

■ Tomic

Bauzeit und zeitabhängige Kosten

in Vergabe, Vertrag und
Nachtrag – Änderungsursachen
und ihre Folgen

PDF

Lese-



Bundesanzeiger
Verlag

probe

Bauzeit und zeitabhängige Kosten

Allen zgedacht, die Antworten suchen
auf vergabe-, vertrags- und nachtragsrechtlich ungeklärte Fragen
im Zusammenhang mit der Bauzeit

Bauzeit und zeitabhängige Kosten

in Vergabe, Vertrag und
Nachtrag – Änderungsursachen
und ihre Folgen

herausgegeben von
Dr. jur. Alexander Tomic
Rechtsanwalt in Augsburg



Bundesanzeiger
Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zitiervorschlag:

Tomic, Bauzeit und zeitabhängige Kosten, Teil 1, Rdn. 20

Hinweis:

Alle Angaben in diesem Werk sind nach bestem Wissen unter Anwendung aller gebotenen Sorgfalt erstellt worden. Trotzdem kann von Verlag und Autoren keine Haftung für etwaige Fehler übernommen werden.

Bundesanzeiger Verlag GmbH
Amsterdamer Straße 192
50735 Köln

Internet: www.bundesanzeiger-verlag.de

Weitere Informationen finden Sie auch in unserem Themenportal unter www.betrifft-bau.de

Beratung und Bestellung:

Tel.: +49 (0) 221 97668-306

Fax: +49 (0) 221 97668-236

E-Mail: bau-immobilien@bundesanzeiger.de

ISBN (Print): 978-3-8462-0410-8

ISBN (E-Book): 978-3-8462-0411-5

© 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/ Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Herstellung: Günter Fabritius

Satz: media-dp gbr, St. Augustin

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

Geleitwort

„Zeit ist Geld“, – dieser Satz wird oft auch als kritische Anmerkung zu übertriebener Hast verstanden; vielfach gilt das Lob heute mehr der Langsamkeit und „Entschleunigung“. In der Ökonomie ist es dagegen seit langem üblich, die „Zeit“ nachhaltig auch als Wirtschaftsgut zu betrachten und mit einem „Geldwert“ in Berechnungen einzustellen. Eher unberücksichtigt blieb zunächst die rechtliche Dimension des Zeit-Wertes. Sie wurde mit der Steigerung der Produktivität auch auf der Zeitachse vor allem von der Baubetriebslehre aufgenommen und an die Juristen weitergegeben. Heute ist es ganz selbstverständlich, dass „Zeitverluste“, „Verzögerungen“ und „Beschleunigungen“ auch vertragliche Rechtsfragen aufwerfen, die inzwischen zu Standardthemen der Rechtsprechung und Kommentarliteratur gehören. Hier reiht sich nun auch das Buch von Alexander Tomic ein. Vorzüge und Besonderheiten gegenüber dem vorhandenen Schrifttum heben es aber hervor und machen es außerordentlich lesenswert:

Das Buch ist weder Kommentar noch Lehrbuch, obwohl es wie ein Kommentar transparent gegliedert und wie ein Lehrbuch im Kontext gut zu lesen ist. Der Stil der Arbeit ist monografisch, wo das Thema gründliche Abwägungen verlangt, belehrend, wo Rechtsprechung und/oder „herrschende Meinung“ angehalten werden, sich auf den rechten Weg zu besinnen; die Abhandlung ist knapp gehalten, wo lediglich Informationen vermittelt werden.

Tomic hat das Buch aus sichtbarem großen Interesse am Thema sowie aus einem reichem juristischen und baubetrieblichen Fachwissen geschrieben. Seine Begeisterung für die Sache teilt sich dem Leser mit. Die Lektüre ist – für juristische Abhandlungen dieses Umfanges gar nicht selbstverständlich – überall spannend. Sie wird das Interesse von Baujuristen und aller weiteren Beteiligten am Bau wecken: Architekten, Projektleitern, Unternehmern und deren Beratern sei es empfohlen.

Das Werk von Tomic ist aber nicht nur „lesbar“, auch der Inhalt überzeugt. Bei den in sich sehr unterschiedlichen und vielfältigen Bauzeitproblemen geht es dem Autor darum, aus dem rechtsgeschäftlichen Kern der Fragen einen ganzheitlichen Ansatz zu entwickeln, der durchgehend zu ausgewogenen Lösungen führt. Zielführend ist das besonders beim Einfluss der Vergabeunterlagen auf den dann abgeschlossenen Vertrag (Teil I, B), beim Umfang des Leistungsbestimmungsrechtes des Auftraggebers (Teil 2, B, C) sowie bei der Frage der Vorunternehmerzurechnung an die Verantwortung des Auftraggebers gem. § 278 BGB (Teil 3, B II). Entstanden ist so ein geschlossenes System von Verantwortungen, an dem weitergearbeitet werden kann und sollte. Tomic hat dazu einen wichtigen Baustein geliefert.

Ich wünsche dem Buch einen großen Leserkreis und eine sich anschließende fruchtbare Diskussion.

Prof. Dr. jur. Hans Ganten

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Bremen, im Juni 2014

Vorwort

Bauvorhaben, wie der Flughafen Berlin Brandenburg, die Elbphilharmonie Hamburg oder das Bahnprojekt „Stuttgart 21“, zeigen immer wieder aufs Neue, welche – im wahrsten Sinne des Wortes – kapitale Bedeutung die Bauzeit für Bauleistungen und Baukosten hat. Der Autor greift auf seine 25-jährige Erfahrung als Anwalt, Baujurist und Schlichter zurück. Angefangen von der Geltendmachung von Mehrkostenforderungen wegen Bauzeitverlängerung und Beschleunigung der Auftragnehmerseite (u.a. im Kernkraftwerksbau „KKW Isar II“) bis zur Abwehr von Nachtrags- und Bauzeitforderungen für öffentliche Auftraggeber (u.a. im Münchner U-Bahn-Bau „U6 München-Garching“) und zahlreiche weitere große, mittlere und kleinere Bauvorhaben u.a. im Brücken-, Straßen- und Tiefbau.

Das Erstaunliche ist, dass die Bauzeit in der Phase, in der die maßgeblichen Entscheider der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite die wesentlichen Grundlagen zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen wegen Bauzeitänderung und Bauzeitvergütung regeln könnten, in der Praxis so gut wie keine Rolle spielt und meist erst dann zum Thema wird, wenn die Kostenlawine längst rollt. Noch erstaunlicher ist, dass die nicht genutzte Chance, die Bauzeit von vornherein zu planen und zu regeln, als Hauptursache für die Zeit- und Kostenexplosion von der Fachliteratur kaum aufgegriffen und behandelt wird. Im Gegenteil: Bislang wird juristisch mehr oder minder nur im Bereich des Vertrags- und Nachtragsrechts an den Symptomen gearbeitet und der weit ursachen- und entscheidungsrelevantere Vergabebereich übergangen.

Anstoß für das Thema „Bauzeit und zeitabhängige Kosten in Vergabe, Vertrag und Nachtrag – Änderungsursachen und ihre Folgen“ gab und gibt die stetig wiederkehrende Erfahrung, dass die häufig das Kostenbudget sprengende Bauzeitfrage von beiden Seiten grobfahrlässig unterschätzt und in der Planung, Vergabe und regelmäßig auch Ausführung sträflich vernachlässigt wird. Dies führt für beide Seiten zu erheblichen Auswirkungen auf die Kosten und Folgekosten des Bauvorhabens.

Hauptanliegen dieser aus der Praxis für die Praxis heraus entstandenen Arbeit ist, dass Bauzeit und zeitabhängige Kosten nicht länger im umgekehrten Verhältnis zu deren Bedeutung erst in der Abrechnung in den Fokus rücken, sondern schon bei der Planung, Ausschreibung, Angebotsbearbeitung und Angebotsprüfung die gebührende Aufmerksamkeit erfahren. Der Autor weist anhand einer Vielzahl von Fällen, Entscheidungen und aktuellen Meinungen nach, welche Sprengkraft in der Fristen- und Kostenfrage steckt, und plädiert für frühe Klärung schon in der Ausschreibung und Vergabe sowie Kalkulation und Bauzeitplanung. Dieser enge Praxisbezug der Bauzeit zum Vergabe-, Vertrags- und Nachtragsrecht ist baurechtlich und baubetrieblich das Thema dieser Arbeit. Dementsprechend ist das Buch praxisorientiert gegliedert in drei Teile:

Teil 1: Vergabe und Bauzeit, Teil 2: Vertrag und Bauzeit und Teil 3: Nachtrag und Bauzeit. Im ersten – vergaberechtlichen – Teil geht es um die Bedeutung der Bauzeit bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, im Besonderen im Umgang mit den Formblättern Preisermittlung, der Urkalkulation und dem Bauzeitenplan, jeweils mit abschließenden Empfehlungen und Verbesserungsvorschlägen an die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite. Der zweite Teil behandelt vertragsrechtlich vorwiegend die Leistungsermittlung durch den Auftragnehmer sowie die Leistungsbestimmung und den Inhalt, Umfang und die Grenzen des Rechts des Auftraggebers auf Bauzeitänderung. Wegen Themen, die dagegen seit jeher im Zusammenhang mit Bauzeit und Vertragsfristen intensiv besprochen werden, wie z.B. Vertragsstrafen, darf auf

Vorwort

die weiterführende Literatur verwiesen werden. Der dritte – nachtragsrechtliche – Teil befasst sich schwerpunktmäßig mit der Dokumentation, den Anspruchsgrundlagen und der anspruch- und haftungsausfüllenden Kostenermittlung durch den Auftragnehmer.

Der Aufbau des Buches ist so angelegt, dass es Interessen und Sichtweisen aller Beteiligten im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung berücksichtigt und verarbeitet. Es hat praktischen Nutzen für Baujuristen auf der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite sowohl der öffentlichen wie privaten Hand sowie alle Beteiligten an der Planung, Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von zeit- und kostenrelevanten Bauvorhaben.

Herzlich bedanken möchte ich mich für den intensiven baurechtlichen und baubetrieblichen Erfahrungsaustausch aus der langjährigen Zusammenarbeit mit dem beratenden Bauingenieur Herrn Gert Leonhardt. Ebenso bedanken möchte ich mich für die weiterführenden Anregungen von führenden Vertretern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite. Ganz besonders danken möchte ich dem die Veröffentlichung maßgeblich möglich machenden und allseits geachteten Herrn Prof. Dr. Hans Ganten aus Bremen.

Dr. jur. Alexander Tomic
Augsburg, im Juni 2014

Inhaltsübersicht

Einleitung	43
Teil 1: Vergabe und Bauzeit	55
A. Formblätter Preisermittlung (vormals EFB-Preis)	59
I. Ziel, Zweck und Mittel	60
II. Praxis im Umgang mit Preis-Formblättern	76
III. Empfehlungen, Verbesserungs- und Änderungsvorschläge	109
B. Urkalkulation	127
I. Grundsätzliches zur Urkalkulation im Vergabeverfahren	127
II. Vorlage, Öffnung und Aufklärung der Kalkulation	147
III. Zeitabhängige Gemeinkosten in der Ausschreibung, Kalkulation und Wertung	170
C. Bauzeitenplan	208
I. Bauzeitenrahmenplan des Auftraggebers	210
II. Bauzeiten-/Baublaufplan des Bieters und Auftragnehmers	214
III. Vertrags- und Nachtragsrelevanz der Bauzeitplanung	241
Teil 2: Vertrag und Bauzeit	253
A. Kalkulationsfreiheit und Leistungsermittlungspflicht des Bieters	255
I. Anforderungen an die Leistungsermittlungspflicht	259
II. Gegenstand der Leistungsermittlungspflicht	289
III. Folgen der Nichterfüllung der Leistungsermittlungspflicht	297
B. Leistungsbestimmungsrecht und -pflicht des Auftraggebers	307
I. Rechtsprechung	308
II. Meinungsstand in der Literatur	311
III. Stellungnahme	313
C. Recht des Auftraggebers auf Bauzeitänderung?	319
I. Aktueller Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	322
II. Stellungnahme und Lösungsvorschlag	330
III. Zusammenfassung	342
Teil 3: Nachtrag und Bauzeit	343
A. Dokumentation	347
I. Dokumentation in der Auftragnehmerpraxis	347
II. Dokumentation in Rechtsprechung und Literatur	353
III. Dokumentation in der baubetrieblichen Praxis	374
B. Anspruchsgrundlagen	381
I. Planverzug	381
II. Mangelhafte oder verspätete Vorunternehmerleistungen	400
III. Beschleunigung und Verzug	417
IV. Sonderfall: Vergabeverzögerung	442

Inhaltsübersicht

C. Kosten	463
I. Aufwand und Kosten	463
II. Kostenfolgen	532
III. Nachtragsbearbeitungskosten	598
Stichwortverzeichnis	611

Einleitung

Neue Herausforderungen

Leistungsabhängige Kosten und mit ihnen Leistungsnachträge wegen geänderter und zusätzlicher Leistung verlieren, zeitabhängige Kosten und Zeitnachträge wegen verlängerter Bauzeit gewinnen an Bedeutung. **1**

Auf dem Bau findet ein Prozess zunehmender Verlagerung statt, einer Verlagerung vom Leistungsmoment zum Zeitmoment mit neuen Herausforderungen, aber auch Anforderungen an Auftragnehmer und Auftraggeber im Umgang mit Nachträgen. Richtungsweisend für die Neuausrichtung im Nachtragsmanagement ist, dass rein „technische“ Leistungsnachträge wegen geänderter und zusätzlicher Leistung nicht mehr die Regel und Zeitnachträge wegen verlängerter Bauzeit nicht mehr die Ausnahme sind. Nein: Verhandelt, gestritten und prozessiert wird – nicht mehr nur auf Großbaustellen – mehr und mehr über Zeitnachträge. **2**

Neuformierung von Bauleistung und Bauzeit

Grund für den stetig größeren Stellenwert von Zeitnachträgen gegenüber Leistungsnachträgen sind fallende Preise im immer härteren Preiswettbewerb bei durch Verbesserung von baubetrieblichen Techniken und Verfahrensweisen steigenden Kosten und gleichzeitig immer größer werdendem Termindruck. Werden doch in dem seit Jahren anhaltenden und den Bietermarkt dezimierenden Preiskampf Leistungen mehr und mehr zu Preisen angeboten, die nicht mehr kostendeckend sind. Eine Entwicklung, die sich wegen des angebotsanalog fortzuschreibenden Preisniveaus auf Leistungsnachträge wegen geänderter und zusätzlicher Leistungen nur noch mehr verstärkt. Und das steigert nicht, das mindert eher die Bedeutung und Attraktivität von Leistungsnachträgen. **3**

Umgekehrt verlieren nicht, sondern gewinnen Zeitnachträge mit jedem Ruf nach kürzerer Bauzeit an Bedeutung. Denn je kürzer die geforderte Bauzeit bei gleicher oder mehr Leistung, um so eher stellt sich infolge von Leistungsänderungen, zusätzlichen Leistungen und sonstigen Bauablaufänderungen, die auf dem Bau naturgemäß nie ausbleiben, die Frage nach längerer Bauzeit und damit früher oder später auch und vor allem die Frage nach zeitabhängigen Mehrkosten wegen verlängerter Bauzeit. **4**

Zunehmende Bedeutung von Zeitnachträgen gegenüber Leistungsnachträgen beeinflusst und ändert nicht nur den Nachtragstyp, sondern das Nachtragsprofil insgesamt. Denn, was das Nachtragsprofil ausmacht und bestimmungsgemäß dazu beiträgt, dass Nachträge erreichen, was sie erreichen sollen, nämlich Anpassung der vereinbarten Vergütung an geänderte Leistungen und Zeiten, sind zum einen die Kalkulation der leistungs- und zeitabhängigen Kosten und zum anderen die Dokumentation der vereinbarten und geänderten Leistungen und Zeiten. **5**

Genau darin aber unterscheiden sich Leistungsnachträge von Zeitnachträgen so grundlegend, dass sich die Baubeteiligten mit dem steten Zuwachs von Zeitnachträgen mehr und mehr auf eine neue Qualität und Komplexität im Nachtragsmanagement werden umstellen müssen. **6**

Einleitung

Kalkulation zeitabhängiger Kosten

- 7** Warum sich die Kalkulation von Leistungs- und Zeitnachträgen so grundlegend voneinander unterscheidet, liegt an den Unterschieden der leistungs- und zeitabhängigen Kosten.
- 8** Leistungsabhängige Kosten werden für jede Teilleistung und jede Position im Leistungsverzeichnis mit den leistungsabhängig kalkulierten Einzelkosten, wie Lohn-, Stoff-, Geräte- und Nachunternehmerkosten, Position für Position getrennt ermittelt. Dagegen fließt hier der Zeitfaktor über die, in Arbeitsstunden pro Mengeneinheit kalkulierten Aufwandswerte regelmäßig nur zweitrangig in die Kostenermittlung mit ein. Kostenbestimmend bleibt die Leistungsmenge der ausgeschriebenen Teilleistung. So können denn auch die Einzelkosten jeder Teilleistung und jeder Leistungsposition direkt zugeordnet und bei Änderung der Leistung nachvollziehbar fortgeschrieben werden.
- 9** Zeitabhängige Kosten dagegen stehen nicht in unmittelbarem Zusammenhang zu einzelnen Leistungen und Positionen. Die Folge ist, dass die zeitabhängigen Kosten in der Regel den Gemeinkosten der Baustelle zugerechnet werden und sich deshalb, weil sie nicht bei Herstellung einzelner Teilleistungen, sondern im Zuge aller Abläufe der Baustelle anfallen, nicht getrennt nach Teilleistung und Leistungsmenge ermitteln lassen. Ihre Erfassung erfolgt vielmehr unabhängig von der Leistungsherstellung und Leistungsmenge je nach Zeitbedarf, Einsatzdauer und Ausstattung der Baustelle.
- 10** Soweit das Leistungsverzeichnis für zeitabhängige Gemeinkosten keine eigenen Positionen bereithält, ist es Sache des Bieters, sie möglichst so in die Positionspreise einzurechnen, dass nach Abrechnung aller direkten Herstellkosten zumindest eine Gemeinkostendeckung erwirtschaftet wird. Eben hier sind aber dem erfahrenen Kalkulator dadurch, dass er bei der Verteilung von zeitabhängigen Gemeinkosten in der Regel nicht an einzelne Leistungspositionen gebunden ist, in seinen Gestaltungsmöglichkeiten – von festen Umlageprozentsätzen über variable Verteilerschlüssel bis hin zu, in Einzelkosten der Teilleistungen und Nachunternehmerkosten oftmals nur „versteckt“ eingerechneten Kostenanteilen¹ – so gut wie keine Grenzen gesetzt.
- 11** Das freilich erhöht mit mehr und mehr zeitorientierter Preiskalkulation die Anforderungen an den Auftragnehmer, der die Kalkulation erstellt und erst recht an den Auftraggeber, der die Ursache und Wirkung von zuordnungsfreien zeitabhängigen Kosten im Preisgefüge nachvollziehen können soll. Und nachvollziehen sollte er das, eben weil zeitabhängige Kosten in der Kalkulation an Bedeutung gewinnen und hier zunehmend eine Verlagerung von leistungs- zu zeitabhängigen Kosten stattfindet, nach Möglichkeit nicht erst in der hinterher präsentierten Nachtragskalkulation, wenn die Würfel schon gefallen sind und der Auftrag erteilt ist, sondern in der von Anfang an für ausgeschriebene und vergebene Leistungen hinterlegten Angebots- und Auftragskalkulation.

¹ Beispielhaft hierzu G/S, Störungen im Bauablauf, S. 165 ff.

Planung der Bauzeit

Wenn zeitabhängige Kosten in der Kalkulation mehr und mehr an Bedeutung gewinnen, dann tun sie es auch und erst recht in der Planung der Bauzeit, die Grundlage der Kalkulation ist. Denn Grundlage der Kalkulation ist die für die Ausführung der vertraglichen Leistung bestimmte Bauzeit. Jede Änderung der Bauzeit bewirkt eine Änderung der zeitabhängigen Kosten. Je mehr Einzel- und Zwischenfristen der Bauzeitenplan vorsieht, um so mehr lassen sich daraus konkrete und konfliktfreie Änderungen der zeitabhängigen Kosten herleiten. Je kleiner und kürzer die Zeiteinheiten von Anfang an angelegt sind, desto mehr Gestaltungsmöglichkeiten hat der Auftragnehmer bei der Zuordnung von Ursache und Wirkung bei Änderungen der Bauzeit und umso weniger Möglichkeiten hat der Auftraggeber, dem zu widersprechen.² **12**

Zudem hat sich in Bieterkreisen offenbar herumgesprochen, dass, wenn sie die Bauleistung diversifiziert in möglichst viele Teilbauleistungen und Teilbauzeiten unterteilen, sie mit zeitabhängigen Kosten insgesamt entsprechend mehr erwirtschaften. **13**

Dass derart detaillierte Feinablaufpläne bei langen und komplexen Bauabläufen schnell unrealistisch werden³, trifft zu. Allerdings: Wenn Auftragnehmer ihrer Kalkulation und Ablaufplanung bei Angebotsabgabe realistische Aufwandswerte zugrunde legen würden, erhielten sie kaum je einen Auftrag, weil damit Vertragstermine schlicht nicht zu halten wären.⁴ Da der Auftragnehmer aber ebenso weiß, dass er den Auftrag unter realen Bedingungen nicht erfüllen kann, zwingt ihn die Forderung nach immer kürzeren Fristen dazu, zur Erlangung des Auftrages unrealistische Zeitansätze zugrunde zu legen, um der Erfüllung des Auftrages willen zugleich aber auch Vorkehrungen zu treffen für den vorprogrammierten Fall der Nichteinhaltung der Bauzeit. **14**

Den Spagat zwischen Auftragserlangung und Auftragserfüllung vollbringt der Auftragnehmer dadurch, dass er ausführungsbedingte Einarbeitungszeiten, Rückbauzeiten und Pufferzeiten für witterungsbedingte oder sonstige betriebsbedingte Verzögerungen als Reaktion auf immer kürzere Bauzeiten minimiert und so mit unzureichenden Zeitansätzen einen Bauablauf quasi wie unter keim- und störungsfreien Laborbedingungen plant, der entgegen allen realen Bauabläufen und unvermeidbaren Ablaufänderungen auf Baustellen praktisch nicht zu realisieren ist. **15**

Bauzeitplanung mit Abhängigkeiten

Die sich so mehr und mehr voneinander entfernende Planung und Wirklichkeit kompensiert die Praxis mit zwei in der Ablaufplanung Weichen stellenden und für spätere Nachträge folgenreichen Steuerungselementen: **16**

Das sind zum einen die Abhängigkeiten der Teilleistungen untereinander, die der Auftragnehmer innerhalb der Gesamtleistung zu berücksichtigen hat. Wenn diese Teilleistungen in weniger Bauzeit unterzubringen sind, dann nehmen notwendigerweise die kausalen, technischen und zeitlichen Abhängigkeiten der vielfach ineinandergreifenden Funktionen, Gewerke und Leistungen untereinander zu. Wenn **17**

2 K/S, Bd. 1: Einheitspreisvertrag, Rdn. 5; Witteler, Schwachstellenanalyse, S. 74.

3 Witteler, Schwachstellenanalyse, S. 74 f.

4 G/S, Störungen im Bauablauf, S. 22.

Einleitung

diese Entwicklung von immer mehr Bauleistung in immer weniger Bauzeit weiter so anhält, haben Auftragnehmer nicht nur nachtragsstrategisch, sondern schon um der Erfüllung des Auftrages willen gar keine andere Möglichkeit, als gegenseitige Abhängigkeiten zwischen den Teilleistungen so engmaschig miteinander zu vernetzen, dass als Endstufe – bildhaft gesehen: wie in einem Mikadospiel – schon geringste Eingriffe in den Bauablauf und Änderungen möglichst vieler zeitkritisch gestellter Teilleistungen das Zeitsystem ins Wanken bringen und zwangsläufig so gut wie immer unmittelbare Auswirkungen auf den Gesamtablauf und die Gesamtbauzeit haben.

- 18** Das zweite Steuerungselement neben den Abhängigkeiten der Teilleistungen sind die Abhängigkeiten der Ausführungsbedingungen, die vom Auftraggeber zu erfüllen sind. Der Auftragnehmer wird deshalb versuchen, den Auftraggeber durch entsprechend notwendige Ausführungsbedingungen (z.B. Termine für Planlieferung, Vorleistungen, Baufreiheit usw.) von Anfang an in seine Ablauf- und Nachtragsplanung mit einzubinden.
- 19** Mit diesen beiden Steuerungselementen decken Auftragnehmer Störungs- und Behinderungsursachen im Wesentlichen ab, angefangen von Eingriffen des Auftraggebers in den Bauablauf durch aktives Tun wie Ändern einzelner Teilleistungen bis hin zu passivem Unterlassen von notwendiger Mitwirkung zur termingerechten Fertigstellung. Vorteil: Der Auftragnehmer hat nachher immer einen Grund zur Hand, warum er die eine oder andere Leistung nicht in der jeweiligen Ausführungszeit hat ausführen können. Und, er hält sich damit vor allem zwei Türen offen:

Bauzeitplanung defensiv und offensiv

- 20** Der Auftragnehmer schließt, solange und soweit er Überschreitungen von Fristen nicht zu vertreten hat, defensiv gegen ihn gerichtete Verzugs- und Vertragsstrafansprüche des Auftraggebers aus und schafft offensiv zugleich Voraussetzungen, um im Falle verlängerter Ausführungszeiten, die wegen Änderung von Teilleistungen oder Unterlassen von Mitwirkungshandlungen im Risiko- und Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegen, eigene Ansprüche wegen zeitabhängiger Mehrkosten infolge verlängerter Bauzeit geltend zu machen.
- 21** Das erklärt, warum viele Auftragnehmer den Bauzeitenplan nicht mehr nur als Mittel zur Koordination bloß innerbetrieblicher Abläufe begreifen, sondern mehr und mehr als hausinternen Rundum-Versicherungsschutz gegen Risiken späterer Verzugs- und Vertragsstrafansprüche und zugleich als Option für die Geltendmachung und Durchsetzung von eigenen Ansprüchen auf Mehrkosten aus Bauzeitverlängerung. Bauzeitenpläne dienen den Auftragnehmern also nicht nur als Arbeitsgrundlage, sondern – nennen wir es ruhig beim Namen – auch und vor allem als Nachtragsgrundlage.
- 22** Mehr noch: Die Auftragnehmerseite versteht es, die Entwicklung hin zu immer kürzeren Bauzeiten für sich zunutze zu machen, indem sie sich durch Sonderanschläge mit teils gegenüber den Zeitvorgaben des Auftraggebers noch kürzeren Bauzeiten Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Bietern verschafft. Nicht allen Auftraggebern, die den Zuschlag auf solche bauzeitverkürzenden Sonderanschläge erteilen, scheint allerdings klar zu sein, dass sich dadurch dem Auftragnehmer zusätzlich zwei nachtragsrelevante Möglichkeiten eröffnen, nämlich:

Teil 1: Vergabe und Bauzeit

Kommt es infolge von geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu Mehrkosten, sind die Regelungen, die die VOB für die Berechnung der Nachtragsforderung bereithält, vom Grundsatz her klar. Erfolgen soll die dann zu vereinbarende Preisanpassung nach den Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten der geänderten Leistung (§ 2 Abs. 5 VOB/B) und bei zusätzlicher Leistung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B).

62

D.h.: Die Grundlagen des Preises und der Preisermittlung für die vertragliche und die geänderte bzw. zusätzliche Leistung sollen sich nicht ändern, bleiben also gleich. Der geänderte Preis folgt aus der Fortschreibung der Grundlagen des Preises und der Preisermittlung für die vertragliche Leistung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten der geänderten Leistung wie auch der besonderen Kosten der geforderten zusätzlichen Leistung. Einheitlicher Ausgangspunkt jeder Preisänderung sind und bleiben aber, wie gesagt, die Preisermittlungsgrundlagen für die vertragliche Leistung.

63

Preisermittlungsgrundlagen für die vertragliche Leistung

Was aber sind die „**Preisermittlungsgrundlagen für die vertragliche Leistung**“? Eine Frage, die niemanden interessiert, solange es allein um die vertragliche Leistung geht, für die der Preis vereinbart ist. Eine Frage, von der aber viel abhängt, sobald sich die vertragliche Leistung ändert und ein neuer Preis gefunden und vereinbart werden muss.

64

Wie meist bei praxisrelevanten Fragen schwankt die Praxis: Die einen reduzieren die Preisermittlungsgrundlagen auf den, dem Auftragnehmer vorbehaltenen Kernbereich der Kalkulation.¹ Der überwiegende Teil zählt zu den Preisermittlungsgrundlagen weit mehr, nämlich alles, was wesentlicher Gegenstand der Preisberechnung, vornehmlich der Kalkulation im Einzelfall ist und auf die eigenen Kosten des Bieters bzw. späteren Vertragspartners Einfluss ausübt.²

65

Die gemeinsame Schnittmenge aller aber ist die Kalkulation. Nach der Rechtsprechung ist es die Urkalkulation.³ Denn eine Urkalkulation belegt üblicherweise die dem Angebot zugrunde liegende Kalkulation der Preise.⁴

66

1 K/M-Schneider, § 9 Abs. 9 VOB/A, Rdn. 146 und § 2 VOB/B, Rdn. 137; ebenso in K/S, Bd. 1: Einheitspreisvertrag, Rdn. 1000.

2 I/K/K/L-von Wietersheim, § 9 VOB/A, Rdn. 118; H/R/R-Heiermann/Bauer, § 9 VOB/A, Rdn. 97; H/R/R-Kuffer, § 2 VOB/B, Rdn. 149 und ebenso bereits u.a. Weyer, BauR 1990, 138, 147.

3 BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – VII ZR 137/07, BauR, 2008, 512; NZBau 2008, 251; IBR 2008, 201 (Stemmer) und im Besonderen zu den Grundlagen des Preises für die Baustelleneinrichtung, VOB-Stelle Sachsen-Anhalt, Stellungnahme vom 8.3.2000, Fall 235, IBR 2000, 263 (Dähne) sowie Baustellengemeinkosten, OLG Frankfurt, Urt. v. 12.3.1998 – 1 U 157/96, IBR 1999, 47 (Schilling).

4 BGH, a.a.O., allerdings einschränkend zur nachvertraglich im verschlossenen Umschlag übergebenen Urkalkulation, die den AN nicht berechtigt, die dem Vertrag zugrunde liegende Preisermittlungsgrundlage, wie sie in der Preisauflösung des Angebots zum Ausdruck gekommen ist, (einseitig) zu verlassen.

Teil 1: Vergabe und Bauzeit

- 67** Was für die Kalkulation gilt, gilt grundsätzlich natürlich auch für die Angaben zur Kalkulation in den Preis-Formblättern, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Rechtsprechung⁵ und den Vergaberichtlinien zu § 2 VOB/B⁶ zur Beurteilung der Angemessenheit von neuen Preisen heranzuziehen sind.
- 68** Obwohl sich in diesem Kernbereich alle also einig sind und danach die Kalkulation wesentliche Grundlage für die Bildung und Beurteilung neuer Preise sein soll, steht die Praxis nach wie vor vor erheblichen Problemen in der Nachtragsabrechnung, die unter Zuhilfenahme von Schlichtern, Richtern und Sachverständigen meist mit in der Regel niemanden zufriedenstellenden Vergleichen zu lösen sind. Die Ursachen für die Nachtragsprobleme allerdings liegen, wie so häufig, nicht dort, wo sie ihre Wirkung zeigen, sondern weit früher, bevor es überhaupt zur Vergabe des eigentlichen Auftrages kommt, über dessen Preisgrundlagen später verhandelt, gestritten und verglichen wird.
- 69** Hier stehen wir vor einem Phänomen, das es so wohl nur in der Nachtragsabrechnung und hier im Besonderen im Umgang mit den Grundlagen der Preisermittlung gibt: Denn, so einig sich die Literatur und Rechtsprechung im Kernbereich darüber sind, was wesentliche Grundlage der Ermittlung neuer Preise ist, so uneinig sind sich Literatur und Rechtsprechung in der viel vordringlicheren Frage des Umgangs mit Preisgrundlagen der ursprünglichen, noch gar nicht geänderten vertraglichen Leistung, und zwar von der Angebotsabgabe über die Prüfung und Wertung von Angeboten bis hin zur auftrags- und nachtragsrelevanten Zuschlagserteilung. Das freilich verunsichert die ohnehin schon uneinheitliche Anwenderpraxis der Auftraggeber- und Bieterseite im Umgang mit den Grundlagen der Kalkulation und Preisermittlung nur noch mehr.
- 70** Angefangen bei den Angaben zur Kalkulation in den **Formblättern Preisermittlung**, bei denen schon die Bieterseite viel Mühe hat, ihre objekt- und betriebsbedingt meist sehr viel differenziertere Kalkulation in die standardisierte Preisform zu bringen. Schwer tut sich hier vor allem auch die Auftraggeberseite bei der Berücksichtigung, aber auch Prüfung und Wertung der „reduzierten“ Kalkulationsangaben in den Preis-Formblättern.
- 71** Vor noch größeren Schwierigkeiten stehen beide Seiten bei der Erstellung und erst recht Wertung der eigentlichen Kalkulation, der **Urkalkulation**. Welche nachtragsstrategisch relevanten Kalkulationsangaben sollte z.B. der Bieter oder sollte er vielleicht besser nicht in der Urkalkulation, im Begleitschreiben offenlegen, welche Hinweise bei Unklarheiten kann er, soll er machen, ohne sich selbst zu schaden und gar den Ausschluss wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zu riskieren (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A)⁷? – Wann kann und wie soll umgekehrt der Auftraggeber gerade

5 OLG Schleswig, Urt. v. 19.12.2003 – 4 U 4/00, BauR 2005, 712; IBR 2005, 186 (Moufang), wonach EFB-Formblätter „zumindest Indizwirkung“ haben und eine mögliche Unvollständigkeit und Widersprüche in den Kalkulationsunterlagen zulasten des darlegungs- und beweispflichtigen Bieters gehen; vgl. auch OLG Nürnberg, Urt. v. 18.12.2002 – 4 U 2049/02, IBR 2003, 55 (Reister) und VOB-Stelle Niedersachsen, Stellungnahme vom 19.11.1997, Fall 143, IBR 1998, 146 (Hunger).

6 VHB Bund 2008, Leitfaden zur Vergütung von Nachträgen (Richtlinien 510), Nr. 3.1.2 (2. Abs.) mit folgender Einschränkung: „vorausgesetzt, diese Angaben sind vollständig, in sich schlüssig, rechnerisch richtig und ausreichend aussagekräftig“. Ebenso Nr. 3.2.2 Prüfung der Nachtragsforderung a) (a.E.).

7 Vormals § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B.

auch mit Blick auf spätere Bauzeitnachträge etwa zeitabhängige Baustellengemeinkosten durch Einsicht in die Urkalkulation und Angaben zur Kalkulation in den Preis-Formblättern prüfen, werten und miteinander vergleichen?

Hierbei nicht zu vergessen ist eine Grundlage der (zeitabhängigen) Kosten- und Preisermittlung, der die Praxis bei und nach Auftragserteilung in der Regel weniger Bedeutung beimisst, als ihr in der Nachtragswirklichkeit gebührt, nämlich die Bauzeit als das tragende Element der Kalkulation und der Kostenträger der zeitabhängigen Kosten überhaupt. Gerade hier bereitet der Praxis allergrößte Schwierigkeiten der Umgang mit den Angaben zum zeitlichen Ablauf des Bauvorhabens, die der Bieter und spätere Auftragnehmer als Teil des Amtsentwurfs entweder ausdrücklich anzuerkennen oder mit einem eigenen entsprechenden **Bauzeitenplan** einzureichen hat. Wie kann und wie darf der Auftraggeber beispielsweise optimierte Bauabläufe oder sonst wie geänderte Bauzeitenpläne des Bieters berücksichtigen, prüfen und werten? – Mit welchen zusätzlichen Ausführungsbedingungen und sonstigen zeitlichen Abhängigkeiten kann sich umgekehrt der Bieter und Auftragnehmer bei (zu) kurzen Bauzeiten gegen ihn anzulastende Folgen einer vorprogrammierten Überschreitung der Bauzeit schützen?

72

Alles Fragen aus der Praxis, auf die wir verlässliche und für die Praxis brauchbare Antworten erst finden, wenn wir wissen, welche Regeln es bezüglich der Grundlagen der Preisermittlung gibt (oder vielleicht auch nicht gibt) und wie vor allem Auftraggeber, Bieter und Auftragnehmer mit ihnen umgehen. Erst dann erfahren wir, wo die Möglichkeiten, aber auch Grenzen der Praxis im Umgang mit der Kalkulation und Bauzeit liegen. Das Wissen um die Gründe und Ursachen der Probleme beider Seiten mit der Kosten- und Preisermittlung ist ein erster Schritt zur Konfliktvermeidung von der Angebotsbearbeitung bis zur Auftragserteilung und, wenn wir dieses Etappenziel auch nur annähernd erreichen, ein entscheidender Beitrag zur Lösung und möglicherweise Vermeidung von Problemen nach der Auftragserteilung bis zur Nachtragsbearbeitung.

73

Machen wir uns deshalb zunächst vertraut mit den Regeln, den Möglichkeiten, aber auch Grenzen der Praxis im Umgang mit (A.) den Angaben zur Kalkulation in den **Formblättern** Preisermittlung, (B.) der **Urkalkulation** und (C.) dem für zeitabhängige Kosten wesentlichen **Bauzeitenplan**.

74

A. Formblätter Preisermittlung (vormals EFB-Preis)

Übersicht:

- I. Ziel, Zweck und Mittel
- II. Praxis im Umgang mit Preis-Formblättern
 1. Bieterpraxis bei Ausfüllung der Preis-Formblätter
 2. Vergabepaxis der Auftraggeber bei Auswertung der Preis-Formblätter
 3. Spruchpraxis der Vergabekammern und Gerichte zu den Preis-Formblättern
- III. Empfehlungen, Verbesserungs- und Änderungsvorschläge

Teil 2: Vertrag und Bauzeit

In der Praxis sind Nachtragsstreitigkeiten, d.h. Streitigkeiten über den Grund und die Höhe von technischen und zeitabhängigen Nachtragsforderungen meist durch unterlassene oder unzureichende Aufklärung in der Angebots- und Vergabephase hinausgeschobene „**Vertragsstreitigkeiten**“, d.h. Streitigkeiten über den Inhalt und Umfang vertraglicher Leistungen. Fast jede Vertragsstreitigkeit wiederum hat ihren Grund und ihre Ursache im, das Verhältnis von Vertrags- und Nachtragsrecht maßgeblich bestimmenden und dennoch bis heute weithin ungeklärten Spannungsfeld zwischen (A.) der Kalkulationsfreiheit und Leistungsermittlungspflicht des Bieters und späteren Auftragnehmers, (B.) dem Leistungsbestimmungsrecht und einer etwaigen Leistungsbestimmungspflicht des Auftraggebers und im Besonderen bezogen auf die Bauzeit (C.) einem wie auch immer gearteten Recht des Auftraggebers auf Bauzeitänderung.

1

A. Kalkulationsfreiheit und Leistungsermittlungspflicht des Bieters

Im engeren Sinn steht **Kalkulation** für **Kostenermittlung** oder – genauer gesagt – für Zuordnung und Zurechnung von Kosten auf geforderte Leistungen. In diesem Sinne wird die **Urkalkulation** auch definiert als „Vorausberechnung der Kosten zur Festlegung der Preise für eine durch die Verdingungsunterlagen und ggf. ergänzende Auftragsverhandlungen beschriebene Bauleistung“¹ oder kürzer als „Vorkalkulation der Soll-Kosten“.² Dabei sollte die Urkalkulation als – abhängig vom Kalkulations- und Vorlagezeitpunkt – **Angebotskalkulation** Grundlage sein für die Angebotsbearbeitung. Bei Verlangen, Vorlage und Erstellung erst nach Auftragserteilung und vor Ausführungsbeginn kann es sich in baubetrieblicher Hinsicht allerdings auch um **Arbeitskalkulation** handeln. Bei Vorlage der „Urkalkulation“ erst im Nachtragsfall ist meist jedoch nicht mehr feststellbar, ob es sich um eine Angebotskalkulation, Arbeitskalkulation oder gar erst auf nachträgliche Leistungen speziell zugeschnittene **Nachtragskalkulation** handelt.

2

In der Baupraxis versteht man unter „Kalkulation“ im weiteren Sinn sowohl die **Kostenermittlung** als auch die von Unternehmen zu Unternehmen je nach Marktlage variierende **Preisbildung**.³ Die VOB, die in § 9 Abs. 9 VOB/A⁴ und § 2 VOB/B den übergeordneten Begriff der **Preisermittlungsgrundlagen** verwendet, versteht diesen Begriff im weitesten Sinn als alles, was wesentlicher Gegenstand der Preisberechnung und Kalkulation ist und auf die eigenen Kosten des Bieters bzw. späteren Vertragspartners Einfluss ausübt.⁵

3

Grundlage und Gegenstand der Kosten- und Preisermittlung wiederum ist die **Leistung** und, falls sie vom Auftraggeber in sog. Leistungsbeschreibungen beschrieben wird, die **Leistungsbeschreibung**. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundes-

4

1 Brieskorn/Stamm, NZBau 2008, 414.

2 K/S, Bd. 1: Einheitspreisvertrag, Rdn. 27.

3 Plümecke, Preisermittlung für Bauarbeiten, Kapitel I, Abschn. 3.1.3 (S. 36).

4 Vormals § 15 VOB/A 2006.

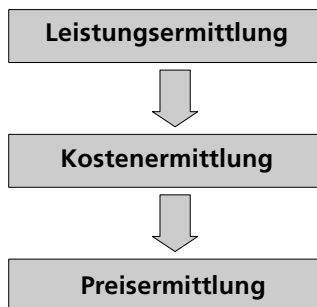
5 I/K/K/L-von Wietersheim, § 9 VOB/A, Rdn. 118.

A. Kalkulationsfreiheit und Leistungsermittlungspflicht des Bieters

gerichtshofs ist zur Wertung von Angeboten jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis **so wie gefordert** vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird.⁶ Was gefordertes **Bau- und Leistungs-soll** ist und welche Leistung der Unternehmer zu den vereinbarten Vertragspreisen auszuführen hat, ist in Nachtragsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien regelmäßig aber streitig und werden in dem Fall die Weichen für die vertraglichen Leistungen und Preise durch nachträgliche **Auslegung** gestellt. Nur wenn sich danach ergibt, dass die geforderte Leistung mit dem Vertragspreis nicht abgegolten ist, ist ein zusätzlicher Vergütungsanspruch unter den weiteren rechtlichen Voraussetzungen der jeweils anzuwendenden Vertragsordnung gerechtfertigt.⁷

- 5 Wenn der Bieter und spätere Auftragnehmer den Inhalt und Umfang der Leistung gemäß diesen juristischen Auslegungsgrundsätzen nicht von vornherein zutreffend bewertet, nutzt ihm auch die – ingenieurtechnisch und betriebswirtschaftlich – noch so detaillierte Kosten- und Preisermittlung nichts. Denn wie gesagt: Der Unternehmer hat den Preis mit dem Betrag anzusetzen, der für die geforderte Leistung beansprucht wird⁸ und hat diese Leistung dann auch nachher ohne veränderte Vergütung auszuführen.
- 6 Bezeichnenderweise aber wird gerade die für die spätere Ausführung und Abrechnung Weichen stellende Ermittlung von Inhalt und Umfang der vertraglich vereinbarten Leistung bisher bei herkömmlichen Definitionen der Kalkulation nur als untergeordnete und unselbstständige Kalkulationsvorbereitung als selbstverständlich vorausgesetzt, weshalb vielleicht gerade deswegen die Bedeutung und Folgen der Leistungsermittlung für später geltend gemachte Nachtragsforderungen von Unternehmern regelmäßig unterschätzt werden.
- 7 Deshalb schlage ich vor, den Begriff „Kalkulation“ im weitesten Sinne als ein Verfahren zur Zurechnung von Kosten auf Leistungen nicht in zwei, sondern drei Stufen zu verstehen, nämlich als:

(1) Leistungsermittlung, (2) Kostenermittlung und (3) Preisermittlung oder graphisch in drei aufeinander aufbauenden Stufen dargestellt als:



6 BGH, Urt. v. 16.4.2002 – X ZR 67/00, BauR 2002, 1236; NZBau 2002, 517; VergabeR 2002, 463; IBR 2002, 374 (Horn); BGH, Urt. v. 7.1.2003 – X ZR 50/01, BGHZ 154, 32; NZBau 2003, 406; VergabeR 2003, 558; IBR 2003, 264 (Weihrauch); BGH, Beschl. v. 18.5.2004 – X ZB 7/04, BGHZ 159, 186; BauR 2004, 1433; NZBau 2004, 457; VergabeR 2004, 473; IBR 2004, 448 (Brößkamp).

7 Kniffka/Jansen/v. Rintelen, ibr-online Bauvertragsrecht, § 631 BGB, Rdn. 687.

8 Siehe BGH (a.a.O.).

Teil 3: Nachtrag und Bauzeit

Der Erfolg einer jeden Nachtragsforderung wegen Bauzeitverlängerung oder sonstiger Ablaufstörung hängt in der Praxis im Wesentlichen von drei Faktoren ab: in erster Linie von der **Dokumentation** der störungsrelevanten Tatsachen, in zweiter Linie, abhängig von der jeweiligen Behinderungs- und Störungsursache, von der Zuordnung zur jeweils rechtlich **Anspruchsgrundlage** und drittens, abhängig von der Anspruchsgrundlage, von der baurechtlich und baubetrieblich zutreffenden Herleitung der änderungs- bzw. störungsrelevanten **Kosten**. Dem entspricht folgender Aufbau:

(A.) Dokumentation,

(B.) Anspruchsgrundlagen und

(C.) Kosten.

A. Dokumentation

I. Dokumentation in der Auftragnehmerpraxis

Dokumentation als Kostennachweis

Die Dokumentation im Sinne umfassender Bestandsaufnahme aller ausgeführten Leistungen und nicht allein nur der Abweichungen zwischen vertraglich auszuführenden und tatsächlich ausgeführten Leistungen wird auf Baustellen in der Regel kleingeschrieben. Das liegt daran, dass die Dokumentation von Auftragnehmern weithin nicht verstanden wird als (obligate) Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen bei Bauablaufstörungen, sondern allenfalls bei der Geltendmachung von sog. Behinderungsschäden als (fakultative) Ermittlungs- und Berechnungsgrundlage der **Anspruchshöhe**. Auftragnehmer sehen die Dokumentation mehrheitlich nicht als Möglichkeit, die es zu nutzen gilt, um Anspruchsvoraussetzungen schon dem Grunde nach zu erfüllen, sondern als weitere Müheverwaltung, ohne die sich Mehrkosten der Höhe nach auch mit geringerem Aufwand bestimmen lassen.

Vor die Wahl zwischen Vergütung, Schadensersatz und Entschädigung gestellt, entscheiden sich Auftragnehmer überwiegend für die Vergütung. Eines der sich am hartnäckigsten haltenden Gerüchte nämlich ist, wenn es um die Auswahl von Mehrforderungen wegen Ablaufstörung geht, dass die Anforderungen an die Dokumentation bei der Vergütung vermeintlich geringer seien. Denn hier würden, so die verbreitete Vorstellung, im Gegensatz zum nachweislichen Schaden bei Geltendmachung von Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B) nicht tatsächliche, sondern kalkulierte Mehrkosten maßgebend sein (§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B). Gleiches wird angenommen für den vergütungsähnlichen Entschädigungsanspruch (§ 642 BGB), der wegen des dort allerdings nicht zu ersetzenden entgangenen Gewinns¹ und der außerdem noch

1 BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 (725); BGHZ 143, 32; NZBau 2000, 187; ZfBR 2000, 248; IBR 2000, 216 (Kraus).

A. Dokumentation

gegenzurechnenden, weithin aber unklaren² Aufwendungsersparnis oftmals gar nicht erst geltend gemacht wird.³

- 4 Alles, was die Auftragnehmerseite für die Vergütung und gegen den Schadensersatz und die Entschädigung anführt, trifft – für sich gesehen – zwar zu, betrifft aber nur die **Anspruchshöhe** und nicht den **Anspruchsgrund**, der bei der Bezugnahme auf die kalkulierten Mehrkosten, den nachweislichen Schaden und die Aufwendungsersparnis schlicht übersprungen wird und Auftragnehmer meinen, von anspruchshängigen Unterschieden bei der Anspruchshöhe auf ebensolche beim Anspruchsgrund schließen zu können.
- 5 Nur: Wäre der Anspruchsgrund bei Vergütungsforderungen tatsächlich einfacher und, wie viele Auftragnehmer meinen, mit geringerem Dokumentationsaufwand nachzuweisen, müssten Mehrkostenforderungen wegen Bauzeit- und -ablaufänderung auf Vergütungsbasis in der Praxis an und für sich doch leichter durchzusetzen sein. Das sind sie aber nicht. Denn die Erfahrung in Nachtrags-, Vergleichsverhandlungen und Rechtsstreitigkeiten zeigt, wenn man von ganz eindeutigen Baustillstands- und Baustoppanordnungen einmal absieht, dass bei Vergütungsansprüchen wegen zeit- und ablaufbedingter Mehrkosten nicht viel anders als bei Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nahezu immer mit erheblichen Abstrichen gerechnet werden muss und offenbar auch gerechnet wird.

Dokumentation als Kausalitätsnachweis

- 6 Der Grund für die meistens schwierige Durchsetzung von auch bauzeitbedingten Vergütungsansprüchen liegt weniger an der Darlegung von Anordnungen und gestörten bzw. geänderten Einzelabläufen als vielmehr an dem Nachweis des Zusammenhangs, in dem Anordnungen und Ablaufstörungen hinterher meist gestellt werden. Genau aber darin unterscheiden sich Vergütungs-, Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nicht. Denn worauf auch immer zusätzlicher Kosten- und Schadensaufwand infolge von Bauablaufstörungen zurückgeführt wird, ob auf Anordnung, Pflichtverletzung oder Annahmeverzug: Bei allen Ansprüchen muss zwischen Ursache und Wirkung der ursächliche Zusammenhang – die sog. **Kausalität** – dargelegt und nachgewiesen sein. Weite Teile der Praxis glauben, diesen Nachweis der Kausalität zwar bei Schadensersatzansprüchen, nicht aber bei Vergütungsansprüchen führen zu müssen. Dabei besteht der Schwerpunkt einer jeden Dokumentation von Bauablaufänderungen und -störungen weniger in der Darlegung der unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen (z.B. Änderungsanordnung, Pflichtverletzung und Annahmeverzug), die selbstverständlich vorliegen müssen. Der Schwerpunkt liegt vielmehr in dem allen Ansprüchen gemeinsamen, plausiblen und schlüssigen **Kausalitätsnachweis**.
- 7 Dass sich die Praxis gerade aber mit diesem Kausalitätsnachweis, wie der Verlauf und vor allem der meist hinter den Erwartungen vor allem der Auftragnehmerseite liegende Ausgang von Bauzeitstreitigkeiten zeigt, schwertut, liegt einmal daran, dass dem Kausalitätsnachweis als Kernstück der Dokumentation weit größere Bedeutung

² Vgl. z.B. Drittlar, BauR 2006, 1215 ff.

³ Vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 2.11.2000 – 8 U 201/99, BauR 2001, 1739 (1747: „... abgesehen davon, daß sie (AN) offensichtlich ihr Begehren hierauf nicht stützen wollen“).

I. Dokumentation in der Auftragnehmerpraxis

zukommt, als ihm allgemein beigemessen wird, und zum anderen daran, dass gerade die bauablaufbezogenen Anforderungen an den Kausalitätsnachweis nicht nur in Auftragnehmerkreisen, sondern auch unter Juristen und Baubetriebswirtschaftlern lange noch nicht geklärt sind. So besetzt die Kausalität, nur um sich deren Bedeutung einmal bewusst zu machen, sämtliche Schlüsselpositionen, angefangen von der Wahl der Anspruchsgrundlage über die Begründung bis hin zur Bewertung der Ansprüche wegen Bauablaufstörung.

Die Kausalität entscheidet über die **Anspruchsgrundlage** und den jeweils in Frage kommenden Anspruch. D.h., die Ursache der Bauablaufänderung oder -störung (ob Anordnung, Pflichtverletzung oder Annahmeverzug) entscheidet im Wesentlichen über den jeweiligen Anspruch (Vergütung, Schadensersatz oder Entschädigung). **8**

Die Kausalität entscheidet über den **Anspruchsgrund** und die Anspruchsbegründung und zusammen mit den übrigen Anspruchsvoraussetzungen vor allem über den Zusammenhang von änderndem bzw. behinderndem Umstand und der dadurch verursachten Ablaufänderung bzw. Behinderung des konkret betroffenen Einzelvorgangs (**anspruchs- bzw. haftungsbegründende Kausalität**). **9**

Und: Die Kausalität entscheidet maßgeblich über die **Anspruchshöhe** und die Anspruchsbewertung, und zwar neben anspruchabhängigen Bewertungsverschiedenheiten über den die Höhe des Anspruchs ausfüllenden kausalen Zusammenhang zwischen geändertem bzw. behindertem Einzelvorgang und den dadurch bedingten weiteren Folgen im Gesamtablauf sowie den hierdurch verursachten Mehrkostenaufwand bzw. Schaden (**anspruchs- bzw. haftungsausfüllende Kausalität**). **10**

Dokumentation zweistufiger Kausalität

Entscheidend bei diesem sind die Anspruchsgrundlage und die Anspruchshöhe beziehenden Kausalitätsnachweis ist sein modularer Aufbau in nachstehend zwingender Reihenfolge. Der erste Schritt besteht abhängig von der Ursache der Bauablaufstörung in der Wahl der **Anspruchsgrundlage**. Erst wenn die Anspruchsgrundlage feststeht, folgt als nächster Schritt die Anspruchsbegründung mitsamt der anspruchsbegründenden Kausalität zwischen Störungsursache und gestörtem Einzelvorgang. Und erst wenn der **Anspruchsgrund** mitsamt seinen spezifischen Anspruchsvoraussetzungen vollständig und schlüssig dargelegt und bewiesen ist, wird der Weg frei für die, um es bildhaft auszudrücken, in zweiter Etage befindliche Bewertung der **Anspruchshöhe**, die ihrerseits maßgeblich abhängt von der anspruchsausfüllenden Kausalität zwischen dem konkret betroffenen Einzelvorgang und dem hierdurch gestörten Gesamtablauf sowie dem in letzter Konsequenz durch die gesamt-ablaufrelevante Störung konkret verursachten Mehrkostenaufwand bzw. Schaden. **11**

Vielen Auftragnehmern (und auch Juristen) ist diese Schrittfolge nicht klar, wenn sie sich in ihrem Sachvortrag und der Beweisführung hauptsächlich von den für sie aus unternehmerischer Sicht im Mittelpunkt stehenden Kosten und allenfalls noch deren Kostenverursachern leiten lassen, deshalb unvermittelt in die Kostenberechnung einsteigen und hier Nachweise zur anspruchsausfüllenden Kausalität vorlegen, den in der Kausalkette aber vorausgehenden anspruchsbegründenden Kausalitätsnachweis zwischen primärer Störungsursache und gestörtem Einzelvorgang entweder gar nicht oder nur unzureichend führen. Der Grund hierfür liegt darin, dass entweder die An- **12**

A. Dokumentation

forderungen an den Nachweis der Kausalität nicht klar sind, oder mehrheitlich darin, dass es bei komplexen Bauabläufen im Nachhinein schlechterdings nicht mehr möglich ist, alle kausalen Zusammenhänge zwischen Störungsursachen und Ablauffolgen bauablauf- und einzelvorgangsbezogen zu rekonstruieren.

- 13** Das wiederum liegt daran, dass die Suche nach Ursache und Wirkung in aller Regel erst nach dem Vorliegen und Erkennen schlechter Baustellenergebnisse beginnt.⁴ Typischerweise werden erst dann Schriftverkehr, Baustellenprotokolle und Bautagebücher vorzugsweise nach leistungs- und ablaufändernden Anordnungen durchforstet und aus zum Teil abenteuerlich konstruierten sog. stillschweigenden Anordnungen mit direktem Einstieg in die Kostenberechnung Vergütungsansprüche gezimmert, die im Vergleich zum Schadensersatz mit vermeintlich geringeren Nachweisanforderungen höheren Ertrag versprechen.
- 14** Was sich in weiten Teilen der Praxis aber überhaupt erst durchsetzen muss, ist das Bewusstsein für den wie bei allen Ablaufänderungen genauso auch bei Vergütungsansprüchen notwendigen Zwischenschritt, nämlich zunächst darzulegen und nachzuweisen, dass und inwieweit die jeweilige Anordnung zur Änderung konkret welchen Vorgangs im Bauablauf geführt hat (sog. **anspruchsbegründende Kausalität**), bevor über weitere dadurch verursachte Folgen im Bauablauf die erst am Ende der Kausalkette sich stellende Kostenfrage angegangen wird (**anspruchsausfüllende Kausalität**).⁵
- 15** Nicht selten schließen Auftragnehmer allein aus der bloßen, zum Teil sogar zwischen den Parteien gar nicht mal streitigen Anordnung oder Pflichtverletzung (z.B. verspätete Planlieferung) auf ablaufbedingten und dem Auftraggeber zurechenbaren Mehrkostenaufwand oder Schaden, wobei sie die zweistufige Kausalität nicht selten als selbstverständlich voraussetzen.⁶
- 16** Vor allem sind sich viele Auftragnehmer während der Bauausführung oft allzu sicher, wenn sie meinen, verzugsbegründende Abhilfeaufforderungen des Auftraggebers zur Aufstockung des Personals (§ 5 Abs. 3 VOB/B) im Nachhinein allein durch Hinweis auf möglicherweise sogar schriftlich festgehaltene Anordnungen, nicht aber dokumentierte Auswirkungen der Anordnung auf den jeweiligen Einzelvorgang und insgesamt geänderten Bauablauf „ausschalten“ zu können. Den Verzugsvorwurf widerlegen und zum Vorteil des Auftragnehmers gar noch in eine mehrkostenpflichtige Beschleunigungsanordnung umkehren kann der Auftragnehmer jedoch nur, wenn er (konkret für die jeweilige Bauleistung) darlegt, welchen Einsatz von Personal, Stoffen und Geräten er kalkuliert hat (das kann er mit Hilfe der Urkalkulation) und welche dieser sog. Produktionsfaktoren eingesetzt wurden (auch das gelingt meist mit entsprechend geführten Bautagesberichten), vor allem aber, inwieweit der zwar kalkulierte, tatsächlich aber nicht mögliche Einsatz behinderungs-, anordnungs- oder annahmeverzugsbedingt war.⁷

4 K/S, Bd. 1: Einheitspreisvertrag, Rdn. 1418.

5 Drittlter, Jahrbuch Baurecht 2006, 237 (240); ders., Nachträge und Nachtragsprüfung, Rdn. 2:341 u. 4:162 ff.

6 Roquette/Laumann, BauR 2005, 1829 (1831).

7 K/K, Kompendium des Baurechts, 8. Teil, Rdn. 50, denen zufolge die Angabe, wegen der Behinderung hätten z.B. nur zwei Mann pro Tag arbeiten können, regelmäßig nicht ausreicht. Vielmehr hätte dargestellt werden müssen, wie viele Arbeiter einkalkuliert waren und welchen Baufortschritt sie erzielt hätten.