

Vermeidung und Behandlung von Forderungen einer Baufirma auf Entschädigung aus § 642 BGB wegen nicht rechtzeitig fertig gestellter Vorunternehmerleistungen

Verfasser: Markus Lindner

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung	55
2 Die in weiten Teilen unklare Rechtslage zum Inhalt des Anspruchs aus § 642 BGB und ihre Folgen	55
3 Vermeidung von Ansprüchen aus § 642 BGB	57
3.1 Sachgerechte Zeitvorgaben für Planung, Vergabe und Ausführung	57
3.2 Vergabe an einen Generalunternehmer	59
3.3 Vereinbarung von Zwischenterminen als Vertragsfristen	60
3.4 Verdeutlichung der Wichtigkeit der Einhaltung bestimmter Fristen	61
3.5 Vertraglicher Ausschluss von Ansprüchen aus § 642 BGB?	61
3.6 Regelung der Entschädigungshöhe bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 642 BGB bereits im Vertrag?	62
3.7 Vereinbarung eines variablen Ausführungszeitraums	62
4 Vorbereitung eines Regresses gegen den Vorunternehmer oder sonstige Verursacher des Verzugs des Vorunternehmers	64
4.1 Zeitnahes und schriftlich dokumentiertes Vorgehen bei erkennbar drohendem oder eingetretenem Verzug des Vorunternehmers	64
4.2 Schnelle Reaktion auf Bedenkenmitteilungen und Behinderungsanzeigen des Vorunternehmers wegen unklarer/falscher Planung/Ausschreibung	65
4.3 Schadensminderung durch frühzeitige Information des Folgeunternehmers bei absehbarem Verzug des Vorunternehmers	66
4.4 Bei größeren zu erwartenden Entschädigungsforderungen Feststellungsklage erwägen	66
4.5 Vereinbarung mit Folgeunternehmer über Entschädigung	66

	Seite
5 Prüfung einer Forderung des Auftragnehmers auf Entschädigung aus § 642 BGB wegen eines verzögerten Beginns der Ausführung dem Grunde nach	67
6 Weitere Argumentationsmöglichkeiten des Auftraggebers zur Abwehr von Forderungen aus § 642 BGB, abgeleitet aus der Rechtsprechung	69

1 Einleitung

Bauleistungen werden von öffentlichen Auftraggebern wegen vergaberechtlicher Vorgaben in der Regel getrennt nach Gewerken (Erdarbeiten, Rohbau, Bodenleger etc.) an unterschiedliche Baufirmen vergeben. Die Firmen müssen dabei regelmäßig nacheinander ihre Leistungen erbringen, beginnend mit den Erdarbeiten über den Rohbau bis zu den Ausbaugewerken. Bevor der Fußboden vom Parkettleger (Folgeunternehmer) verlegt werden kann, muss z. B. der Estrichleger (Vorunternehmer) fertig sein. Nun kommt es nicht selten vor, dass der Bauablauf gestört wird und sich dadurch Verzögerungen ergeben, die dazu führen, dass im genannten Beispiel der Parkettleger nicht zum in seinem Vertrag vereinbarten Termin mit der Ausführung beginnen kann. Hat der Auftraggeber die Verzögerungen selbst verursacht, z. B. die Pläne schuldhaft nicht rechtzeitig fertiggestellt, muss er einen dadurch dem Parkettleger entstehenden Schaden gegebenenfalls ersetzen, § 6 Abs. 6 VOB/B. Wenn die Verzögerung des Vorgewerks dagegen nicht vom Auftraggeber, sondern vom Vorunternehmer (im Beispiel der Estrichleger) selbst zu vertreten ist, kommt ein Anspruch des Folgeunternehmers gegen den Auftraggeber auf Schadensersatz aus § 6 Abs. 6 VOB/B nicht in Betracht. Der Vorunternehmer ist nämlich im Normalfall kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Folgeunternehmer, so dass sich der Auftraggeber das Verschulden des Vorunternehmers nicht über § 278 BGB zurechnen lassen muss.

In dieser Konstellation kommt nach der Rechtsprechung des BGH allerdings auch ohne Verschulden des Auftraggebers ein Anspruch des Folgeunternehmers gegen den Auftraggeber aus § 642 BGB auf „angemessene Entschädigung“ wegen Annahmeverzugs des Auftraggebers in Betracht. Eine solche Entschädigung wird – wie wir aus einer Vielzahl an Beratungsanfragen wissen – zunehmend von Baufirmen geltend gemacht, insbesondere in Fällen, bei denen nicht zum vereinbarten Termin mit der Ausführung begonnen werden konnte. Der vorliegende Beitrag bietet öffentlichen Auftraggebern eine Hilfestellung zur Vermeidung eines Annahmeverzugs und zum Umgang mit Forderungen des Folgeunternehmers aus § 642 BGB.

2 Die in weiten Teilen unklare Rechtslage zum Inhalt des Anspruchs aus § 642 BGB und ihre Folgen

§ 642 BGB hat seit Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 folgenden Wortlaut:

§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(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.

In seiner letzten Entscheidung zum § 642 BGB vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19 stellte der BGH fest, die Frage, welchen Inhalt der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB habe, insbesondere wie er zu bemessen ist, sei bislang (also in 120 Jahren!) nicht geklärt. Bei zutreffendem Verständnis der Vorschrift erfordere § 642 BGB eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei sei die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren. Dagegen gewähre § 642 BGB keinen vollständigen Ausgleich für die während des Annahmeverzugs nicht erwirtschaftete Vergütung. Der Tatrichter habe daher festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung bei der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt sei.

Es gilt demnach in einem möglichen Prozess über eine Entschädigungsforderung aus § 642 BGB Folgendes: Kann der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass die in § 642 Abs. 1 BGB definierten Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach erfüllt sind, ist kaum zu prognostizieren, welche Entschädigung der Richter (gegebenenfalls sachverständig beraten) im Rahmen der nach § 642 Abs. 2 BGB zu treffenden Abwägungsentscheidung festlegt. Ein isolierter Angriff der festgelegten Entschädigungshöhe in der Berufungsinstanz dürfte wenig erfolgversprechend sein, da das Berufungsgericht erst bei einer offensichtlichen Überschreitung des dem Tatrichter vom BGH ausdrücklich zugestandenen „Ermessensspielraums“ aufheben kann.

Es besteht mithin für den Bauherrn insbesondere im nicht seltenen Falle einer Verzögerung des Baubeginns des Folgeunternehmers aufgrund einer unstrittig verzögerten Vorunternehmerleistung die Gefahr, dass Gerichte Forderungen des Folgeunternehmers insbesondere auf Entschädigung für unproduktiv vorgehaltenes Personal (Kolonnen, Bauleiter, Projektleiter) wegen Plausibilität „durchwinken“ bzw. eine nicht angreifbare Ermessensentscheidung treffen. Das ist besonders dann für den Bauherrn misslich, wenn er selbst nichts für den Verzug des Vorunternehmers kann und ein Regress beim Vorunternehmer wirtschaftlich wertlos ist (Beispiel: Insolvenzbedingter Ausfall des Vorunternehmers), aber auch dann, wenn der Verzug des Vorunternehmers auf diversen zusammenwirkenden Ursachen beruht und eine klare Zuordnung zu einem Verursacher nicht möglich und somit ein Regress schwierig ist.

Die Anforderungen an die Darlegung eines Anspruchs aus § 642 BGB dem Grunde nach (§ 642 Abs. 1 BGB) werden für den Folgeunternehmer bei einer fehlenden oder nicht aufnahmebereiten Vorunternehmerleistung zu Beginn der vereinbarten Ausführung von den Gerichten manchmal relativ niedrig angesetzt. So soll dann nach teilweise vertretener Auffassung keine bauablaufbezogene Darstellung erforderlich sein und eine Offenkundigkeit zumindest bezüglich der Tatsache, dass sich der Ausführungsbeginn nach hinten verschiebt, zu bejahen sein.

Daraus wird insgesamt deutlich, dass der Auftraggeber alles Zumutbare tun sollte, um einen Annahmeverzug und daraus folgende Ansprüche auf Entschädigung zu vermeiden. Entsteht ein Annahmeverzug bereits bei einem der ersten Gewerke, kann dies zu einer Kettenreaktion derart führen, dass sich alle bereits beauftragten Folgegewerke nach hinten verschieben und alle Folgeunternehmer Forderungen nach § 642 BGB geltend machen. Ist der Annahmeverzug unvermeidbar, gilt es, sachgerecht zu reagieren, überzogene Forderungen abzuwehren, bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen einen angemessenen Ausgleich zu gewähren und mögliche Regressmöglichkeiten zu nutzen.

3 Vermeidung von Ansprüchen aus § 642 BGB

Um sich gar nicht erst mit der kaum rechtssicher zu beurteilenden Frage des Inhalts und der Höhe der angemessenen Entschädigung (s. o.) befassen zu müssen, muss es zunächst Ziel des Auftraggebers sein, Verzögerungen bei der Ausführung der einzelnen Gewerke zu vermeiden. Hierfür ist eine sachgerechte Bedarfsplanung (Details hierzu sind insbesondere in der DIN 18205 zu finden) unabdingbar. Folgende Maßnahmen können im Übrigen hierzu beitragen:

3.1 Sachgerechte Zeitvorgaben für Planung, Vergabe und Ausführung

Ein geordneter und möglichst störungsfreier Bauablauf wird durch realistische Zeitvorgaben für Planung und Ausführung der zu erbringenden Bauleistungen erleichtert.

Bereits im Architekten- bzw. Ingenieurvertrag sollte ausreichend Zeit für die Erbringung der geschuldeten Leistungen vorgesehen werden. Die nicht selten anzutreffende, manchmal politisch (Spatenstich durch Bürgermeister oder Landrat soll noch vor der Kommunalwahl erfolgen) oder förderrechtlich (demnächst auslaufender Fördertopf soll unbedingt noch „angezapft“ werden) motivierte „Hast“ bei der Planung, also die Vorgabe einer (zu) kurzen Planungszeit rächt sich häufig. Die vermeintlich bei der Planung eingesparte Zeit wird später manchmal doppelt und dreifach verloren, wenn aufgrund unausgereifter Planungen ausgeschrieben und gebaut und teilweise erst baubegleitend geplant wird. Beides muss unbedingt vermieden werden, da es regelmäßig zu unklaren oder lückenhaften Leistungsbeschreibungen führt und Baumängel sowie zeit- und kostenintensive Nachträge produziert.

Nutzer des Gebäudes bzw. der baulichen Anlage sollten möglichst frühzeitig einbezogen werden, um nachträgliche Änderungswünsche (und damit verbundene Verzögerungen) auszuschließen. Hierbei empfiehlt es sich, dem Nutzer klar zu kommunizieren, dass Varianten und Änderungen im Regelfall spätestens bis zum Ende der Entwurfsplanung vorliegen müssen, da spätere Wünsche nicht mehr oder allenfalls ganz ausnahmsweise berücksichtigt werden können.

Welche Ausführungsfristen für die Planung und Ausführung einer Baumaßnahme angemessen sind, ist – gerade im Hochbau – Frage des Einzelfalls und der äußeren Umstände (u. a. Lage des Grundstücks). Anhaltspunkte können sich z. B. aus den im Baukostenindex (BKI) veröffentlichten Ausführungszeiträumen vergleichbarer Baumaßnahmen ergeben. Im Übrigen sollten aber in einer öffentlichen Bauverwaltung zumindest für Standardbaumaßnahmen gewisse Erfahrungswerte vorliegen und mit in die Erstellung eines realistischen Zeitplans einfließen. Es ist Aufgabe der Bauverwaltung, gegebenenfalls bestehenden zu optimistischen Vorstellungen der Politik oder des Nutzers bezüglich des Fertigstellungstermins fachlich zu widersprechen und auf die Risiken hinzuweisen.

Wird ein externer Architekt mit der Erbringung der Grundleistungen nach HOAI beauftragt, so hat er umfassende Pflichten bezüglich der Terminplanung. Bereits in der Vorplanung (Leistungsphase 2) ist ein Terminplan mit den wesentlichen Vorgängen des Planungs- und Bauablaufs zu erstellen; dieser ist in der Entwurfsplanung (Leistungsphase 3) und Ausführungsplanung (Leistungsphase 5) fortzuschreiben. In der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) muss der Architekt einen Vergabeterminplan aufstellen. Zur Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) gehören das Aufstellen, Fortschreiben und Überwachen eines Terminplans (etwa als

Balkendiagramm). Der Auftraggeber sollte darauf achten, diese Leistungen zeitgerecht vom Architekten zu erhalten, und sie entsprechend einfordern. Da die Koordinierung der verschiedenen Gewerke wichtig ist, um hier auftretende Schnittstellenprobleme zu lösen, ist es wichtig, dass der vom Auftraggeber beauftragte externe Objektüberwacher ausreichend Berufserfahrung in der Bauleitung hat; hierauf sollte bei der Einholung von Angeboten geachtet werden (z. B. Mindestkriterium bei der Eignung: mindestens fünf Jahre einschlägige Berufserfahrung des namentlich zu benennenden Bauleiters).

Bei europaweiten Vergaben von Bauleistungen (ab Erreichen des EU-Schwellenwerts für Bauleistungen von aktuell ab 01.01.2022 5,382 Mio. € netto) drohen gerade bei unklaren oder widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen Nachprüfungsverfahren, die zu einer erheblichen Verzögerung der Auftragsvergabe und auch der geplanten Bauausführung führen können. Das Verzögerungsrisiko durch ein Nachprüfungsverfahren trägt dabei grundsätzlich der Auftraggeber. Er kann Schäden, die durch eine verzögerte Zuschlagserteilung entstehen, regelmäßig nicht an den Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens durchreichen, selbst wenn der Nachprüfungsantrag erfolglos geblieben ist. Auch aus diesem Grunde muss den beauftragten Plannern ausreichend Zeit für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zugestanden werden.

Für die Verfahren zur Vergabe der Bauleistungen muss ebenfalls ausreichend Zeit vorgesehen werden. Für die Bearbeitung und Einreichung der Angebote ist dabei eine ausreichende Angebotsfrist vorzusehen. Die in § 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A genannte, auch bei Dringlichkeit nicht zu unterschreitende Mindestfrist von zehn Kalendertagen sollte allenfalls bei kleineren Standard-Baumaßnahmen zur Anwendung kommen. Bei komplexeren Ausschreibungen sollten mindestens vier Wochen Angebotsfrist die Regel sein, um den Firmen eine sachgerechte Kalkulation zu ermöglichen. Angebotsfristen sollten nicht während der in der Baubranche üblichen Betriebsferien im Sommer und über Weihnachten enden. Der zusätzliche Aufwand für die gegebenenfalls erforderliche Besichtigung von Baustellen, die Einholung von Angeboten für Nachunternehmerleistungen oder die Beschaffung von Unterlagen für die Angebotsbearbeitung ist ebenfalls zu berücksichtigen. Für die Einreichung von Teilnahmeanträgen bei Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist eine ausreichende Bewerbungsfrist vorzusehen. Je kürzer die Angebotsfrist ist, desto stärker wird zudem der Wettbewerb beschränkt.

Auch für die Erbringung der Bauleistungen sollten nicht zu knappe Fristen vereinbart werden. Jahreszeit, Arbeitsbedingungen (z. B. aktuell auch coronabedingte Einschränkungen) und etwaige besondere Schwierigkeiten sind gemäß § 9 Abs. 1 VOB/A zu berücksichtigen. Für die Bauvorbereitung ist dem Auftragnehmer genügend Zeit zu gewähren. Außergewöhnlich kurze Fristen sind nur bei besonderer Dringlichkeit (die zu begründen wäre) vorzusehen, § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Übliche Lieferfristen für speziell zu fertigende Teile, z. B. Metallpaneele für die Fassade, sollten einkalkuliert werden. Die Erstellung des Rohbaus ist zwar auch im Winter möglich, aber gegebenenfalls nur mit besonderen Maßnahmen, die zusätzliche Kosten verursachen. Der gewerkübergreifende Bauzeitenplan sollte nicht zu eng getaktet sein, ansonsten wirkt sich bereits die kleinste Störung auf den „kritischen Weg“ aus und kann zu einer Verschiebung der Folgegewerke bzw. zu einem Annahmeverzug des Auftraggebers führen.

Die Verwaltung sollte dem Gemeinderat nach dessen Fassung eines Grundsatzbeschlusses, z. B. zum Bau einer Grundschule, einen realistischen Meilensteinplan vorlegen, in dem eine auskömmliche Planungs- und Ausführungszeit zugrunde gelegt wird. Gibt die Politik ein terminliches Ziel vor, das realistisch nicht erreichbar ist (Beispiel: In der Aprilsitzung legt der Gemeinderat fest, dass der noch nicht geplante Kindergarten am 10.09. in Betrieb gehen muss), muss die Verwaltung dem Gremium die aus fachlicher Sicht unrealistische Vorgabe deutlich machen und auf einen späteren Termin drängen. Ein sachgerecht handelndes Gremium wird sich be-

gründeten fachlichen Einwänden beugen. Tut es dies nicht, trägt es die Verantwortung für die spätere Nichterreichung des zu frühen Termins und wird sich selbst gegenüber der in diesen Fällen häufig verärgerten Öffentlichkeit und dem Nutzer für die (unumgängliche) Verzögerung rechtfertigen müssen.

Wichtig ist es auch, gerade bei größeren Projekten, klare Zuständigkeiten im Haus zu definieren, um auftraggeberseitig erforderliche Entscheidungen eindeutig und möglichst schnell treffen zu können.

3.2 Vergabe an einen Generalunternehmer

Die gemeinsame Ausschreibung und Vergabe aller Bauleistungen an einen Generalunternehmer (GU) würde einen Vorunternehmerverzug ausschalten, da in diesem Fall kein Vorunternehmer existiert, der aus welchen Gründen auch immer zu spät fertig werden könnte. Ein Anspruch des GU aus § 642 BGB könnte somit nicht mit fehlenden oder mangelhaften Vorleistungen anderer Unternehmer begründet werden.

Allerdings ist die GU-Vergabe nur ausnahmsweise vergaberechtlich zulässig. Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sind mittelständische Interessen bei der europaweiten Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlöse dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A wiederholt diese Vorgabe nochmals ausdrücklich für europaweite Bauaufträge. Anders als im Unterschwellenbereich, bei dem gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/A aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung in Lose „verzichtet werden kann“ und insofern ein gewisser Beurteilungsspielraum des Auftraggebers besteht, muss im Oberschwellenbereich die Vergabe aller Bauleistungen an nur einen Generalunternehmer wirtschaftlich oder technisch „erforderlich“ sein.

Reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen (z. B., dass dann nur eine Ausschreibung erforderlich ist) reichen nicht aus, um von der Losvergabe abzusehen. Wird weder nachgewiesen, dass die Gesamtvergabe wirtschaftlich günstiger war, noch konkrete projektbezogene Synergievorteile vorgetragen, die über das hinausgehen, was regelmäßig bei Bauvorhaben im Hinblick auf vereinbarte Bauzeiten und Fertigstellungstermine sowie dadurch bedingte Koordinierungserfordernisse hinsichtlich der einzelnen Arbeiten/Gewerke zu beachten ist, liegen keine stichhaltigen Gründe für eine Generalunternehmervergabe vor (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 16.01.2017 – 12 A 833/16 m. w. N.). Vorteile, die grundsätzlich mit einer Gesamtvergabe verbunden sind (z. B. die einfachere Zuordnung auftretender Mängel, da der Generalunternehmer für das Gesamtwerk haftet, sowie eine einheitliche Verjährungsfrist für Mängelansprüche) können für sich allein die GU-Vergabe nicht rechtfertigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009 – Verg 27/09). Die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers ist kein Freibrief für eine Gesamtvergabe, auch bei komplexen Projekten genügt es in aller Regel nicht, einen einheitlichen Beschaffungsgegenstand zu definieren, ohne sich im Einzelnen mit dem grundsätzlichen Gebot der Fachlosvergabe auseinanderzusetzen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 – 11 Verg 4/18). Konkrete projektbezogene Besonderheiten wie z. B. ein hohes Risikopotenzial des Objekts können dagegen eine Gesamtvergabe rechtfertigen (z. B. Sicherheitstechnik für eine JVA, vgl. OLG München, Beschluss vom 25.03.2019 – Verg 10/18, oder für einen Flughafen, vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.11.2008 – Verg W 15/08).

Die Durchführung einer GU-Vergabe ohne Vorliegen eines wirtschaftlichen oder technischen Grundes stellt in der Regel einen schweren Vergabeverstoß dar, der zu Kürzungen der Förderung führen kann; das gilt auch für kleine Gemeinden (siehe VGH Bayern, Beschluss vom 22.05.2017 – 4 ZB 16.577). Die Vergabe der Bauleistungen an einen GU kommt somit nur ausnahmsweise in Betracht und sollte in jedem Fall bei geförderten Maßnahmen mit der Bewilligungsbehörde abgestimmt werden.

Selbst wenn im Einzelfall ausnahmsweise wegen der Besonderheit der Maßnahme die Vergabe an einen GU zulässig sein sollte, schützt sie den Auftraggeber nicht umfassend vor Ansprüchen des GU aus § 642 BGB. Kann der Auftraggeber dem GU das zu bebauende Grundstück z. B. wegen fehlender Baugenehmigung nicht rechtzeitig aufnahmebereit zur Verfügung stellen, kommt ein Anspruch des GU aus § 642 BGB in Betracht. In der Praxis können sich die bei losweiser Vergabe ergebenden Schnittstellenprobleme (z. B. eindeutige Zuordnung von Mängeln zu Gewerken) zudem auch beim GU-Vertrag zeigen. Der GU erbringt die Leistungen meistens nicht alle selbst, sondern beauftragt diverse Subunternehmer. Mängelrügen des Auftraggebers wird er an diese weiterleiten und zunächst einmal deren Reaktion abwarten. Entsteht dann Streit unter mehreren als Verursacher in Betracht kommenden Subunternehmern, kann sich der GU hierauf zwar rechtlich nicht berufen, da er dem Auftraggeber gegenüber unabhängig davon, welcher Subunternehmer den Mangel verursacht hat, haftet. Die Praxis zeigt aber, dass der GU dennoch zunächst einmal die gegebenenfalls zeitaufwendige Klärung der Verursachung betreiben wird, um seinerseits Regress nehmen zu können. Der Auftraggeber wird in einer solchen Situation von der rechtlich möglichen Kündigung des GU (nach abgelaufener angemessener Frist und Androhung der Kündigung) wegen eines nicht behobenen Mangels (§§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 VOB/B) nur im äußersten Notfall Gebrauch machen, da die Baustelle dann erst einmal vollständig stillsteht und ein neuer GU in aller Regel schwer zu finden sein dürfte. Macht ein als Los vergebenes Gewerk Schwierigkeiten, ist dieser Auftragnehmer leichter zu ersetzen als ein Generalunternehmer.

Die Vergabe der Bauleistungen an einen GU kommt somit allenfalls ausnahmsweise in Betracht und löst auch nicht alle Probleme, die aus verzögerten oder mangelhaften Vorleistungen anderer Unternehmer entstehen.

3.3 Vereinbarung von Zwischenterminen als Vertragsfristen

Vereinbart der Auftraggeber Zwischentermine als Vertragsfristen, hat dies für ihn gegenüber der Festlegung allein des Gesamtfertigstellungstermins Vor- und Nachteile.

Ein Vorteil besteht darin, dass der Verzug des Vorunternehmers bereits mit Ablauf der Zwischenfrist automatisch (ohne Mahnung, siehe § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) eintritt und damit ein Vorgehen nach § 5 Abs. 4 VOB/B (Kündigung oder Schadensersatz) möglich ist. Ist nur der Gesamtfertigstellungstermin als vertraglicher Termin vereinbart, kann nach § 5 Abs. 4 VOB/B erst mit Ablauf dieses Termins vorgegangen werden; dann ist es aber natürlich regelmäßig bereits zu spät und es kommt unweigerlich zur Verzögerung des Folgeunternehmers. Zwar bleibt dem Auftraggeber eines VOB-Vertrags auch ohne vertraglichen Zwischentermin die Möglichkeit des frühzeitigen Vorgehens nach § 5 Abs. 3 VOB/B. Hier muss er aber darlegen und im Streitfall beweisen, dass Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass der Gesamtfertigstellungstermin offenbar nicht eingehalten werden kann. Vertragliche Zwischentermine erleichtern es dem Auftraggeber also, bereits frühzeitig Konsequenzen aus einem zu langsamen Arbeitsfortschritt des Vorunternehmers zu ziehen und somit einen

ansonsten gegebenenfalls drohenden Annahmeverzug gegenüber dem Folgeunternehmer zu vermeiden.

Vertragliche Zwischentermine haben aber auch Nachteile. Kommt es im Bereich des Auftraggebers zu Problemen (fehlende Baugenehmigung, fehlende oder falsche Planung, fehlende Bauherrn-Entscheidungen), kann der Auftraggeber relativ schnell selbst gegenüber dem Auftragnehmer in (Annahme-)Verzug geraten. Zwischentermine zwingen dem Auftragnehmer zudem einen bestimmten Arbeitsablauf auf und beschränken damit den Wettbewerb.

§ 9 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A schreibt vor, Einzelfristen für in sich abgeschlossene Teile der Leistung (nur dann) zu bestimmen, wenn es ein erhebliches Interesse des Auftraggebers erfordert. Wird ein Bauzeitenplan aufgestellt, damit die Leistungen aller Unternehmen sicher ineinandergreifen, so sollen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A nur die für den Fortgang der Gesamtarbeit besonders wichtigen Einzelfristen als vertraglich verbindliche Fristen (Vertragsfristen) bezeichnet werden. Die Festlegung vertraglicher Zwischentermine sollte immer in den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) vorgenommen werden. In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist, § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B.

Die Vereinbarung eines Zwischentermins als Vertragsfrist erscheint insofern sinnvoll, wenn die Erbringung einer bestimmten Teilleistung des Vorunternehmers Voraussetzung für den Beginn der (dann bereits parallel zum Vorunternehmer erfolgenden) Ausführung des Folgegewerks ist. Kann der Folgeunternehmer dagegen ohnehin erst dann beginnen, wenn der Vorunternehmer vollständig fertig ist, sollten vertragliche Zwischentermine nur in Betracht gezogen werden, wenn die Ausführungsfrist des Vorunternehmers relativ lang (mindestens mehrere Monate) ist, da der Auftraggeber sich dann eine erleichterte Möglichkeit schafft, bei schleppender Ausführung des Vorunternehmers frühzeitig zu reagieren.

3.4 Verdeutlichung der Wichtigkeit der Einhaltung bestimmter Fristen

Steht und fällt der weitere Fortgang der Baumaßnahme mit der termingerechten Erbringung bestimmter Vorleistungen durch einen Vorunternehmer, kann der Auftraggeber versuchen, diesem Auftragnehmer die Wichtigkeit der Einhaltung der vereinbarten Frist zu verdeutlichen, um ihn zu zügigem Arbeiten anzuhalten.

Im genannten Fall kommt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Betracht, da die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann (siehe § 9a VOB/A). Die Strafe ist in angemessenen Grenzen zu halten (0,1 % der Auftragssumme pro Werktag des Verzugs und Deckelung auf 5 % der Auftragssumme).

Zulässig und durchaus sinnvoll sind auch Hinweise auf die besondere Bedeutung der Einhaltung der Vertragsfristen, z. B. durch Beifügung des Bauzeitenplanes der Gesamtmaßnahme, aus dem die vorgesehene Taktung der Gewerke für den Vorunternehmer erkennbar ist.

3.5 Vertraglicher Ausschluss von Ansprüchen aus § 642 BGB?

Bei § 642 BGB handelt es sich nicht um zwingendes Recht; der Ausschluss von Ansprüchen aus § 642 BGB ist somit im Vertrag prinzipiell möglich (Vertragsfreiheit).

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers (insbesondere in zur mehrfachen Verwendung vorgesehenen Vergabeunterlagen) ist der Ausschluss von Forderungen des Auftragnehmers aus § 642 BGB aber nicht wirksam möglich, da dies den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen würde (vgl. OLG München, Beschluss vom 11.09.2017 – 27 U 688/17 Bau: Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach etwaige bauübliche Störungen in Kauf genommen werden müssen und nicht zu Ersatzansprüchen berechtigen, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.).

Der rechtlich mögliche Ausschluss von Ansprüchen aus § 642 BGB durch individualvertragliche Vereinbarung dürfte für öffentliche Auftraggeber in aller Regel wegen des formalisierten Vergabeverfahrens nicht in Betracht kommen.

3.6 Regelung der Entschädigungshöhe bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 642 BGB bereits im Vertrag?

Um den Ungewissheiten bezüglich der Höhe eines möglichen Anspruchs des Nachunternehmers aus § 642 BGB aus dem Weg zu gehen, könnte ein Auftraggeber auf den Gedanken kommen, sich die Vorhaltekosten von Produktionsmitteln pro Zeiteinheit für den Fall einer unnützen Vorhaltung aufgrund Annahmeverzugs des Auftraggebers als Eventualposition im Rahmen der Ausschreibung anbieten zu lassen. Der Vorteil eines solchen Vorgehens wäre, dass diese Kosten damit dem Wettbewerb unterworfen wären. Vergaberechtlich ist ein solches Vorgehen aber problematisch, denn Bedarfs- und Eventualpositionen sind nur ausnahmsweise zulässig. Wirtschaftlich betrachtet besteht außerdem die Gefahr eines bezogen auf den Gesamtangebotspreis nicht ins Gewicht fallenden und somit leicht zu übersehenden hohen Preises bei einer ausgeschriebenen Menge von 1.

Aus demselben Grund wenig zielführend wäre es, sich die über § 642 BGB zu entschädigenden unnützen Vorhaltekosten vorab als Pauschale (z. B. pro Werktag des Stillstands) anbieten zu lassen. Für die Bieter wäre diese Pauschale im Übrigen nicht seriös kalkulierbar, da Vorhaltekosten wesentlich davon abhängen, wann ein Annahmeverzug eintritt (z. B.: Sind bereits teure Geräte auf der Baustelle, die während des Annahmeverzugs nicht anderweitig eingesetzt werden können?).

3.7 Vereinbarung eines variablen Ausführungszeitraums

Üblicherweise gibt der öffentliche Auftraggeber in den BVB einen exakten Ausführungszeitraum (z. B. Beginn 01.06.2021, Fertigstellung 01.12.2021) vor. Kann der Unternehmer nun im genannten Beispiel nicht wie vereinbart am 01.06.2021 beginnen, weil der Vorunternehmer noch nicht fertig ist, sondern erst am 07.06.2021, ist es relativ einfach, einen Annahmeverzug des Auftraggebers im Zeitraum vom 01.06.2021 bis 06.06.2021 zu begründen. Weniger eindeutig wäre die Sachlage, wenn die Ausführungsfrist ausdrücklich mit „ca. 01.06.2021 bis ca. 01.12.2021“ vereinbart wäre. Dann könnte der Auftraggeber nämlich argumentieren, dass der 07.06.2021 (tatsächliche Baufreiheit) noch von der Formulierung „ca. 01.06.2021“ umfasst ist und somit gar kein Annahmeverzug bestand. Eindeutig ist das aber nicht und deshalb ist eine solche „ca.“-Angabe auch nicht zu empfehlen, denn es produziert Streit, wenn unklar ist, welche Toleranz noch von der ca.-Angabe abgedeckt ist.

Der Ausführungszeitraum ist zudem kalkulationsrelevant (je kürzer der Zeitraum, desto mehr Arbeitsleistung muss pro Tag erbracht werden; somit wird gegebenenfalls eine größere Kolonne benötigt oder auch besonders leistungsstarke Geräte, auch die Jahreszeit wirkt sich aus). Je unklarer der Ausführungszeitraum für den Bieter ist, desto schwieriger ist es, sicher zu kalkulieren, und desto größer ist die Gefahr, dass die Bieter Risikozuschläge aufnehmen. Ist der Fertigstellungstermin als ca.-Termin vereinbart, besteht eine Unsicherheit, wann der Auftragnehmer in Verzug gerät; zudem ist dann immer eine Mahnung erforderlich, da der Termin nicht kalendarisch bestimmbar ist. Von der Vereinbarung von ca.-Terminen für die Ausführungsfrist (Beginn und Ende) ist deshalb abzuraten.

Überlegenswert ist es hingegen, den Ausführungsbeginn an eine nach Auftragserteilung vom Auftraggeber zu erteilende Aufforderung zu knüpfen; es sind dann aber die Anforderungen des § 9 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu beachten:

„Soll vereinbart werden, dass mit der Ausführung erst nach Aufforderung zu beginnen ist (§ 5 Absatz 2 VOB/B), so muss die Frist, innerhalb derer die Aufforderung ausgesprochen werden kann, unter billiger Berücksichtigung der für die Ausführung maßgebenden Verhältnisse zumutbar sein; sie ist in den Vergabeunterlagen festzulegen.“

Die im kommunalen Bereich verwendeten Vertragsmuster sehen einen solchen variablen Beginn- und Endtermin als Auswahlmöglichkeit auch ausdrücklich vor, siehe z. B. die entsprechende Formulierung im Vergabehandbuch Bayern (VHB Bayern), BVB (214.H) Ziffer 1:

„Mit der Ausführung ist zu beginnen innerhalb von 12 Werktagen nach Zugang der Aufforderung durch den Auftraggeber (§ 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/B). Die Aufforderung wird Ihnen voraussichtlich bis zum ... zugehen; Ihr Auskunftsrecht gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 VOB/B bleibt hiervon unberührt. Die Leistung ist zu vollenden (abnahmereif fertig zu stellen) innerhalb von ... Werktagen nach vorstehend angekreuzter Frist für den Ausführungsbeginn.“

Mit einer solchen Vereinbarung schafft sich der Auftraggeber ein gewisses Zeitpolster, um auftretende Verzögerungen beim Vorgewerk abzufedern. Ob die im VHB Bayern enthaltene Regelung, wonach die Aufforderung „voraussichtlich“ bis zum ... erfolgen wird, den Anforderungen des § 9 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (s. o.) entspricht, mag zumindest dann zweifelhaft sein, wenn der Auftraggeber anknüpfend an das Wort „voraussichtlich“ folgenlos auch deutlich später abrufen könnte. Der mögliche Verstoß gegen § 9 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wäre allerdings aus den Vergabeunterlagen erkennbar und müsste somit bei europaweiten Verfahren spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden (§ 160 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Um Streit und Anträge auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zu vermeiden, ist allerdings zu empfehlen, von dem Wort „voraussichtlich“ abzusehen und einen definitiven spätesten Abrufzeitpunkt zu nennen.

Die Frist, innerhalb derer die Aufforderung ausgesprochen werden kann, muss gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A unter billiger Berücksichtigung der für die Ausführung maßgebenden Verhältnisse zumutbar sein, es kommt also auf die Umstände des Einzelfalls an. Das OLG Frankfurt urteilte am 28.04.2017 – 29 U 166/16, dass bei einem Bauvorhaben erheblichen Umfangs (hier: drei Mehrfamilienhäuser) ein Abruf binnen drei Monaten nach dem im Vertrag unverbindlich angegebenen „Circa“-Baubeginn noch ermessensfehlerfrei sein könne. Die VK Brandenburg (bestandskräftiger Beschluss vom 30.09.2008 – VK 30/08) hielt eine Frist von vier Monaten für vergaberechtswidrig, wenn damit je nach Abrufzeitpunkt ein oder zwei Winterperioden in die Bauzeit fallen würden. Unter normalen Umständen sollte die Abruffrist einige Wochen, höchstens jedoch zwei Monate betragen (so auch Ingenstau/Korbion/Leupertz/

von Wietersheim, VOB – Teile A und B – Kommentar, 21. Auflage 2020, § 9 VOB/A, Rn. 13; Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Auflage 2016, § 9 VOB/A, Rn. 16).

Was passiert, wenn dem Auftraggeber die Aufforderung erst nach dem in den BVB genannten spätesten Termin möglich ist? Nach BGH (Urteil vom 30.09.1971 – VII ZR 20/70) ist hier an eine (zumindest entsprechende) Anwendung der §§ 642, 643 BGB zu denken, wenn man in dem Abruf eine dem Besteller obliegende Handlung sieht, die zwar nicht **bei** der Herstellung, aber **zur** Herstellung des Werkes erforderlich ist.

Ein Nachteil einer flexiblen Vorgabe könnte darin bestehen, dass die Bieter wegen der Ungewissheit des Zeitraums einen preislichen Aufschlag vornehmen, dies wird aber in der Praxis nicht nachweisbar und somit zu vernachlässigen sein. Soll der Ausführungsbeginn erst weit in der Zukunft liegen, könnte im Übrigen die Vereinbarung von Preisgleitklauseln solchen Risikozuschlägen entgegenwirken. Ein praktischer Nachteil der flexiblen Vorgabe besteht darin, dass der Auftraggeber an die Aufforderung des Auftragnehmers denken muss, während der Auftragnehmer bei Festlegung eines fixen Anfangs- und Endtermins ohne weiteres in Verzug gerät, wenn er nicht termingerecht beginnt (§ 5 Abs. 4, 1. Alt. VOB/B).

Insgesamt erscheint die Wahl einer flexiblen Ausführungszeit im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A durchaus empfehlenswert, um die Gefahr eines Annahmeverzugs aufgrund fehlender Fertigstellung eines Vorgewerks zu reduzieren. Die Wahl der flexiblen Ausführungszeit sollte im Vergabebevermerk entsprechend begründet werden.

4 Vorbereitung eines Regresses gegen den Vorunternehmer oder sonstige Verursacher des Verzugs des Vorunternehmers

Es wurde oben schon dargestellt, dass der häufigste Fall, in dem berechnigte Ansprüche einer Baufirma auf Entschädigung aus § 642 BGB wegen Annahmeverzugs des Auftraggebers drohen, die zu späte Fertigstellung des Vorgewerks ist. Kann der Auftraggeber nichts für den Verzug des Vorunternehmers, drängt sich zunächst der Gedanke auf, dass er dann auch keine Entschädigung an den Folgeunternehmer leisten muss. § 642 BGB erfordert aber kein Verschulden des Auftraggebers, es reicht der Verstoß gegen eine Mitwirkungspflicht im Sinne einer Obliegenheit. Im Einzelnen ist hier vieles noch ungeklärt, aber die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass es für den Anspruch aus § 642 BGB insoweit ausreicht, wenn der Auftraggeber dem Folgeunternehmer die erforderliche Vorleistung des Vorunternehmers nicht termingerecht zur Verfügung stellen kann und es dabei keine Rolle spielt, ob der Auftraggeber dies verschuldet hat. Da sich der Auftraggeber somit auch bei einem allein vom Vorunternehmer verschuldeten Verzug Ansprüchen des Folgeunternehmers aus § 642 BGB ausgesetzt sieht, muss er alles tun, um diesen Schaden beim Vorunternehmer, der den Verzug verursacht hat, geltend zu machen. Hierzu sind insbesondere folgende Punkte zu beachten:

4.1 Zeitnahes und schriftlich dokumentiertes Vorgehen bei erkennbar drohendem oder eingetretenem Verzug des Vorunternehmers

Wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, sollte der Auftraggeber schriftlich vom Auftragnehmer verlangen, unverzüglich Abhilfe zu schaffen (§ 5 Abs. 3 VOB/B). Schafft

der Auftragnehmer keine Abhilfe, kann der Auftraggeber gemäß § 5 Abs. 4, 3. Alt. VOB/B bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde (§ 8 Abs. 3 VOB/B). Um dem Auftragnehmer den Ernst der Lage klar vor Augen zu führen, kann es sinnvoll sein, bereits im Abhilfeverlangen klarzumachen, dass bei einer vom Auftragnehmer verschuldeten verspäteten Fertigstellung Ansprüche der Folgeunternehmer, insbesondere aus § 642 BGB, drohen und der Auftraggeber diese und sonstige entstehende Schäden dann gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen werde.

Gerät der Auftragnehmer mit der Vollendung in Verzug (bei kalendarisch festgelegtem oder ermittelbarem Termin automatisch oder aber durch Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung), kann der Auftraggeber ebenfalls bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde (§ 8 Abs. 3 VOB/B).

Sämtlicher Schriftverkehr muss so erfolgen, dass der Zugang nachgewiesen werden kann; das gilt insbesondere für Abhilfeverlangen, Kündigungsandrohungen, Mahnungen und Kündigung. E-Mails bieten nur dann einen Zugangsnachweis, wenn der Auftragnehmer auf diese antwortet. Erfolgt keine Reaktion auf eine E-Mail, muss der Zugang anderweitig sichergestellt werden, z. B. direkte Übergabe des Schreibens unter Zeugen, Einschreiben/Rückschein oder Fax mit Nachtelefonieren und schriftlichem Vermerk über die telefonische Bestätigung durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers.

4.2 Schnelle Reaktion auf Bedenkenmitteilungen und Behinderungsanzeigen des Vorunternehmers wegen unklarer/falscher Planung/Ausschreibung

Gehen beim Auftraggeber schriftliche Bedenkenmitteilungen des Vorunternehmers gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer ein (§ 4 Abs. 3 VOB/B), muss der Auftraggeber auf diese im eigenen Interesse unverzüglich reagieren.

Ist die Bedenkenmitteilung offenkundig unbegründet, kann sie direkt vom Auftraggeber selbst (Bauverwaltung) zurückgewiesen werden. Im Regelfall sollte der Auftraggeber aber, insbesondere wenn der Auftragnehmer eine falsche Planung oder Ausschreibung rügt, die Mitteilung sofort an den zuständigen externen Planer mit Frist zur unverzüglichen Stellungnahme (im Regelfall reichen wenige Tage aus) weiterleiten und dessen Stellungnahme dann – soweit diese nicht offenkundig falsch ist – dem Auftragnehmer als Antwort weiterleiten. Sollten die Bedenken des Auftragnehmers berechtigt sein und sich hieraus ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen und nachfolgend ein Annahmeverzug des Auftraggebers gegenüber dem Folgeunternehmer ergeben, muss der Auftraggeber entsprechend Regressansprüche gegenüber dem Planer verfolgen, soweit dieser die fehlerhafte Planung und Ausschreibung zu vertreten hat (was im Regelfall zu bejahen ist). Sollten sich die Bedenken des Auftragnehmers als unberechtigt erweisen und der Auftragnehmer die Ausführung bis zur Klärung unterbrochen haben, muss er die verlorene Zeit eigenständig wieder aufholen.

Bei Behinderungsanzeigen des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 1 VOB/B sollte ebenso möglichst schnell eine Stellungnahme des zuständigen Planers eingeholt werden und entsprechend

zeitnah reagiert werden. Nicht jede berechtigt angezeigte Behinderung muss im Übrigen zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist führen, da z. B. gegebenenfalls an anderer Stelle weitergearbeitet werden kann. Der Auftragnehmer hat gemäß § 6 Abs. 3 VOB/B alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat er ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen. Tut er es nicht, kann er hieraus resultierende weitere Verzögerungen nicht zu Lasten des Auftraggebers geltend machen.

4.3 Schadensminderung durch frühzeitige Information des Folgeunternehmers bei absehbarem Verzug des Vorunternehmers

Bei einer unvermeidbaren Verschiebung des Ausführungsbeginns des Folgeunternehmers aufgrund absehbar nicht rechtzeitig fertiggestellter Vorunternehmerleistungen sollte der Auftraggeber den Folgeunternehmer so frühzeitig wie möglich über den neuen Starttermin informieren. Dieser kann dann insbesondere sein Personal und Geräte anderweitig disponieren und – soweit möglich – auf anderen Baustellen einsetzen, was im Rahmen des § 642 BGB als anderweitiger Erwerb bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen ist. Die Verschiebung sollte der Auftraggeber allerdings nicht unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 3 VOB/B anordnen, da ansonsten eine Diskussion entstehen kann, ob ein Vergütungsanspruch des Folgeunternehmers aus § 2 Abs. 5 VOB/B besteht. Ist der Verzug des Vorunternehmers absehbar und nicht mehr vermeidbar, kann der Auftraggeber eine Stellungnahme des Vorunternehmers anfordern, wann er mit der Fertigstellung so weit ist, dass das Nachfolgewerk beginnen kann. Liegt eine solche vor, hätte dies den Vorteil, dass der Vorunternehmer damit konkludent und nachweisbar bestätigt, dass er das Folgegewerk aufhält, was zur Vorbereitung und Geltendmachung eines späteren Regresses wertvoll ist.

4.4 Bei größeren zu erwartenden Entschädigungsforderungen Feststellungsklage erwägen

Sind aufgrund eines absehbaren bzw. eingetretenen Verzugs des Vorunternehmers große Forderungen der Folgeunternehmer zu erwarten, kann der Auftraggeber die Erhebung einer Feststellungsklage erwägen: Ziel könnte dabei die gerichtliche Feststellung sein, dass der Vorunternehmer verpflichtet ist, dem Auftraggeber allen Schaden (inkl. Entschädigungsansprüche der Folgeunternehmer nach § 642 BGB) zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, dass sich die Ausführungen der nachfolgenden Gewerke infolge der verzögerten Fertigstellung der Vorunternehmerleistung verzögern. Wegen der prozessualen Besonderheiten einer Feststellungsklage sollte hier anwaltlicher Rat eingeholt werden.

4.5 Vereinbarung mit Folgeunternehmer über Entschädigung

Ist die Verschiebung des Beginns der Ausführung aufgrund eines Vorunternehmerverzugs unumgänglich, kann der Auftraggeber versuchen, eine einvernehmliche kostenneutrale Verschiebung der Bauzeit mit dem Folgeunternehmer zu vereinbaren. Nachforderungen aus § 642 BGB sind dann ausgeschlossen.

Die frühzeitige Vereinbarung einer pauschalen Abgeltung der Ansprüche wegen der absehbaren Verschiebung des Ausführungsbeginns sollte mit dem Folgeunternehmer nur dann verein-

bart werden, wenn der Vorunternehmer schriftlich zusichert, diese Mehrkosten zu übernehmen. Ansonsten droht dem Auftraggeber der Vorwurf, der mit dem Folgeunternehmer geschlossene Vergleich sei unnötig gewesen, da dieser gar keine Ansprüche habe.

Bestreitet der Vorunternehmer, für den Verzug verantwortlich zu sein, oder lehnt er es ab, für die Forderungen der Folgeunternehmer einzustehen, ist zu erwägen, ob der Auftraggeber den Folgeunternehmer auf den Klageweg verweist und den Vorunternehmer in diesen dann über eine Streitverkündung mit einbezieht. Geht der Auftraggeber gegenüber dem Folgeunternehmer in Vorleistung und bedient dessen Forderung aus § 642 BGB, sollte er zumindest sicherstellen, dass er den Regress gegen den Vorunternehmer über eine Verrechnung mit dessen offenem Werklohnanspruch realisieren kann.

5 Prüfung einer Forderung des Auftragnehmers auf Entschädigung aus § 642 BGB wegen eines verzögerten Beginns der Ausführung dem Grunde nach

Die Anspruchsvoraussetzungen des § 642 BGB dem Grunde nach (insbesondere Annahmeverzug wegen Verletzung einer Mitwirkungspflicht) muss der Auftraggeber streng prüfen. Diesbezüglich trägt der Auftragnehmer in einem Rechtsstreit die volle Darlegungs- und Beweislast. Der Auftraggeber sollte deshalb Forderungen eines Auftragnehmers aus § 642 BGB keinesfalls voreilig (um des lieben Friedens willen) dem Grunde nach anerkennen. Selbst wenn sich der vorgesehene Ausführungsbeginn aufgrund verzögerter Fertigstellung des Vorgewerks unstrittig nach hinten verschiebt, besteht nicht automatisch ein Anspruch des Folgeunternehmers aus § 642 BGB.

Sieht man – wie die wohl herrschende Meinung – in der nicht rechtzeitigen Bereitstellung des fertigen Vorgewerks automatisch die Verletzung einer Mitwirkungspflicht des Auftraggebers, gerät der Auftraggeber dennoch nur dann in Annahmeverzug, wenn der Folgeunternehmer seine Leistung auch wirksam angeboten hat:

„Neben der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Mitwirkungshandlung des Bestellers ist erforderlich, dass der Unternehmer zur Leistung bereit und imstande ist (§ 297 BGB), seine Leistung wie geschuldet dem Besteller angeboten (§§ 294 - 296 BGB) und, sofern die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben, ordnungsgemäß die Behinderung, wenn diese nicht offenkundig ist, nach § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat ...“ (BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

Der Schutz der Bauleistungen vor ungewöhnlicher Witterung ist ohne besondere Vereinbarung hierzu zudem keine Obliegenheit des Auftraggebers (BGH, Urteil vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13). Beruht der Verzug des Vorunternehmers also auf ungewöhnlicher Witterung (Anforderungen hierfür sind bereits hoch: z. B. sind Frosttage im vertragsmäßig vorgesehenen Ausführungszeitraum Januar/Februar nicht ungewöhnlich), besteht kein Anspruch des Vorunternehmers aus § 642 BGB. Konsequenterweise ließe sich vertreten, dass dann auch keine Entschädigung des Folgeunternehmers aus § 642 BGB bestehen kann, wenn die Verschiebung seines Beginntermins mittelbare Folge der (vom Auftraggeber nicht zu verantwortenden) ungewöhnlichen Witterung ist (vgl. hierzu die Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.04.2017 von Lührmann, NZBau, 2017, 600). Das gilt auch, wenn die ungewöhnlichen Witterungsverhältnisse weit vor dem Ausführungszeitraum des Nachunternehmers liegen (Rohbau im Januar

aufgrund ungewöhnlicher Witterung Stillstand, Metallbauer sollte im April beginnen, kann aber wegen Verschiebung Rohbau erst im Mai beginnen).

Verzug mit der Annahme ist nur möglich, wenn diese fällig war. Vor dem vereinbarten Ausführungsbeginn kann somit kein Anspruch aus § 642 BGB bestehen. Das ist allerdings anders zu beurteilen, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt, dass der Auftraggeber bereits vor dem vereinbarten Ausführungsbeginn eine Mitwirkungspflicht hat (z. B. Fertigstellung der Rohbauaußenwände, damit der Fassadenbauer Aufmaß nehmen und die Paneele fertigen lassen kann).

Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst (BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

Dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB kann nicht entnommen werden, dass eine Berechnung in Anlehnung an die Kündigungsvorschriften (§ 648 Satz 2 BGB) zu erfolgen hat. § 642 Abs. 2 BGB benennt zwar weitgehend die Kriterien, die auch bei der Vergütung bei Kündigung von Bedeutung sind. Indes gibt § 648 Satz 2 BGB dadurch, dass sich der Unternehmer auf die vereinbarte Vergütung ersparte Aufwendungen und einen anderweitigen Erwerb „anrechnen lassen“ muss, eine Berechnung vor, während § 642 Abs. 2 BGB eine Abwägungsentscheidung erfordert (BGH, Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19). Ein am Sinn und Zweck der Vorschrift orientiertes Verständnis führt danach dazu, dass die Höhe der Entschädigung einen Bezug zu der vergeblichen Bereithaltung von Produktionsmitteln während der Dauer des Annahmeverzugs haben muss. Eine in Anlehnung an § 648 Satz 2 BGB erfolgende Berechnung kann demgegenüber zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Unternehmers führen. Denn anders als bei einer freien Kündigung behält der Unternehmer im Fall des Annahmeverzugs des Bestellers trotz der Störung seinen vollen Vergütungsanspruch, den er durch Ausführung der Werkleistung nach Beendigung des Annahmeverzugs verdient. Ein Anspruch aus § 642 BGB kann somit nicht „von oben“, also durch Heranziehung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs berechnet werden.

Dem Wortlaut des § 642 BGB kann ebenfalls nicht entnommen werden, dass Maßstab für die Bemessung der Entschädigung die tatsächlichen Kosten für die Bereithaltung von Produktionsmitteln sein sollen. Vielmehr bestimmt § 642 Abs. 2 BGB, dass bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung unter anderem die vereinbarte Vergütung für die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 30.01.2020 – a. a. O.).

Der Tatrichter hat festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist. Zu den Vergütungsanteilen für die vom Unternehmer unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel gehören nicht die infolge des Annahmeverzugs ersparten Aufwendungen einschließlich darauf entfallender Anteile für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (BGH, Urteil vom 30.01.2020, a. a. O.).

6 Weitere Argumentationsmöglichkeiten des Auftraggebers zur Abwehr von Forderungen aus § 642 BGB, abgeleitet aus der Rechtsprechung

Soweit im Folgenden Argumente aus der Rechtsprechung nicht nur des BGH, sondern auch der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte (Landgerichte und Oberlandesgerichte) abgeleitet werden, ist zu beachten, dass insoweit keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Dennoch kann der Hinweis auf eine – wenn auch nicht höchstrichterliche – Entscheidung eines Gerichts als vertretbare Argumentation im Streitfall dienen und insofern zur Streitschlichtung beitragen (Hervorhebungen durch Verfasser).

- Beruht die Verschiebung des Baubeginns (bzw. sonstiger Annahmeverzug) auf **ungewöhnlicher Witterung**, gibt es keinen Anspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB. (BGH, Urteil vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13)
- **Kosten für Privatgutachten über die Entschädigungshöhe sind nicht ersatzfähig nach § 642 BGB**, weil es sich dabei um eine reine Schadensposition handelt und nicht um einen Teil der vereinbarten Leistung. (LG Memmingen, Endurteil vom 08.02.2017 – 1 HK O 1976/12, bestätigt durch OLG München, Endurteil vom 11.09.2017 – 27 U 688/17 Bau)
- Der **Auftragnehmer muss bei erkennbar längerer Verzögerung des Ausführungsbeginns seines Gewerks gegebenenfalls bestehende Mietverträge unter Umständen kündigen**: *„Bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung ist nicht nur zu berücksichtigen, was der Unternehmer infolge des Annahmeverzugs des Bestellers tatsächlich erspart, sondern auch das, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Macht er hiervon keinen Gebrauch, so muss er sich den nur möglichen Verdienst dennoch anrechnen lassen, weil er die Schadenshöhe durch Hintanhaltung eines Abzugspostens selbst vergrößert, den Schaden insofern also selbst vorwiegend verursacht. Was hier für die zumutbare anderweitige Ausnutzung der persönlichen Arbeitskraft gilt, muss erst recht für eine anderweitige Verwertung sonstiger Wirtschaftskraft (Kapital, Einrichtungen usw.) gelten. Im vorliegenden Fall hätte sich die Klägerin von der zusätzlichen Belastung, die ihr durch die Mietung der Schuten¹ entstanden war, in durchaus zumutbarer Weise durch Kündigung zum 31. August 1949 befreien können. Das muss umso mehr gelten, als die Klägerin von der Beklagten bereits am 14. August 1949 darauf hingewiesen worden war, dass zumindest für eine gewisse, noch nicht abzusehende Zeit überhaupt keine Klappschuten benötigt würden.“* (BGH, Urteil vom 12.07.1955 – I ZR 150/53)
- BGH, Urteil vom 19.06.1975 – VII ZR 70/73, Rn. 20: *„Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass auch ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht in Betracht kommt. Es durfte den Vortrag des Klägers dahin würdigen, dass er seine Leistungen nicht in einer den Annahmeverzug der Beklagten begründenden Weise angeboten habe. Die Anordnung, dass die Arbeiten vorläufig zu unterbrechen seien, machte das nach § 295 BGB erforderliche wörtliche Angebot des Klägers nicht entbehrlich, und zwar selbst dann nicht, falls die Beklagte bei Abschluss des Vertrages auf einer besonders zügigen Ausführung des Bauvorhabens bestanden haben sollte.“*

¹ Boote. Beim Bauvertrag kann es z. B. um angemietete Geräte oder Container gehen.

- Die **Ankündigung der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 642 BGB kann gegebenenfalls nach Treu und Glauben erforderlich sein.** (OLG München, Urteil vom 22.12.1988 – 1 U 5606/87, Rn. 50)
- **Nicht jede Verletzung irgendeiner Mitwirkungspflicht führt automatisch zu einem Anspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB:** Im Baugewerbe ist eine Handlung des Bestellers erst dann im Sinne des § 642 Abs. 1 BGB erforderlich, wenn die Unterlassung der Handlung den Auftragnehmer außer Stande setzt, die Leistung auszuführen (vgl. § 9 Nr. 1 Buchst. a VOB/B). (OLG Celle, Urteil vom 08.02.2001 – 22 U 266/99, Rn. 7)
- Hat der Auftragnehmer **gearbeitet**, ist in diesem Zeitraum kein Annahmeverzug möglich. (KG Berlin, Urteil vom 22.08.2005 – 10 U 54/01, Rn. 32)
- **Beschleunigungskosten** sind nicht über § 642 BGB erstattungsfähig. (OLG Jena, Urteil vom 11.10.2005 – 8 U 849/04, Rn. 42 ff., siehe auch BGH, Urteil vom 26.10.2017, a. a. O.)
- Geht es um **Lagerkosten**, muss der Auftragnehmer diese in seiner Behinderungsanzeige benennen. OLG München, Urteil vom 31.01.2006 – 9 U 4028/02: *„Es kann dahinstehen, ob die Behinderung als solche der Beklagten offenkundig gewesen ist. Die Anzeige konnte nur entfallen, wenn auch die hindernde Wirkung dem Auftraggeber bekannt war. Dazu gehörte auch der Hinweis auf das Entstehen von besonderen Lagerungskosten, um der Beklagten die Möglichkeit zu geben, das Entstehen dieser Kosten zu vermeiden, etwa durch Bereitstellung von Lagerraum. Die Erörterung der Lagerung mit dem Elektroplaner reicht nicht aus, die Mitteilung hätte vielmehr an die Beklagte selbst erfolgen müssen.“*
- Falls ein tatsächliches Angebot durch Bereitstellung der Arbeitskräfte erforderlich ist, ist das Angebot nicht ordnungsgemäß, wenn die **Zahl der Arbeiter zu gering** war, um die jeweils geschuldete Leistung zu erbringen. (KG Berlin, Urteil vom 12.02.2008 – 21 U 155/06)
- Bei **Annahmeverzug während des Bauablaufs** (Personal auf der Baustelle) muss der Auftragnehmer darlegen, dass die Verzögerung bei der Erbringung ihrer Leistung kausal durch die Verletzung der Mitwirkungspflicht seitens des Auftraggebers verursacht wurde. (KG Berlin, Urteil vom 12.02.2008 – 21 U 155/06)
- Vorsicht: Wenn der mit der Prüfung beauftragte **Architekt** zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anspruch des Auftragnehmers in einer bestimmten Höhe besteht, dann stellt dies in Verbindung mit Belegen zu nicht gedeckten, zeitabhängigen Baustellengemeinkosten eine hinreichende Grundlage für eine Schätzung durch das Gericht dar. (KG Berlin, Urteil vom 12.02.2008 – 21 U 155/06)
- Verweigert der Auftraggeber berechtigt den Einbau, weil der Auftragnehmer ein **falsches Produkt** einbauen will, gerät der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug, da das Angebot dann nicht die Leistung des Klägers so, wie sie zu bewirken war, ist (§ 294 BGB). Der Auftraggeber ist nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf die geringfügige Abweichung der angebotenen von der geschuldeten Leistung zu berufen. (OLG Celle, Urteil vom 27.11.2008 – 6 U 102/08)
- Im Hinblick auf das Kriterium des **anderweitigen Erwerbs** hat der Tatrichter zu prüfen, ob der Unternehmer seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs anderweitig – produktiv – eingesetzt hat oder einsetzen konnte. Dabei ist es **ohne Bedeutung, ob die anderweitige Einsatzmöglichkeit auf einem sogenannten „echten Füllauftrag“ be-**

ruht, also auf einem Auftrag, der nur wegen des Annahmeverzugs angenommen und ausgeführt werden kann. Das Kriterium des anderweitigen Erwerbs ist im Rahmen von § 642 BGB eigenständig und nicht in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB auszulegen, da die der Vorschrift des § 642 BGB zugrundeliegende Interessenlage im Hinblick auf die spätere Ausführung der Leistung eine andere ist als diejenige bei der freien Kündigung. (BGH, Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19)

- Die **Darlegungs- und Beweislast für die in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien** (Dauer des Verzugs, Höhe der vereinbarten Vergütung, ersparte Aufwendungen, anderweitiger Erwerb) **trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Unternehmer** als Anspruchsteller, der die Tatsachen für die vom Tatrichter vorzunehmende Abwägungsentscheidung beizubringen hat. (BGH, Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19)