicht geprüft hatte.

Allerdings dürfte bei **normalen Witterungsverhältnissen**, die nach § 6 Nr. 2 VOB/B nicht als Behinderung gelten und auch nicht zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist berechtigen, Annahmeverzug des Auftraggebers von vornherein ausgeschlossen sein.

## 6 Art und Höhe des Entschädigungsanspruchs

**§ 642 Abs. 2 BGB - 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.**

Es ist noch nicht endgültig geklärt, ob der **Entschädigungsanspruch** nach § 642 BGB als Schadensersatzanspruch oder Vergütungsanspruch bzw. vergütungsähnlicher Anspruch einzustufen ist<sup>3</sup>. Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor.

---

<sup>1</sup> Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B scheiden aus, wenn es hier an einem Verschulden des Auftraggebers fehlt.

<sup>2</sup> Evtl. Verletzung vertraglicher Schutzpflichten?

<sup>3</sup> Laut OLG Celle, Urf. v. 24.02.1999, IBR 1999, 515 beinhaltet der Entschädigungsanspruch im Falle einer Kündigung nach § 643 BGB eine Abfindung.

Folgt man der überwiegenden Schriftumsmeinung (vgl. u.a. Roskosny/Bolz in BauR 2006, 1804 oder Boldt in BauR 1 a/2006, 185), ist der Anspruch nach § 642 BGB als **vergütungsähnlicher (vergütungsgleicher) Anspruch** einzustufen<sup>1</sup>, mit der Folge, dass die Entschädigung **auf der Grundlage** der vereinbarten Vergütung bzw. **Angebots-/Vorkalkulation** zu ermitteln ist, und nicht wie bei einem Schadensersatzanspruch auf der Grundlage von Schadensnachweisen.

Bei VOB-Bauverträgen ist ferner noch nicht endgültig geklärt, was konkret Gegenstand einer Entschädigungsberechnung nach § 642 BGB sein kann (vgl. u.a. auch Thode in ZfBR 2004, 214). Hierzu liegt nur wenig Rechtsprechung vor.

Bei den in der **Anlage 2** zitierten BGH-Urteilen wurde über die Höhe der Entschädigung nicht entschieden. Soweit bisher Forderungen nach § 642 BGB gerichtlich geltend gemacht wurden, scheiterten sie i.d.R. wegen fehlenden substantiierten **Sachvortrags** der Bauunternehmer (vgl. z.B. OLG Celle, Urf. v. 01.11.2001, IBR 2002, 185, OLG Braunschweig, Urf. v. 22.04.2004, BauR 2004, 1621 = IBR 2004, 357, OLG Hamm, Urf. v. 12.02.2004, IBR 2004, 237 oder OLG Hamm, Urf. v. 14.04.2005, NZBau 2006, 180 = IBR 2005, 522, LG Hamburg, Urf. v. 12.05.2004, IBR 2004, 412).

Bisher sind aus Rechtsprechung und Schrifttum nur folgende **Leitsätze** bekannt geworden (vgl. u.a. Roskosny/Bolz, a.a.O. oder Boldt, a.a.O.):

- Die **Höhe der Entschädigung** bestimmt sich nach der **Dauer des Verzugs** einerseits und der **Höhe der vereinbarten Vergütung** andererseits (Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB).
- Nach dem Grundgedanken der Bestimmungen des § 642 BGB soll ein Bauunternehmer, dessen zeitliche Disposition durchkreuzt wird, für die Dauer des Verzugs - zusätzlich zur vereinbarten Vergütung - dafür entschädigt werden, dass er **Arbeitskraft und Kapital bereithält** (Palandt, BGB-Kommentar).
- § 642 BGB soll dem Auftragnehmer für die Dauer des Verzugs einen Ausgleich finanzieller Nachteile gewähren, die für das „**Bereithalten wirtschaftlicher Kraft**“, insbesondere in Form **zeitabhängiger Vorhaltekosten**, entstehen (OLG Köln, Urf. v. 14.08.2003, IBR 2004, 411).

---

<sup>1</sup> Der Wortlaut des § 642 BGB spricht eher für einen Vergütungsanspruch als für einen Schadensersatzanspruch.

- Vergütet wird nur die **Wartezeit** für den Zeitraum, in dem Mitarbeiter und Gerät nicht gewinnbringend anderweitig eingesetzt werden konnten, weil sie für die Maßnahme vorgehalten werden mussten (OLG Jena, Urt. V. 11.10.2005, IBR 2006, 14).
- Die Entschädigung errechnet sich auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung bzw. **Angebotskalkulation**, die um die verzugsbedingten Mehrkosten **fortzuschreiben** ist (wie bei einer Vergütung von Nachtragsleistungen nach § 2 Nr. 5, 6 VOB/B).
- **Bestandteil der vereinbarten Vergütung** und somit auch Grundlage für die Berechnung des zusätzlichen Entschädigungsanspruchs sind alle **kalkulatorischen Kosten**, d.h. die Einzelkosten (Lohn-, Stoff- und Gerätekosten), Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn.
- Entschädigt werden letztlich nur diejenigen Kostenbestandteile bzw. Mehrkosten, die für die Dauer des Verzugs angefallen sind, also die **nicht ersparten Aufwendungen bei den Einzelkosten und zeitabhängigen Baustellengemeinkosten**.  
Ggf. muss sich der Auftragnehmer noch dasjenige **anrechnen** lassen, was er **durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft** erwerben kann<sup>1</sup>.
- Zieht ein Auftragnehmer seine Arbeitskräfte, Gerätschaften und dergl. von der Baustelle ab, gelten die Kosten als erspart.
- Zu dem nach vorstehenden Grundsätzen ermittelten Entschädigungsbetrag werden gemäß der Angebotskalkulation die **Allgemeinen Geschäftskosten** hinzugerechnet (einheitliche Auffassung im Schrifttum).
- Ob der Entschädigungsbetrag auch mit dem in der Angebotskalkulation ausgewiesenen Posten „**Wagnis und Gewinn**“ beaufschlagt werden kann, ist z.Z. noch heftig umstritten (**bejahend** das Schrifttum und früher auch OLG Celle, Urt. v. 24.02.1999, IBR 1999, 515<sup>2</sup>; **dagegen verneinend** BGH, Urt. v. 18.01.2000, NZBau 2000, 189<sup>3</sup> und OLG Braunschweig, Urt. v. 22.04.2004, IBR 2004, 364<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> Nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB genügt allein die objektive Möglichkeit des anderweitigen Erwerbs; hierauf können sich die Auftraggeber ggf. berufen (evtl. aber Beweisproblem).

<sup>2</sup> OLG Celle betraf den Fall einer Kündigung; danach steht dem Auftragnehmer nach § 642 BGB für nicht erbrachte Leistungen eine Abfindung zu, u.a. Ersatz der Verwaltungsaufwendungen und entgangener Gewinn.

<sup>3</sup> Evtl. versteht der BGH aber unter dem Begriff „entgangener Gewinn“ den Gewinn für entgangene Folgeaufträge und nicht den Gewinnansatz in der Angebotskalkulation; insoweit noch unklar.

<sup>4</sup> Ablehnend mit der Begründung, der Anspruch nach § 642 BGB sei nicht gleichzusetzen mit dem Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B; das OLG lehnt auch eine Vergütung der vorgehaltenen Geräte nach der Baugeräteliste ab, weil diese Sätze auch Wagnis und Gewinn beinhalten.

Da der Bauunternehmer die volle vertragliche Vergütung (einschließlich Wagnis und Gewinn) erhält und daneben der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB zusätzlich gewährt wird, sieht die GPA derzeit keinen Grund, auch die entschädigten verzugsbedingten Mehraufwendungen mit einem zusätzlichen Gewinn zu beaufschlagen. Es sollen nur die Mehraufwendungen abgegolten werden.

- Auch die Umsatzsteuerpflicht des § 642 BGB ist nach wie vor umstritten<sup>1</sup>. Tendenziell ist davon auszugehen, dass die Entschädigung nach § 642 BGB als vergütungsähnlicher Anspruch der Umsatzsteuer unterliegt.
- Bei der Bemessung der Entschädigung bleibt der Auftragnehmer an **Kalkulationsfehler** in der Angebotskalkulation oder an **spekulative Preise** gebunden.
- Der Auftragnehmer erhält nach § 642 BGB keinen Ausgleich dafür, dass er durch die Vorhaltung seiner Arbeitskräfte und Gerätschaften nicht Leistungen auf anderen Baustellen erbringen und dort nicht Gewinn erwirtschaften kann<sup>2</sup>.
- Die **Anspruchsbegrenzung auf den Zeitraum des Verzugs** schließt eine Entschädigung für solche **Mehrkosten aus**, die als Folge des Verzugs, aber erst nach Beendigung des Verzugs noch eintreten können (z.B. wegen Verzögerung der Gesamtbauzeit)<sup>3</sup>. Dazu gehören beispielsweise Lohnerhöhungen infolge Verschiebung der Arbeiten in einen neuen Lohnzeitraum, Stoffpreiserhöhungen infolge späterer Bestellungen, Lohnmehrkosten bzw. Produktivitätsverluste wegen Verschiebung der Arbeiten in eine ungünstigere Jahreszeit oder Kosten für Sachverständigengutachten zur Begründung des Anspruchs<sup>4</sup>.
- Bestimmte, unmittelbar durch Verzug des Auftraggebers entstehende zusätzliche Mehraufwendungen (z.B. zusätzliche Transportkosten, Aufbewahrungs- bzw. Lagerkosten für Baustoffe oder Aufwendungen für notwendige Sicherungsmaßnahmen während der Verzugs), sind ggf. aber nach **§ 304 BGB** ersatzfähig (BGH, Urt. v. 21.10.1999, IBR 2000, 217; Wortlaut des § 304 BGB s. **Anlage 1**).
- Die dem Auftragnehmer nach Beendigung des Verzugs evtl. entstehenden **Überstunden** bzw. **Beschleunigungskosten** sind nach § 642 BGB nicht entschädigungsfähig.

<sup>1</sup> So wie in den Fällen des § 6 Nr. 6 VOB/B.

<sup>2</sup> Betr. den echten „entgangenen Gewinn“.

<sup>3</sup> Solche Mehrkosten können ggf. nur als Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B geltend gemacht werden.

<sup>4</sup> Teilweise a.A. Schilder in BauR 2007, 450.

Solche Kosten sind nach **§ 2 Nr. 5 VOB/B** vergütungsfähig, wenn der Auftraggeber eine Beschleunigung angeordnet hat, nicht aber dann, wenn der Auftragnehmer von sich aus die Arbeiten beschleunigt (OLG Jena, a.a.O., OLG Köln, a.a.O., OLG Köln, Urt. v. 18.08.2005, IBR 2005, 583.)

- Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Umfang des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB nicht dem des Schadensersatzanspruchs nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B entspricht.

## 7 Beispiel für eine Entschädigung

Eine Baufirma wurde mit dem **Abbruch** baulicher Anlagen beauftragt (größeres ehem. Fabrikgelände). Vereinbart wurde eine **Ausführungsfrist** von 01.01.2007 bis 30.06.2007. Mit den Arbeiten wurde vertragsgemäß begonnen. Gegenstand des Bauvertrags war nicht die Beseitigung schadstoffbelasteter Materialien.

**Nach Beginn der Arbeiten** stellte sich heraus, dass schadstoffbelastete Materialien (z.B. Asbest) zu entkernen und gesondert zu entsorgen waren. Die zuständige Umweltbehörde verfügte gegenüber dem Auftraggeber einen Baustopp. Der Auftraggeber gab die Mitteilung an den Auftragnehmer weiter.

Eine Behinderungsanzeige wurde nicht eingereicht (§ 6 Nr. 1 VOB/B). Sie war entbehrlich. Dem Auftraggeber waren die Tatsachen und deren hindernde Wirkung **offenkundig** bekannt.

Der Auftragnehmer teilte dem Auftraggeber Leistungsbereitschaft mit und gab dies auch dadurch zu erkennen, dass er **teilweise** Personal und Gerätschaften auf der Baustelle vorhielt.

Der Auftraggeber kam in Verzug (§§ 293 ff. BGB). Der Verzug dauerte von 01.02.2007 bis 28.02.2007 (Monat Februar). Die Vertragsarbeiten und die nunmehr hinzukommenden Nachtrags-/Zusatzleistungen wurden am 01.03.2007 weitergeführt.

Der Auftragnehmer machte **verzugsbedingte Mehrkosten** auf der Grundlage der Angebotskalkulation geltend, beispielsweise die Vorhaltung der Bauleitung für bestimmte Zeiten (betr. Baustellengemeinkosten) sowie die dauernde Vorhaltung einiger Gerätschaften (betr. z.B. die Kräne in der LV-Position „Baustelleneinrichtung“). Zu den verzugsbedingten

Mehrkosten kam ein Zuschlagssatz für die Allgemeinen Geschäftskosten. Wagnis und Gewinn wurden nicht beaufschlagt. Auch wurden weitergehende Mehrkosten (z.B. wegen Verzögerung der Gesamtbauzeit) zunächst nicht geltend gemacht.

Der Auftragnehmer hat dem Grunde nach einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB. Auf ein Verschulden des Auftraggebers kommt es hier nicht an. Die Ansprüche sind begrenzt auf die Dauer des Verzugsmonats Februar. Die Vorhaltung des Personals und der Gerätschaften wurde nachgewiesen<sup>1</sup>, ebenso die ursprünglichen kalkulatorischen Ansätze.

## 8 Darlegungs- und Beweislast der Auftragnehmer

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen hat ein **Auftragnehmer**, der Ansprüche nach § 642 BGB geltend macht, dem Auftraggeber<sup>2</sup> u.a. **darzulegen** bzw. zu beweisen

- eine **unterlassene oder nicht rechtzeitig vorgenommene Mitwirkungshandlung**
- eine rechtzeitig schriftlich mitgeteilte **Behinderungsanzeige** (sofern nicht Offenkundigkeit gegeben ist),
- Gläubigerverzug**,
- die **Verzugsdauer**,
- einen **kausalen Zusammenhang** zwischen der unterlassenen Mitwirkungshandlung und dem Verzug bzw. der Verzugsdauer sowie
- die **Höhe der Entschädigung** (Darlegung der verzugsbedingten Mehrkosten auf der Grundlage der Angebotskalkulation und der fortgeschriebenen Kalkulation durch Vorlage **kalkulatorischer Nachweise**).

---

<sup>1</sup> Ggf. auch durch Bautagesberichte.

<sup>2</sup> Oder ggf. einem Gericht.

Die Bauunternehmer müssen ihre Ansprüche auf Entschädigung nach § 642 BGB neben etwaigen anderen Ansprüchen besonders geltend machen und das Vorliegen der Voraussetzungen substantiiert vortragen (BGH, Urt. v. 13.01.2000, BauR 2000, 1481). Die Gerichte prüfen bei Forderungen, die beispielsweise nur auf § 6 Nr. 6 VOB/B gestützt sind und danach abgelehnt werden, nicht automatisch auch das Vorliegen etwaiger Anspruchsvoraussetzungen nach § 642 BGB.

Abt. 5/50



**Anlage 1**  
**zu GPA-Mitt. Bau 1/2007**

**Bestimmungen des BGB (Auszüge)**

**§ 293 BGB - Annahmeverzug**

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

**§ 294 BGB - Tatsächliches Angebot**

Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden.

**§ 295 BGB - Wörtliches Angebot**

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebot der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

**§ 296 BGB - Entbehrlichkeit des Angebots**

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.

**§ 297 - Unvermögen des Schuldners**

Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken.

**§ 299 - Vorübergehende Annahmeverhinderung**

Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, dass der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.

### **§ 304 BGB - Ersatz von Mehraufwendungen**

Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste.

**Anlage 2**  
**zu GPA-Mitt. Bau 1/2007**

**Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung des § 642 BGB auf VOB-Bauverträge**

Der BGH hatte in seiner früheren **Entscheidung vom 27.06.1985** (NJW 1985, 2475) die Haftung eines Auftraggebers gegenüber einem Nachfolgeunternehmer wegen Bauzeitverzögerungen eines Vorunternehmers aus § 6 Nr. 6 VOB/B abgelehnt, weil - was in solchen Fällen der Regelfall ist - einem Auftraggeber deswegen **keine schuldhafte Vertragspflichtverletzung** gegenüber einem Nachfolgeunternehmer vorzuwerfen war. Für den Nachfolgeunternehmer hatte der BGH seinerzeit verschuldensunabhängige Ansprüche nach § 642 BGB abgelehnt bzw. bei VOB-Bauverträgen den § 6 Nr. 6 VOB/B als **alleinige Anspruchsgrundlage** angesehen.

Dass der BGH § 642 BGB auf VOB-Bauverträge nicht angewandt hat, ist in der Literatur seinerzeit auf heftige Kritik gestoßen (vgl. u.a. Kraus in BauR 1986, 17 oder Vygen in BauR 1989, 387). Die **Entscheidung** wurde allgemein als **unbillig** empfunden.

Der BGH hat mit Urt. v. 21.10.1999<sup>1</sup> (NJW 2000, 1336 = NZBau 2000, 187 = BauR 2000, 722 = IBR 2000, 217; vgl. dazu Kraus in BauR 2000, 1105, Kleine-Möller in NZBau 2000, 401 oder Maxem in BauR 2003, 952) die Frage der Anwendung des § 642 BGB bei VOB-Bauverträgen erneut überprüft und eine Kehrtwende vollzogen bzw. die Entscheidung aus dem Jahr 1985 erstmals wie folgt korrigiert (**Zitate**):

- **„Es wird nicht daran festgehalten**, dass eine Haftung des Auftraggebers aus § 642 BGB bei Verzögerungen wegen mangelhafter Vorunternehmerleistung ausscheidet. Der Auftraggeber kann dem Nachunternehmer aus § 642 BGB haften, wenn er durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahme- bzw. in Gläubigerverzug (§§ 293 bis 299 BGB) kommt.
- **Dies gilt für den BGB- und den VOB/B-Vertrag.**
- **§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch** bei Gläubigerverzug. Er knüpft an die Obliegenheit des Bestellers an, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken. Unterlässt der Besteller diese Mitwirkungshandlung, die im weiten Sinne zu verstehen ist und sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann, und gerät er in Gläubigerverzug (§§ 293 bis 299 BGB), so kann dem Unternehmer über den Ersatz für Mehraufwendungen gemäß § 304 BGB hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB zustehen. Der

---

<sup>1</sup> Die Entscheidung betraf Bauzeitverzögerungen durch Vorunternehmer; der BGH hat die Angelegenheit zur weiteren Überprüfung der Sachverhalte an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Entschädigungsanspruch kann auch dann selbständig und unabhängig neben dem Anspruch auf vereinbarte Vergütung bestehen, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Handlung nachholt und das Werk hergestellt wird. Er besteht auch neben den Ansprüchen aus §§ 649, 645 BGB, wenn das Werk infolge Kündigung durch den Besteller oder gemäß § 643 BGB unvollendet bleibt. Der Anspruch aus § 642 BGB umfasst im Unterschied zum Anspruch aus § 286 BGB nicht entgangenen Gewinn und Wagnis. Denn er besteht wegen Gläubigerverzugs des Bestellers und nicht wegen Verletzung seiner Schuldnerpflicht.“

Der BGH musste in einer weiteren Entscheidung vom 13.01.2000<sup>1</sup> (BauR 2000, 1481) auf den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht näher eingehen, weil der Unternehmer einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht hatte.

In seiner Entscheidung vom 19.12.2002 (NJW 2003, 1601 = NZBau 2003,325 = IBR 2003, 182) hat der BGH einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB auch bei VOB-Bauverträgen erneut bekräftigt und erstmals Ansprüche für einen Bauunternehmer nach § 642 BGB dem Grunde nach zuerkannt.

#### **Sachverhalt:**

Ein Auftraggeber beauftragte einen Nachfolgeunternehmer mit Trockenbauarbeiten. Die VOB/B wurde vereinbart. Der Nachfolgeunternehmer begann mit den Arbeiten vertragsgemäß am 19.09.1994. Die Leistungen sollten am 13.01.1995 fertiggestellt sein. Die Leistungen konnten bis zu diesem Termin nicht vollständig erbracht werden, weil die Baustelle infolge des Ausfalls des mit den Gewerken Heizung, Sanitär und Lüftung beauftragten Vorunternehmers nicht oder nur unzureichend beheizt wurde und sich außerdem die Arbeiten an der Lüftung verzögerten. Die letzten Lüftungsschienen wurden erst Mitte bis Ende Mai 1995 montiert. Die Fertigstellung der Deckenaufhängung bei den Trockenbauarbeiten war aber nicht möglich vor Anbringung der Lüftungsschienen. Dies hatte zur Folge, dass der Nachfolgeunternehmer seine Arbeiten erst am 19.07.1995 fertig stellen konnte. Der Nachfolgeunternehmer forderte nach § 6 Nr. 6 VOB/B oder hilfsweise nach § 642 BGB für die Zeit vom 16.01.1995 bis 19.07.1995 den Ersatz von Kosten für die Bauleitung und Projektleitung in Höhe von rd. 105.000 DM und für Mannschafts- und Bürocontainer rd. 4.000 DM.

#### **Entscheidung:**

Das Gericht hat festgestellt, dass Ansprüche nach § 642 BGB gegeben waren bzw. die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug vorlagen. Der Auftraggeber hatte das Grundstück für einen bestimmten Zeitraum nicht aufnahmebereit zur Verfügung gestellt. Der Bauunternehmer hatte für die Dauer des Verzugs seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung gehalten. Die Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B war entbehrlich. **Zur endgültigen Feststellung der Höhe der Entschädigung** wurde die Sache an das Berufungsgericht<sup>2</sup> zurückverwiesen, das zuvor Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB abgelehnt hatte.

<sup>1</sup> Hier kam es infolge der mangelhaften Pfahlgründung eines Vorunternehmers beim Nachfolgeunternehmer zu verzögerungsbedingten Mehrkosten. Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B wurden wegen mangelnden Verschuldens des Auftraggebers abgelehnt.

<sup>2</sup> In der Berufungsinstanz wurden Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B oder § 642 BGB nicht zuerkannt; vgl. OLG Celle, Urt. v. 01.11.2001, IBR 2002, 185.

Der BGH hat schließlich mit Urteil vom 13.05.2004, ZfBR 2004, 684 = IBR 2004, 413 die Anwendung des § 642 bei VOB-Bauverträgen bestätigt.

**Sachverhalt:**

Die Bundesrepublik Deutschland beauftragte am 20.10.1993 einen Bauunternehmer mit der Herstellung der Heizungs- und der zentralen Wassererwärmungsanlagen<sup>1</sup>. Noch vor Beginn der Bauarbeiten (während der Rohbauarbeiten) wurde die Baustelle durch Rheinhochwasser nach Entfernung des temporären und vor Erstellung des endgültigen Hochwasserschutzes überflutet, weshalb ein Baubeginn in absehbarer Zeit nicht möglich war. Am 29.03.1994 kündigte der Auftraggeber den Bauvertrag nach § Nr. 7 VOB/B. Der Bauunternehmer forderte u.a. Ersatz für betriebliche Vorhaltekosten bzw. Stillstandskosten von rd. 817.000 DM. Das Berufungsgericht hatte Stillstandskosten nach § 6 Nr. 6 VOB/B abgelehnt (mangelndes Verschulden des Auftraggebers).

**Entscheidung:**

Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B war rechters. Durch die Kündigung sind aber Ansprüche des Bauunternehmers nach § 642 BGB nicht ausgeschlossen. Das Berufungsgericht hatte es unterlassen zu prüfen, ob dem Bauunternehmer nach § 642 BGB ein Zahlungsanspruch von 817.000 DM zusteht. Für einen solchen Anspruch liegen **Anhaltspunkte** vor. **Zitat:** „Die Überflutung hatte offensichtlich dazu geführt, dass der leistungsbereite Bauunternehmer seine Leistungen nicht erbringen konnte, weil der Auftraggeber die erforderliche und ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hatte“.

**Anmerkung:**

Der BGH hat die Sache zur erneuten Überprüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Aus dem Urteil geht leider nicht hervor, welche Mitwirkungshandlung der Auftraggeber konkret unterlassen haben soll.

---

<sup>1</sup> Betr. den Schürmann-Bau in Bonn.