

Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B

Rechtsanwälte Jarl-Hendrik Kues, LL.M, und Felix S. Thomas*

Der folgende Beitrag soll ein Schlaglicht auf die Behandlung und Bewertung der bauzeitlichen und damit einhergehenden finanziellen Folgen von Anordnungen werfen.

I. Einführung

Die Einführung des BGB-Bauvertragsrechts sowie die aktuelle Rechtsprechung des *BGH* seit 2017¹ zur Preisermittlung im VOB/B-Vertrag sowie hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB haben zwar teilweise Rechtssicherheit gebracht, aber auch neue Streitfelder eröffnet und alte ungelöst belassen. Damit ergibt sich ein vielschichtiges Themenfeld, das im Detail weiterhin blinde Flecken enthält und mit der erfolgten „Neuordnung“ durch die Urteile des *BGH* zu § 642 in den Jahren 2017² und 2020³ sogar brisanter geworden ist. Hierzu der folgende Beispielsfall:

B und U schließen nach dem 1.1.2018 einen Bauvertrag als Einheitsvertrag auf Basis eines detaillierten Leistungsverzeichnisses⁴. Die vereinbarte Vergütung beträgt 50.000.000 Euro. Das Leistungs-Soll des U umfasst unter anderem Tiefbauleistungen. Vereinbart ist ein Ausführungsbeginn zum 1.6.2018 und eine Ausführungsdauer von zwei Jahren. Als U vereinbarungsgemäß mit der Ausführung seiner Leistungen beginnen will, wird festgestellt, dass keine Baufreiheit besteht, weil die notwendige Kampfmittelsondierung des gesamten Baufeldes noch nicht erfolgt ist. B ordnet gegenüber U die Ausführung der Sondierungsleistungen des Baugrundes wegen Kampfmittelverdachts (wirksam)⁵ an. U „unterbricht“ die Hauptvertragsleistungen und führt stattdessen zunächst die Sondierungsleistungen innerhalb von sechs Monaten aus. Mit den übrigen Leistungen kann U erst nach Abschluss der Sondierungsleistungen beginnen („kritischer Weg“). Der Vergütungsanspruch des U für die Sondierungsarbeiten beläuft sich auf 100.000 Euro.

Kues/Thomas: Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B(NZBau 2021, 155)

156

Abwandlung: Statt die Sondierungsleistungen gegenüber U anzuordnen, führt B diese selbst bzw. durch einen Dritten umgehend und innerhalb der gleichen Zeit (sechs Monate) durch. Für die Vorhaltung von Gerät und Personal zur Erbringung der eigentlich während der Sondierungsarbeiten geplanten Hauptvertragsleistungen erhält U von B 200.000 Euro.

U fragt, ob er die tatsächlich eingetretenen Materialpreissteigerungen (kurz gesagt: „Folgekosten“) iHv 500.000 Euro wegen der um sechs Monate verschobenen Hauptvertragsleistungen gegenüber B durchsetzen kann. Er will zudem wissen, ob ihm ein Anspruch hinsichtlich seiner während der Sondierungsleistungen nicht erwirtschafteten Erträge für Allgemeine Geschäftskosten (und Wagnis/Gewinn) sowie der deswegen eingetretenen Unterdeckung in diesem Bereich in Höhe von weiteren 500.000 Euro zusteht.

Kein Streit dürfte darüber bestehen, dass hinsichtlich der angeordneten „Sondierungsarbeiten“ ein Vergütungsanspruch besteht, weswegen diese Frage hier ausgeklammert wird. Hinsichtlich der übrigen Themen schon eher. Der folgende Beitrag soll dabei nicht die letzte dogmatische Antwort auf alle in diesem Zusammenhang aufkommenden Fragen liefern, sondern als Denkanstoß und Diskussionsgrundlage verstanden werden. Vom Ergebnis her gedacht: Die „Folgekosten“ unterfallen

in aller Regel dem Mehrvergütungsanspruch. Hinsichtlich eines Ausgleichs der Unterdeckung für Allgemeine Geschäftskosten (und Wagnis/Gewinn) gilt dasselbe, auch dieser ist bei der Bildung der Nachtragsvergütung zu berücksichtigen.

II. Ausgangsfall: „Infolge einer Anordnung“

Die Folgen der unterschiedlichen Anordnungsrechte des Auftraggebers muten seltsam an. Sie modifizieren die Grundregel zur Vertragsänderung des § 311 I BGB, wonach Vertragsänderungen grundsätzlich nur einvernehmlich durch einen Änderungsvertrag erfolgen können. Die Anordnungsrechte versinnbildlichen allerdings zugleich das praktische Erfordernis einer Flexibilität. Damit aus der Flexibilität kein Ungleichgewicht folgt, muss dem Vertragspartner ein spiegelbildlicher Anpassungsanspruch zustehen. Dass dem so ist, ist allgemein anerkannt: Dem Auftragnehmer steht bei einer wirksamen Anordnung des Auftraggebers unmittelbar ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zu.⁶ Insofern handelt es sich um den Reflex des rechtsgestaltenden, vom Auftragnehmer im Umfang der Anordnung unmittelbar zu befolgenden Eingriff in den bestehenden Vertrag. Es liegt auf der Hand, dass dem einseitigen Recht des Auftraggebers ein ebenso einseitiger Anspruch des Auftragnehmers auf der Vergütungsseite korrespondieren muss. Dieser Grundmechanismus von Eingriff und Ausgleich, in Form einer zwingend beiderseitigen Anpassung, bezweckt letztendlich eine Wahrung des Äquivalenzverhältnisses.⁷

Damit dieses Ziel erreicht wird, müssen auf die Anordnung des Auftraggebers zurückzuführenden Folgen im Rahmen des Anspruchs des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung Berücksichtigung finden. Dies soweit die Anordnung „adäquat kausal“⁸ zur Folge geführt hat und soweit der „Schutzzweck der Norm“⁹¹⁰ – keiner Partei soll durch die eingetretene Änderung eine Besser- oder Schlechterstellung widerfahren¹¹ – reicht.¹²

1. Übertragung auf den Fall: (Regelmäßiges) Unterfallen der „Folgekosten“ unter den Mehrvergütungsanspruch

Nach dem Vorstehenden sind jedenfalls die infolge der Anordnung und ursächlich durch die Sondierungsleistungen eingetretenen Folgekosten im Rahmen der Bestimmung des Anspruchs auf Vergütungsanpassung zu berücksichtigen. Für ein anderes Ergebnis bleibt – unter Berücksichtigung der nachstehenden Kontrollüberlegungen – kein Raum.

Es besteht von vornherein keinerlei Veranlassung, das Risiko von Änderungen der Grundlagen des Preises dem Auftragnehmer zuzuweisen, soweit die durch die Anordnung kausal verursachte Verschiebung der Leistung zu einer Änderung der Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung führt.¹³ Es ist vielmehr lediglich konsequent, dem Auftraggeber als Inhaber der Anordnungsrechte das Risiko einer Preissteigerung oder anderer Folgekosten bei einer mittelbaren, aber kausalen zeitlichen Verschiebung durch Ausübung eben jener Rechte zuzuweisen. Die hier dargestellten abstrakten Überlegungen sollen dabei nicht darüber hinwegtäuschen, dass jeder Sachverhalt im Einzelnen zu bewerten ist.

Werden beispielsweise die, ansonsten von einer Stahl-/Materialpreissteigerung betroffenen, Spundbohlen bereits vor Eintritt der Steigerung durch den Auftragnehmer beschafft, diese jedoch wegen der Sondierung nicht unmittelbar eingesetzt, sondern eingelagert (adäquat kausal), wären die Kosten der Einlagerung bei der Anpassung der Vergütung zu berücksichtigen. Die Quintessenz bleibt dieselbe: Der Vergütungs-(anpassungs-)anspruch folgt mithin unmittelbar und spiegelbildlich der Reichweite der Anordnung.

Für die Frage, in welchem Umfang Erhöhungen der Einkaufspreise oder der Lohnkosten bei der Bildung des neuen diese Mehrkosten umfassenden Preises zu berücksichtigen sind, ist auf die Preise abzustellen, die der Auftragnehmer bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätte zahlen müssen.¹⁴

a) Kontrollüberlegung: Verschobene Leistung ist gleich geänderte Leistung?

Aber sind die von der Anordnung nicht direkt betroffenen Hauptvertragsleistungen überhaupt modifiziert, wenn sie „lediglich“ zeitlich verschoben ausgeführt werden? Zur Erinnerung: Die „zusätzlichen Sondierungsleistungen“ führen dazu, dass mit den Hauptvertragsleistungen erst nach Abschluss der Sondierungsleistungen begonnen werden kann, da diese auf dem kritischen Weg liegen.

Zweifel hieran könnten sich aus der Gesetzesbegründung zu § 650 c BGB ergeben. Dort wird, ohne eine nähergehende Erläuterung, Folgendes festgehalten: „Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt.“¹⁵ So wäre es ein Leichtes, sich darauf zu beschränken, dass die Einbringung von Spundbohlen im September 2018 sich nicht von einer Einbringung im März 2019 unterscheidet. Eine derart pauschale Sichtweise wäre jedoch verkürzt. Die Feststellung einer Änderung setzt zwangsläufig die Bestimmung des vertraglich geschuldeten Leistungsumfangs voraus. Dies erfolgt regelmäßig anhand einer Vertragsausle-

Kues/Thomas: Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B(NZBau 2021, 155)

157

gung, wobei das gesamte Vertragswerk einschließlich der in Bezug genommenen Pläne zugrunde zu legen ist.¹⁶

Richtig ist dabei zunächst, dass die Bauzeit, also wann welcher Teil der Leistung auszuführen ist, keine im Synallagma stehende Leistungspflicht darstellt und auch nicht zum Werkerfolg gehört.¹⁷ Denn der Leistungsbegriff¹⁸ ist zwar flexibel. Er umfasst mit den Haupt- und Nebenleistungspflichten jedoch regelmäßig (nur) Formen der Sachleistung. Der Parameter Zeit spielt, wie § 271 BGB zeigt, für „die Leistung“ im gesetzgeberischen Regelfall eine untergeordnete Rolle.¹⁹ Die Bauzeit ist mithin lediglich ein Teil der Leistungs- bzw. Vertragsumstände.

Im Zuge der Auslegung sind allerdings auch die vertraglich festgelegten Umstände, also die sachlichen und zeitlichen Rahmenbedingungen, unter deren Einfluss das Werk entsteht, zu berücksichtigen.²⁰ Dies, weil sie als Teil der Arbeitsschritte die zu erbringenden Leistung bedingen. Sie sind mithin mitmaßgeblich für die vom Auftragnehmer vor Vertragsschluss kalkulierte und die sodann (ursprünglich) vereinbarte Vergütung.²¹ Neben einfachen Beispielen wie Vorhaltepositionen, bei denen der Mengenvordersatz häufig ein bestimmter periodischer Zeitraum ist, richtet sich auch die Disposition von Personal- und Geräteinsatz sowie des Materials für die zu erbringenden Leistungen nach der Dauer bzw. dem Zeitpunkt der Verwendung. Die Vermutung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung gilt mithin beim Bauvertrag nicht unabhängig von der vereinbarten Leistungszeit.

Es mag also zuweilen beim gesetzgeberischen Regelfall der Unerheblichkeit einer zeitlichen Verschiebung und einer Symmetrie der Kostenentstehung verbleiben. Eine, wenn auch nur mittelbare, Veränderung der Umstände ist jedoch durchaus dazu geeignet, mit einer „Änderung“ der Leistung gleichgesetzt zu werden und eine zu kompensierende asymmetrische Kostenentstehung auszulösen.²² Dies jedenfalls immer dann, wenn eine Änderungsanordnung (vielfach unvermeidbar)²³ Auswirkungen auf die Bauzeit hat. Dabei kann zugleich das Bestehen eines Anspruchs auf Anpassung der Leistungszeit bei einer Erweiterung des Leistungsumfangs durch die Änderung nicht ernsthaft bezweifelt werden.²⁴

Andernfalls würde die trotz der Anordnungsrechte durch den § 311 I BGB geschützte negative Vertragsänderungsfreiheit der anderen Vertragspartei ausgehöhlt. Auch würde die bei einem Austauschvertrag bestehenden Vermutung, dass Leistung und Gegenleistung der Parteien in einem ausgewogenen Verhältnis standen²⁵, konterkariert werden.

b) Kontrollüberlegung: (Kein) Fall der „Behinderung“ der verschobenen Leistung?

Sodann wäre, gerade am hiesigen Beispiel – „fehlende Vorleistung“ –, zu überlegen, ob der Auftragnehmer im Kontext der Leistungsverschiebung für die Dauer der Ausführung der angeordneten Leistung an der Ausführung der ursprünglichen Leistung gehindert ist. Die Frage der monetären Kompensation der Verschiebung der ursprünglichen Leistung würde sich sodann wohl nach § 642 BGB richten. Dies kann jedoch nicht überzeugen.

Die per wirksamer Anordnung eingetretene Änderung bzw. Ergänzung beschreibt nämlich die nunmehr ordnungsgemäß auszuführende Leistung. Wenn sich die geschuldete Leistung unmittelbar entsprechend dem Umfang der Anordnung ändert, muss dies auch für die Umstände, also insbesondere die Bauzeit, gelten. Die zeitlichen Auswirkungen einer Änderungsanordnung stellen keine durch eine fehlende Mitwirkungshandlung des Auftraggebers bedingte „Verzögerung der Bauausführung“ dar. Der Auftraggeber setzt sich nicht selbst in Annahmeverzug, indem er das vertraglich eingeräumte Gestaltungsrecht ausübt.²⁶ Dies scheidet schon daran, dass die Ausführung der „fehlenden Vorleistung“ durch die Anordnung unmittelbar Teil der Leistung des Auftragnehmers wird. Nichts anderes kann vor dem Hintergrund der Gefahrtragungsregelung des § 642 BGB gelten.²⁷ Die monetäre Kompensation von zeitlichen Auswirkungen einer Anordnung in der Regelung des § 642 BGB zu verorten, wäre mithin verfehlt. Daher muss der Auftragnehmer in Anbetracht einer Änderung, die zeitliche Auswirkungen hat, auch keine Behinderung anzeigen.²⁸ Eine Anordnung mag daher zu zeitlichen Modifikationen führen, aber sie bleibt im Kern ein vertragliches Gestaltungsrecht. Dementsprechend entsteht sowohl der Anspruch auf Vergütung der Leistungsänderung – einschließlich der Kosten der verschobenen Leistung-, ebenso wie der auf Anpassung der Bauzeit, unmittelbar als einheitlicher Anspruch.

c) Kontrollüberlegung: (Kein) Konflikt mit dem Preis-(steigerungs-)risiko?

Letztlich ist wegen des beehrten Ausgleichs der Preissteigerung zu hinterfragen, ob diese nicht in das Kalkulationsrisiko des Auftragnehmers fällt. Nach diesem entspricht es allgemeinen Grundsätzen der vertraglichen Risikoverteilungen, dass der Auftragnehmer für die Dauer des Vertrags an die vereinbarten Vergütung bzw. die vereinbarten Einzelpreise gebunden bleibt.²⁹ Soweit die Preissteigerung jedoch eine adäquat kausal auf die Anordnung des Auftraggebers zurückzuführende Folge der Anordnung ist, ist der Risikobereich des Auftragnehmers

Kues/Thomas: Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B(NZBau 2021, 155)

158

nicht mehr betroffen. Denn es mag zwar sein, dass Preissteigerungen in periodischen Abständen eintreten; führt jedoch erst die Anordnung dazu, dass die Leistung in einer anderen als in der ursprünglich vorgesehenen Periode zur Ausführung kommt, konnte der Auftragnehmer diese im Zuge seiner ursprünglichen Kalkulation gerade nicht berücksichtigen. Die konkrete Abweichung wird zudem im Vorfeld nicht erkennbar sein. Im Übrigen würde die Annahme, der Auftragnehmer habe Derartiges allein aufgrund der Möglichkeit von Änderungsanordnungen zu berücksichtigen, dem Ziel der Gesetzgebung³⁰ und der Rechtsprechung³¹, Spekulationen einzudämmen, zuwiderlaufen.

Erneut: Es besteht keinerlei Veranlassung das Risiko von Änderungen der Grundlagen des Preises dem Auftragnehmer zuzuweisen, soweit die durch die Anordnung kausal verursachte Verschiebung der Leistung zu einer Änderung der Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung führt.³²

Die nach der Ausführung der angeordneten Leistung hinsichtlich der verschobenen Leistungen eingetretene Preissteigerung ist demnach im Rahmen des Anspruchs des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung zu berücksichtigen.

Anders ist hingegen wohl die bereits während der der Ausführung der angeordneten Leistung eingetretene Preissteigerung zu behandeln. Dies, weil sie – die Anordnung hinweggedacht – auch im ursprünglichen Ausführungszeitraum eingetreten wäre und daher dem Kalkulationsrisiko des Auftragnehmers unterfällt. Insofern handelt es sich nicht um Folgekosten im eigentlichen Sinne.

2. Übertragung auf den Fall: Erforderliches Ausgleichen der „Unterdeckung“ durch den Mehrvergütungsanspruch

Auch eine Unterdeckung gegenüber der geplanten Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen für Allgemeine Geschäftskosten (und Wagnis/Gewinn) ist, soweit durch die Anordnung bedingt, auf der Rechtsfolgenseite auszugleichen. Grundproblematik der Betrachtung ist dabei, dass die Begrifflichkeit der „Gemeinkosten“ sowie deren Inhalt und Zweck betriebswirtschaftlicher Natur sind, und „der Jurist“ lediglich eine „Kostenart“, nämlich die „Vergütung“ kennt bzw. kannte (§ 650c I 1 BGB). Letztere wird für die erbrachte Leistung entrichtet. Gerade mit der (Sach-)Leistung(-serbringung) hängen die Gemeinkosten jedoch nicht zwangsläufig zusammen. Dennoch hat ein Ausgleich zu erfolgen und dies wohl in beide Richtungen, denn die Gemeinkosten sind Teil der Vergütung und stehen daher im ursprünglichen Äquivalenzverhältnis. Wird dieses nach Vertragsschluss auf der (Sach-)Leistungsseite modifiziert, ist die Vergütung insgesamt an die Modifikation anzupassen.

a) Problemstellung der Gemeinkostendeckung

Auch wenn sich die hiesige Betrachtung auf die Problematik der Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) beschränkt, scheint ein grundsätzlicher Abriss der Gemeinkosten und deren Deckung angezeigt. Als Gemeinkosten werden sowohl die so genannten Baustellengemeinkosten (BGK) wie auch die AGK bezeichnet. Beide Kostenarten fließen regelmäßig in die Kalkulation der ursprünglichen Vergütung ein,³³ die BGK regelmäßig mit einem Zuschlagssatz auf die Einzelkosten der Teilleistungen (EKT), die Kosten der „tatsächlichen“ Leistungserbringung sind und zusammen mit den BGK die so genannten Herstellkosten bilden.³⁴

Die BGK entstehen bei und für den Betrieb der Baustelle. Sie decken Nebenleistungen, die erforderlich sind, um das Werk insgesamt überhaupt realisieren zu können. Klassischerweise sind dies die Kosten für das Herstellen, Vorhalten, Unterhalten und den Rückbau der Baustelleneinrichtung³⁵ und des so genannten „Overheads“, also die der Bauleitung sowie für sonstiges nicht unmittelbar für die Leistungserbringung eingesetztes Personal. Die AGK sind ebenfalls Teil der Vergütung, weil die zuvor gebildeten Herstellkosten mit den AGK bezuschlagt werden. Bei den AGK handelt es sich um diejenigen Aufwendungen, die dem Unternehmer nicht durch einen bestimmten Auftrag, sondern durch den Betrieb seines Gewerbes entstehen. Sie decken die Kosten der Geschäftsleitung, der Verwaltung der Hilfsbetriebe der Rechtsabteilung, des Fuhrparks usw., die nicht unmittelbar auf der Baustelle anfallen oder auf diese zu verrechnen sind. Die AGK werden je Geschäftsperiode in der Regel für ein Jahr im Voraus anhand der Vorjahreszahlen geplant.³⁶

Knackpunkt für das Verständnis des Problems der Deckung der AGK ist, dass die Gemeinkosten in aller Regel unabhängig von der Erbringung der Bauleistungen entstehen,³⁷ allerdings mit der Erbringung des zu erwirtschaftenden Umsatz gedeckt werden sollen. Das Problem der Kostendeckung entsteht daher – stark vereinfacht – immer dann, wenn sich die bei Vertragsschluss angenommenen Parameter Umsatz und/oder Zeit nachvertraglich verändern.³⁸

Im Wesentlichen sind daher unwillkürliche Mengenänderungen, durch Anordnungen bedingte Modifikationen oder auch reine Behinderungssachverhalte als Anknüpfungspunkte für das Eintreten einer Über- oder Unterdeckung zu identifizieren. So kann eine erhebliche Mengenmehrung (Umsatzsteigerung) bei nahezu gleichbleibender Leistungszeit (quasi unveränderte Kostenentstehung) genauso zu einer Überdeckung führen wie die Anordnung einer Leistung, welche lediglich zu einer geringen Umsatzsteigerung, aber einem erheblichen Zeitmehrbedarf führt, zu einer Unterdeckung.

Da die AGK der Bauausführung jedoch im Regelfall nicht unmittelbar zuordenbar sind,³⁹ ist eine verursachungsgerechte Deckung, sprich eine Deckung der „tatsächlichen“ Kosten, nicht möglich.⁴⁰ Ebenso birgt auch ein reines Abstellen auf die ehemals kalkulierte Deckung, sprich eine Deckung der „fiktiven“ Kosten, abhängig von den jeweiligen Sachleistungsmodifikationen, das Risiko einer Über- oder Unterkompensation.⁴¹ Erforderlich ist daher, einen Mittelweg für den einleitend dargestellten Sachverhalt zu finden.

b) Deckung der AGK durch Anpassung des „angemessenen“ Zuschlags?

Dass der Vergütungsanspruch des Auftragneh-

Kues/Thomas: Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B(NZBau 2021, 155)

159

mers im Nachtragsfall dem Grunde nach den AGK-Anteil enthält, ist seit längerem durch die Literatur⁴² und die Rechtsprechung⁴³ geklärt und hat zwischenzeitlich auch Eingang in gesetzliche Normen gefunden, § 650 c I 1 BGB. In der vorgenannten Norm ist die Rede von „angemessenen“ Zuschlägen. Was angemessen ist, ist ungeklärt. Deswegen wird hinsichtlich des Ausgleichs einer Unterdeckung nachstehend ein Mittelweg aufgezeigt.

aa) Vom Eintreten und Bleiben einer Unterdeckung

Für den hiesigen Ausgangsfall wird unterstellt, dass dem Auftragnehmer wegen der Ausführung der Sondierungsleistungen eine Unterdeckung hinsichtlich der AGK entsteht, da mit den Sondierungsleistungen nicht derselbe Umsatz erwirtschaftet wird, wie durch die sodann verschobenen Leistungen erwirtschaftet worden wäre, und sich die Leistungszeit im Übrigen um sechs Monate verlängert. Weil die AGK-gegenständlichen Kosten hypothetisch, da periodisch fixiert, unverändert entstehen, besteht bei einem gleichbleibenden Zuschlag auf einen geringeren Umsatz in verlängerter Zeit ein ungedecktes Delta an Kosten. Ob bei dem Auftragnehmer tatsächlich eine Unterdeckung eingetreten ist, ist zunächst unerheblich. Denn anderenfalls – die Anordnung hinweggedacht – wäre jedenfalls die ursprünglich geplante bzw. vereinbarte Deckung eingetreten. Insoweit muss es, mangels der Möglichkeit einer verursachungsgerechten Zuordnung der AGK, bei der Fiktion bleiben. Denn diese entspricht jedenfalls dem ursprünglich vereinbarten Äquivalenzverhältnis. Für die Richtigkeit streitet demnach die Vermutung, dass Leistung und Gegenleistung der Parteien in einem ausgewogenen Verhältnis standen.⁴⁴

Eine spätere Ausführung der verschobenen Leistung und des hiermit erwirtschafteten Umsatzes führt dabei nicht zu einer Deckung des eingetretenen Deltas. Denn die Kosten, die durch die

Erwirtschaftung der AGK gedeckt werden sollen, entstehen periodisch fix. Der Eintritt in die neue Periode führt demnach zum „erneuten“ entstehenden Kosten. Eine verschobene Erwirtschaftung von Umsatz kann das hinsichtlich der Deckung des eingetretenen Deltas mithin nicht bzw. allenfalls in Summe nachholen.

Einen Deckungsbeitrag leisten demgegenüber jedoch die Vergütungsanteile, die für nachträglich angeordnete Leistungen entrichtet werden, hier 100.000 Euro für die Sondierungsleistungen. Dies soweit und in dem Maße, in welchem die für die Nachtragsleistungen gezahlte Vergütung Zuschlagssätze für AGK enthalten. Ob dadurch eine Deckung eintritt, ist wiederum nur in der Summe überprüfbar und wird hier – wie einleitend gesagt – verneint.

bb) Die Frage nach den „angemessenen“ Zuschlägen

Möchte der Auftragnehmer das (verbleibende) Delta decken, ist er nach der gesetzgeberischen Entscheidung⁴⁵ wohl daran gebunden, den Weg der Nachtragsvergütung auf Basis tatsächlich erforderlicher Kosten nebst angemessener Zuschläge zu gehen. Dies führt zu der Folgefrage, wie die „angemessenen“ Zuschlagssätze bei Modifikation der Leistung (neu) zu bestimmen sind.⁴⁶

Bei der Berechnung der Vergütung nach § 650 c I 1 BGB sollen dem Auftragnehmer „angemessene“ Zuschläge zustehen. Ein bloßer Verweis auf die Urkalkulation genügt dabei nicht, um die Angemessenheit der Zuschlagssätze darzulegen, und würde hier ohnehin zu der vorstehend beschriebenen Unterdeckung führen. Für die Angemessenheit der Zuschläge soll es dabei auf objektive Umstände wie branchenübliche Ansätze ankommen,⁴⁷ wobei Bestrebungen zur Definition von „marktüblich“ angemessenen Zuschlägen bereits unternommen wurden.⁴⁸ Darüber hinaus sollen auch übliche Ansätze des betroffenen Unternehmens zu berücksichtigen sein.⁴⁹ Auch gibt es Tendenzen, gestützt auf die Vermutung des § 648 S. 3 BGB, einen Zuschlag von 5,26 % als Minimum in jedem Fall als angemessen anzusehen, wobei dieser sowohl die AGK als auch Wagnis und Gewinn beinhalten soll.⁵⁰

cc) Der Mittelweg

Bei alledem ist jedoch zu hinterfragen, was im konkreten Verhältnis „angemessener“ sein soll als das, was die Vertragsparteien bei den ursprünglichen Parametern als angemessen erachtet haben. Allein die Wiederherstellung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses ist Ziel der Rechtsfolgenregelungen zum Finden eines neuen Preises nebst angemessenen Zuschlägen. Oder anders: Keiner Partei soll durch die eingetretene Änderung eine Besser- oder Schlechterstellung widerfahren.⁵¹ Anlass für ein Abstellen auf marktübliche Umstände besteht dabei nicht, weil zwischen den Parteien eine, wenn auch zwischenzeitlich überholte, Vergütung bestimmt war.⁵² Die üblichen Ansätze des betroffenen Unternehmens gehen sodann nicht viel weiter als der – nicht gangbare – Verweis auf die Urkalkulation. Das skizzierte Minimum stellt letztlich von vornherein eine Schlechterstellung dar, da die Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn – nunmehr doch das Argument „marktüblich“ – in der Praxis kaum je mit unter 10 % in Summe anzutreffen sind, oft noch deutlich höher.⁵³

Dementsprechend erscheint es möglich, den angemessenen Zuschlag im Einzelfall im Sinne einer ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen.⁵⁴ Ausgangspunkt wäre die hypothetisch ursprünglich erzielte Kostendeckung im Vergleich zur tatsächlichen Deckung der (weiterhin hypothetischen) Kosten unter Berücksichtigung der eingetretenen Veränderung. Wäre also im Beispielsfall eine Deckung von insgesamt 24 (1/Monat) erzielt worden, wäre ein Zuschlagssatz zu bilden, welcher bei dem mit den Leistungen erwirtschafteten Umsatz zu einer Deckung von 27

(weiterhin 1/Monat) führt, um die in der eingetretenen Verlängerungszeit unverändert entstehenden Kosten auszugleichen.

Diffizil wird diese Betrachtung wohl, unabhängig von der Nachtragskausalität, wenn sie für jeden einzelnen Nachtrag vorgenommen wird. Denn die Angemessenheit des Zuschlags variiert bei dieser Betrachtung

Kues/Thomas: Alles hat seine Konsequenzen – Behandlung bauzeitlicher und finanzieller Folgen angeordneter Leistungsänderungen nach BGB und VOB/B(NZBau 2021, 155)

160

konsequenterweise je nach Anzahl und (jeweiliger) Auswirkung der nach Vertragsschluss eingetretenen Änderungen. Dementsprechend dürfte eine vereinheitlichende Ausgleichsberechnung im Zuge der Endabrechnung zielführender sein.

3. (Zwischen-)Fazit

Die zu vergütende Folgen von Anordnungen können nach dem Vorstehenden weitreichend sein, da bereits ein vermeintlich kleiner Eingriff das im ursprünglichen Vertrag angelegte Äquivalenzverhältnis nachhaltig stören kann. So bedingt die exemplarische, wohl auf den ersten Blick als verhältnismäßig günstig einzustufende Anordnung der Ausführung von Sondierungsleistung eine Reihe von nachgelagerten Veränderungen der vertraglich geschuldeten Leistung, also das Entstehen von weiteren Kosten.

Da das Ziel der als Rechtsfolgenregelungen einzustufenden Normen der Vergütungsanpassung im Nachtragsfall die Wahrung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses ist, muss die vorzunehmende Anpassung der Vergütung nicht nur den unmittelbaren Gegenstand der Anordnung, sondern auch dessen Folgen im Gefüge des Vertrags berücksichtigen. Dabei sind auch die zeitlichen Modifikationen und die hierdurch bedingten Kostenfaktoren in die Bildung des neuen Preises einzustellen. Gerade bei Nachtragsverhalten mit zeitlichen Auswirkungen erscheint es daher seitens der Auftragnehmer angezeigt, die Folgen frühzeitig zu sondieren und eine klare Zuordnung vorzunehmen. Zudem erscheint eine Anmeldung von im weiten Sinne weiteren bauzeitabhängigen Kosten – im jeweiligen Zeitpunkt überschaubaren Rahmen – zwingend. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob mit dem Abschluss einer Nachtragsvereinbarung die zusätzlichen bauzeitabhängigen Mehrkosten abgegolten sind. All dies ist misslich, weil eine Ermittlung im Vorfeld selten abschließend möglich ist.

Gegenüber den Auftraggebern gilt zunächst der folgende Appell: „Erst planen. Dann bauen.“ Auch dies wird (und soll) Nachträge nicht verhindern. Die Anordnungsrechte stehen Auftraggebern nicht ohne Grund zu. Gerade bei lang andauernden Vorhaben können sich die Vorstellung, die Möglichkeiten oder auch die Umstände ändern, weswegen Instrumente zum flexiblen Reagieren praxisnotwendig sind. Zugleich ist auch eine gewisse Sensibilität hinsichtlich der Folgen von Anordnungen erforderlich, denn: Alles hat seine Konsequenzen...

III. Abwandlung: Der (unzureichende) Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile über § 642 BGB

Zu einem besonderen Dilemma kommt es demgegenüber in der Abwandlung des Ausgangsfalls. Hier besteht für den Auftragnehmer wegen der fehlenden und sodann durch einen Dritten ausgeführten Vorleistung primär wohl nur ein Anspruch nach § 642 BGB.⁵⁵

Über § 642 BGB wird (nur) eine Entschädigung dafür gewährt, dass und soweit während der Dauer des Annahmeverzugs des Auftraggebers Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, durch den Auftragnehmer unnütz vorgehalten werden.⁵⁶ Diese

wurden hier mit 200.000 Euro beglichen. Mehrkosten, wie die begehrten gestiegenen Material- und Personalkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs entstehen, aber erst nach Wegfall des Annahmeverzugs anfallen, sind dagegen von § 642 BGB nicht erfasst.⁵⁷ Zu einer AGK-Deckung führt dies ebenfalls wohl nicht.

Im Sinne eines kooperativen Miteinanders wäre es sicher wünschenswert, wenn der Auftraggeber im Beispielsfall zum Mittel der Anordnung greift, sich damit jedoch potenziell erheblichen Folgekosten aussetzen muss. Auch wäre es, wohl trotz der Rechtsprechung des *BGH*⁵⁸, möglich, eine etwaige Information des Auftraggebers über die „fehlende Vorleistung“ als andere Anordnung zu verstehen und hierdurch die Regelungen über die Vergütungsanpassung zu eröffnen.⁵⁹ Dies ist jedenfalls dann möglich, wenn die Folge der „Information“ über den Zeitraum der Behinderung hinausgeht. Zwar sprechen auch hierfür die obigen Kontrollüberlegungen. Vollständig überzeugend ist dies allein aufgrund von Kausalitätsfragen indes nicht.

IV. Fazit: Diskrepanz! & Ausweg?

Hier soll keine Kritik an der Entwicklung in der – für zutreffend gehaltenen – Rechtsprechung und der dahinterstehenden Dokmatik des § 642 BGB⁶⁰ geübt werden. Vielmehr soll die Diskrepanz, die zwischen den Regelungen der Vergütungsanpassung bei einer Anordnung und einer Entschädigung nach § 642 BGB besteht, verdeutlicht werden. Denn prinzipiell einziger Unterschied zwischen den beiden Fallvarianten ist, dass der Auftraggeber sich einmal dafür und einmal dagegen entscheidet, den Leistungsumfang des bereits gebundenen Auftragnehmers zu erweitern. Die Folgen für den Auftragnehmer und die Ausführung des ursprünglichen Bau-Solls, die hierfür vorgesehenen Ausführungsdauern und kalkulierten Kosten sind identisch. Die Kompensation hingegen nicht. Oder anders: Einmal hat der Auftraggeber „1 Mio. Euro“ (500.000 Euro Preissteigerung und 500.000 Euro Unterdeckung) zu zahlen und einmal nicht.

Dementsprechend sind in (reinen) § 642 BGB-Konstellationen neben dieser Norm liegende Mechanismen zu entwickeln; dies auch, weil die von der Rechtsprechung benannten Mechanismen – Schadensersatzanspruch bei Nebenpflichtverletzung, Vereinbarung von Preisgleitklauseln, Beendigung des Vertrags und § 313 BGB⁶¹ – sich in der Praxis nicht realisieren (lassen). In den Ring geworfen wurden bereits die Mittel einer ergänzenden Vertragsauslegung⁶², die Verfolgung eines Ausgleichsgedankens nach den Äquivalenzregeln und § 241 II BGB⁶³ sowie die Aufweichung der strengen Anforderungen an einen Wegfall der Geschäftsgrundlage und die sodann mögliche Anpassung über § 313 I BGB⁶⁴. Welcher dieser Wege letztendlich gegangen wird, steht noch zur Debatte.

* Die Autoren sind Partner bzw. Associate der Sozietät *Leinemann Partner Rechtsanwälte mbB* in Frankfurt a. M., der Autor *Kues* ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht.

¹ *BGHZ* 216, 319 = *NZBau* 2018, 25 = *NJW* 2018, 544; *BGHZ* 223, 45 = *NZBau* 2019, 706 = *NJW* 2020, 337.

² *BGHZ* 216, 319 = *NZBau* 2018, 25 = *NJW* 2018, 544 .

³ *BGHZ* 224, 328 = *NZBau* 2020, 362 = *NJW* 2020, 1293.

⁴ Für die hiesige Betrachtung ist es unerheblich, ob die Parteien die VOB/B wirksam und in Gänze in den Vertrag einbezogen haben oder nicht. Dies, weil die Betrachtung eines Anspruchs der Höhe nach weitestgehend ausgeklammert wird und im Übrigen für VOB/B-Verträge unterstellt wird, dass die Vergütung in jedem Nachtragsfall durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 650 c I bzw. II BGB berechnet wird.

5 Für den BGB-Bauvertrag wird unterstellt, dass keine Einigung binnen 30 Tagen nach dem Zugang eines Änderungsbegehrens erreicht wurde. Im Weiteren wird unterstellt, dass die Ausführung der Leistung „Kampfmittelsondierung“ dem Auftragnehmer zumutbar ist, insb. sein Betrieb hierauf eingerichtet ist.

6 *BGH NZBau 2012, 493* = NJW-RR 2012, 981; *NZBau 2004, 207* = NJW-RR 2004, 449; *Leinemann in Leinemann, VOB/B, 7. Aufl. 2019, § 2 VOB/B Rn. 321*; *von Rintelen in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl. 2018, § 650 b BGB Rn. 166 f., 187, 236, § 650 c BGB Rn. 1, 143*; *Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A u. B, 7. Aufl. 2020, § 1 VOB/B Rn. 121*.

7 Vgl. *BGH NZBau 2009, 771* = NJW 2010, 522; *Leinemann in Leinemann, VOB/B, § 2 Rn. 322*; *Kues in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 212 f.*; *Franz/Kues BauR 2010, 678*; *Retzlaff BauR 2017, 1781 (1795)*; *von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A u. B, § 1 VOB/B Rn. 101 b*; kritisch *Vygen BauR 2006, 894*.

8 Vgl. *MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 BGB Rn. 110 mwN*.

9 Hier die Rechtsfolgenregelung des Vergütungsanspruchs, also § 650 c BGB bzw. § 2 V u. VI VOB/B.

10 Vgl. *MüKoBGB/Oetker, § 249 BGB Rn. 120 ff. mwN*.

11 Vgl. *BGHZ 223, 45* = *NZBau 2019, 706* = *NJW 2020, 337*.

12 Vgl. *MüKoBGB/Oetker, § 249 BGB Rn. 110, 120 ff. jew. mwN*.

13 Vgl. *BGHZ 181, 47* = *NZBau 2009, 370* = *NJW 2009, 2443*.

14 Vgl. *BGH NZBau 2009, 771* = *NJW 2010, 522*.

15 *BT-Drs. 18/8486, 56*.

16 *BGHZ 176, 23* = *NZBau 2008, 437* = *NJW 2008, 2106*; *BGHZ 168, 368* = *NZBau 2006, 777* = *NJW 2006, 3413*; *BGH NJW-RR 1993, 1109*.

17 Vgl. Stellungnahme des Dt. Baugerichtstages e.V. zum RefE eines Gesetzes z. Reform d. Bauvertragsrechts u. z. Änderung d. kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 16, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2015/Downloads/112_02015_Stellungnahme_Baugerichtstag_RefE_Bauvertragsrecht.pdf; *jsessionId = 8BD4177654E09AB1FC23A49A77CDBE1F.2_cid289?__blob = publicationFile&v = 1*.

18 Die Zuwendung eines wirklichen oder vermeintlichen Vorteils, der typischerweise, aber nicht notwendigerweise, einen Vermögenswert hat, *Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 241 BGB Rn. 3*.

19 Ausnahmen stellen Formen von Fixgeschäften dar.

20 *von Rintelen in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Teil H Rn. 21*; vgl. *Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A u. B, § 2 VOB/B Rn. 53 ff*.

21 *BGHZ 181, 47* = *NZBau 2009, 370* (m. Anm. *Kapellmann NZBau 2009, 375*) = *NJW 2009, 2443 Rn. 49*.

22 Vgl. *Glöckner BauR 2014, 368*.

23 *Voit in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, B § 1 Rn. 5*; *KG, Urt. v. 21.4.2016 – 27 U 81/15, BeckRS 2016, 135165* (u. hierzu *Bolz IBR 2019, 59* u. 121 (NZB zurückgewiesen, *BGH, Beschl. v. 25.4.2018 – VII ZR 119/16*).

24 Vgl. v. *Rintelen in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 650 b BGB Rn. 181*; vgl. *Kues in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, § 2 Rn. 111*; *OLG Dresden BeckRS 2015, 15307* = *BauR 2015, 1488* (NZB zurückgewiesen, *BGH, Beschl. v. 23.4.2015 – VII ZR 54/13, BeckRS 2015, 19577*).

25 *BGHZ 181, 47* = *NZBau 2009, 370* (m. Anm. *Kapellmann NZBau 2009, 375*) = *NJW 2009, 2443*; *BGH NJW 2002, 2310*; *NJW-RR 2000, 894*; vgl. auch *BGHZ 114, 193* = *NJW 1991, 2277*.

26 *Leinemann/Kues in Leinemann, VOB/B, § 2 Rn. 264, § 6 Rn. 26*; aA *Markus in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A u. B, B § 6 Rn. 13, 20*.

27 Argumentum e contrario *BGHZ* 214, 340 = NZBau 2017, 596 = NJW 2017, 2025; *BGHZ* 216, 319 = NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544; Die Entscheidung *BGH* NJW-RR 1990, 403 ist insoweit unzweifelhaft überholt.

28 Vgl. *Kues* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB/B, § 2 Rn. 111; aA *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, B § 6 Rn. 13.

29 Zu alledem *Funke* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck'scher VOB-Kommentar Teil B, 3. Aufl. 2013, Vorb. § 2 Rn. 176 mwN.

30 BT-Drs. 18/8486, 55.

31 *BGHZ* 223, 45 = NZBau 2019, 706 = NJW 2020, 337; *BGHZ* 196, 355 = NZBau 2013, 369 = NJW 2013, 1953; *BGHZ* 196, 299 = NZBau 2013, 366 = NJW 2013, 1950; *BGHZ* 179, 213 = NZBau 2009, 232 = NJW 2009, 835.

32 Vgl. *BGHZ* 181, 47 = NZBau 2009, 370 = NJW 2009, 2443.

33 Übergreifend zur Qualifikation und Kalkulation der Gemeinkosten s. ua *Kattenbusch* BauR 2017, 406; *Kues* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB/B, § 2 Rn. 71 ff.; *Franz/Kues* BauR 2010, 678; *Franz/Kues* BauR 2006, 1376.

34 *Leinemann/Kues* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, 2018, § 650 c BGB Rn. 59; *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 VOB/B Rn. 240, jew. mwN.

35 Dies, sofern für die Baustelleneinrichtung keine gesonderten Positionen vorhanden sind, in welche sie eingepreist und über welche sie vergütet werden können.

36 *Leinemann/Kues* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 650 c BGB Rn. 59; *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 VOB/B Rn. 240, jew. mwN.

37 Die AGK sind in aller Regel rein zeitabhängig. Die BGK entstehen zum Teil als einmalige Fixkosten, zum Teil zeitabhängig und zum Teil abhängig vom Leistungsumfang mithin mengenabhängig, wobei die Grenzen zwischen diesen drei Bereichen fließend ist. So gibt es Kosten, die bis zu einem gewissen Umfang als fix zu betrachten sind, bei der Überschreitung des Leistungsumfangs aber sprunghaft ansteigen können; bspw. bestimmte Geräte der Baustelleneinrichtung.

38 *Franz* BauR 2017, 380 (382 f.); *Kattenbusch* BauR 2017, 406.

39 *Roquette/Viering/Leupertz*, Hdb. Bauzeit, 3. Aufl. 2016, Rn. 298.

40 *Kattenbusch* BauR 2017, 406 (412).

41 *Franz* BauR 2017, 380 (383 ff.).

42 S. ua *Kues* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB/B, § 2 Rn. 245; *Leinemann/Eichner* in *Leinemann*, VOB/B, § 2 Rn. 308, 357; *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 VOB/B Rn. 423.

43 Aus der neueren Zeit *BGHZ* 223, 45 = NZBau 2019, 706 = NJW 2020, 337; *KG* NZBau 2019, 771 = NJW 2020, 343; *OLG Brandenburg* NZBau 2020, 639; *OLG Düsseldorf* NZBau 2020, 509, u. hierzu *Bolz* IBR 2020, 395, jew. mwN; NZBau 2020, 84 = NJW 2020, 468.

44 *BGH* NZBau 2011, 97; *BGHZ* 181, 47 = NZBau 2009, 370 = NJW 2009, 2443; *BGH* NJW 2002, 2310; NJW-RR 2000, 894; vgl. auch *BGHZ* 114, 193 = NJW 1991, 2277; *Motzke* BauR 2018, 581.

45 BT-Drs. 18/8486, 56, zur Vermutung des § 650 c II 2 BGB und der Möglichkeit, die Berechnungsmethode nach Abs. 1 zu wählen, wenn sich die AGK erhöht haben, sowie zum Unterbleiben einer Kombination zur Vermeidung von Anreizen für eine spekulative Kostenverschiebung.

46 Zum Problemaufriss *OLG Brandenburg* NZBau 2020, 158 (u. hierzu *Freiheit/Kues* NZBau 2020, 1629) = NJW 2020, 554 mwN; *Leinemann/Kues* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 650 c Rn. 58 ff.

47 Vgl. v. *Rintelen* in *Kniffka*, ibrOK BauVertrR, Stand 29.9.2020, § 650 c BGB Rn. 54 ff.

48 *Bartel/Hofmann* Bauwirtschaft 2020, 146.

49 *Althaus* BauR 2017, 412.

50 *Retzlaff* BauR 2017, 1747.

51 Vgl. *BGHZ* 223, 45 = NZBau 2019, 706 = NJW 2020, 337.

52 Argumentum e contrario § 632 II BGB.

53 Vgl. die empirische Auswertung von *Bartel/Hofmann* Bauwirtschaft 2020, 146.

54 Vgl. *BGH* NZBau 2012, 287 = NJW 2012, 1436; NZBau 2020, 84 = NJW 2020, 468; *BGHZ* 181, 47 = NZBau 2009, 370 = NJW 2009, 2443 Rn. 49 ff.

55 Ob die fehlende Bereitstellung des baureifen Grundstücks hier einen Schadensersatzanspruch zugunsten des Unternehmers begründet (vgl. *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, B § 6 Rn. 18 ff., 55 ff.) sei dahingestellt.

56 Um an die Feststellung zum Ausgangsfall anzuknüpfen: Der Schutzzweck des § 642 BGB ist, jedenfalls hinsichtlich der Begrenzung auf den Zeitraum des Annahmeverzugs, ein anderer als der des § 650 c BGB bzw. des § 2 V u. VI VOB/B.

57 *BGHZ* 216, 319 = NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544; *BGHZ* 224, 328 = NZBau 2020, 362 = NJW 2020, 1293.

58 *BGHZ* 216, 319 = NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544; *BGHZ* 214, 340 = NZBau 2017, 596 = NJW 2017, 2025, „eine Störung macht keine Anordnung“.

59 *OLG Brandenburg* NZBau 2021, 106 (m. Anm. *Roquette* NZBau 2021, 108) = NJW 2020, 3790 (m. Anm. *Kues* NJW 2020, 3792).

60 *Drittler* BauR 2019, 1524; *Schneider* BauR 2019, 347; *Sienz* BauR 2019, 360; *Althaus* NZBau 2018, 643; *Franz* BauR 2017, 380 (401); *Glöckner* BauR 2014, 368; *Leupertz* BauR 2014, 381; *Sienz* BauR 2014, 390; *Roskosny/Bolz* BauR 2006, 1804.

61 *BGHZ* 216, 319 = NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544 .

62 *Glöckner* BauR 2014, 368.

63 *Motzke* BauR 2018, 581.

64 *Kniffka* BauR 2020, 329.