

gung in das BGB aufgenommen und in der Begründung klargestellt, dass sich diese nicht an dem engen Verständnis der VOB/B messen lassen muss.²⁶

Damit ist ein Weg eröffnet, der dem Besteller die Rechtsdurchsetzung erleichtert. Versteht man zugleich § 323 IV BGB als eine Regelung, die auch die Kündigung aus wichtigem Grund trägt, so eröffnet sich für den Besteller auch in der Phase vor dem Fertigstellungstermin die Möglichkeit, bei nicht behebbaren Mängeln in einem Teilbereich den Vertrag in diesem Teilbereich zu kündigen, im Übrigen aber den

Unternehmer am Vertrag festzuhalten. Der Vertrag befindet sich dann in den ungekündigten Bereichen noch in der Erfüllungsphase,²⁷ so dass der Herstellungsanspruch des Bestellers insoweit fortbesteht. Ob damit ein ausreichendes Drohpotenzial vorhanden ist, um den Unternehmer auch vor der Abnahme zum vertragsgerechten Bauen anzuhalten, wird die Praxis zeigen. ■

²⁶ BT-Drs. 18/8486, 50.

²⁷ Vgl. OLG Hamm, BauR 2007, 764.

Rechtsanwalt Dr. Gerolf Sonntag*

Gemeinkostenunterdeckung bei Zeitnachträgen

Zum Verhältnis von § 642 BGB zu Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB oder § 6 VI VOB/B

Das Verhältnis des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB zu den Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB bzw. § 6 VI VOB/B ist weiterhin umstritten. Auch die jüngst beschlossenen Änderungen des gesetzlichen Bau- und Werkvertragsrechts betreffen nicht diese praktisch relevante Thematik der bauzeitabhängigen Ansprüche. Die damit zusammenhängenden Fragen sind also bislang nicht gesetzlich geregelt. Die verbliebene Unsicherheit wirkt sich insbesondere bei der Frage aus, ob und in welcher Höhe einem Auftragnehmer entgangene Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten zustehen. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die beiden Anspruchstypen (Entschädigungsanspruch und Schadensersatzanspruch) und versucht, Vorschläge für ein einheitliches Konzept unter Berücksichtigung des gesamten Normensystems zu entwickeln, das die diesbezüglichen Ansprüche des Auftragnehmers insgesamt regeln könnte. Diese Regelung wäre bei entsprechender Auslegung der jeweiligen Normen bereits de lege lata angelegt, könnte aber bei einer weiteren Entwicklung des gesetzlichen Bauvertragsrechts durch kleinere Änderungen im § 642 BGB auch de lege ferenda eindeutig gesetzlich kodifiziert werden. Der nachfolgende Vorschlag soll ohne Anspruch auf Vollständigkeit einen Beitrag zu einer weitergehenden Diskussion dieser Thematik leisten.

I. Einleitung

Kaum ein baurechtliches Thema wird in der wissenschaftlichen Literatur so kontrovers diskutiert wie die dogmatische Struktur des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB. Dessen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sind auch Jahre nach den Vorunternehmer-Entscheidungen des BGH¹ immer noch in weiten Teilen ungeklärt, dies gilt insbesondere für Ansprüche des Auftragnehmers wegen einer vermeintlichen Gemeinkostenunterdeckung aufgrund von Unterbrechungen oder Verzögerungen des Bauablaufs.

Während sich die rechtswissenschaftliche Literatur in den vergangenen Jahren in großem Umfang mit dieser Thematik beschäftigte,² ist veröffentlichte Rechtsprechung hierzu eher rar.³ Erst jüngst hat sich aber das KG in einer auffallend lang begründeten Entscheidung mit wesentlichen Aspekten dieser Thematik auseinandergesetzt.⁴

Der nachfolgende Beitrag will versuchen, zugleich das Verhältnis des verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs (§ 642 BGB) zu den verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen (§§ 280, 286 BGB, § 6 VI 1 VOB/B) zu beleuchten, damit wesentliche Grundzüge einer ausgewogenen Risikoallokation zwischen Auftraggeber ei-

nerseits und Auftragnehmer andererseits vorgeschlagen werden können.

II. Was sind Gemeinkosten?

Unter der „Überschrift“ *Gemeinkosten* werden üblicherweise Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten zusammengefasst. Unter *Baustellengemeinkosten* (BGK) sind die Kosten zu verstehen, die bei einer einzelnen Baustelle anfallen und dort auf verschiedene Positionen eines Leistungsverzeichnisses verteilt werden. *Allgemeine Geschäftskosten* (AGK) fallen für den Betrieb des Unternehmers insgesamt an, werden auf verschiedene Baustellen verteilt und dort wiederum in aller Regel „gießkannenartig“ auf mehrere oder alle Abrechnungspositionen. Die Deckung dieser Kosten wird durch die Vergütung für einzelne Leistungspositionen erwirtschaftet, indem die Überschüsse aus der Vergütung dieser Leistungspositionen, die nicht direkten Kosten der Teilleistung zugewiesen werden, vom Auftragnehmer als Deckungsbeiträge kalkulatorisch qualifiziert werden.

Die juristische Schwierigkeit mit diesen Kosten hängt damit zusammen, dass ein Auftragnehmer zur Bemessung dieser Deckungsbeiträge eine die Zukunft prognostizierende Schätzung vornimmt und einen entsprechenden Deckungsbeitrag (entweder als absoluten Wert oder in Form von prozentualen Zuschlägen) zur Deckung dieser Kosten „kalkuliert“.

Das ist letztlich nichts anderes als eine „Wette“, die vielleicht den Anschein einer rechnerischen Genauigkeit vermittelt, aber eine rein betriebswirtschaftlich motivierte Prognose darstellt. Denn ob diese Beträge später tatsächlich zur Deckung von Kosten verwendet werden (müssen), ist nur ex post, im Nachhinein zu bewerten. Dann entscheidet sich nämlich erst, ob die Deckungsbeiträge tatsächlich zur Kosten-

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Kanzlei *Kapellmann und Partner* in Mönchengladbach.

1 BGHZ 95, 128 = NJW 1985, 2475 = ZfBR 1985, 284 (Vorunternehmer I), und BGHZ 143, 32 = BGHZ 143, 33 = NZBau 2000, 187 = NJW 2000, 1336 = ZfBR 2000, 248 (Vorunternehmer II).

2 S. aus den vergangenen Jahren zB nur die – auszugsweise – nachfolgend zitierte Literatur: *Franz*, BauR 2017, 380; *Heilfort*, BauR 2017, 178; *Sindermann/Schiffers*, NZBau 2016, 667; *Krefz/Thiemann*, ZfBR 2016, 325; *Kornet*, BauR 2016, 3186; *Cadez*, Bautechnik 2014, 139; *Franz/Althaus/Oberhauser/Berner*, BauR 2015, 121; *Hartwig*, BauR 2014, 1055; *Leupertz*, BauR 2014, 381; *Diederichs/Peine*, NZBau 2013, 1; *Zimmermann*, NZBau 2012, 1; *Eschenbruch/Fandrey*, BauR 2011, 1223; s. hierzu auch jüngst die Kommentierung von *Retzlaff*, *ibronline-Kommentar* zu § 642 BGB, Stand: 12.5.2017.

3 Zuletzt: *LG Mainz*, NZBau 2016, 496 = NJW-RR 2016, 791; *OLG Köln*, Beschl. v. 8.4.2015 – 17 U 35/14, BeckRS 2015, 07879; *LG Bonn*, Urt. v. 10.3.2014 – 1 O 360/12, BeckRS 2014, 08748.

4 *KG*, Urt. v. 10.1.2017 – 21 U 14/16, BeckRS 2017, 101495.

deckung eingesetzt wurden oder ob Geschäftskosten bzw. Baustellen-gemeinkosten in der ex ante kalkulierten Höhe doch nicht angefallen sind (oder anderweitig gedeckt werden konnten), so dass die kalkulierten Kostendeckungsbeiträge tatsächlich als zusätzlicher Gewinn verbucht werden können.

III. Welche Zeiträume sind aus juristischer Sicht zu betrachten?

Bei der juristischen Bewertung der Frage, ob und in welchem Umfang der Auftragnehmer möglicherweise eine Kompensation für entfallende Beträge erhält, die er zur Deckung seiner Gemeinkosten entweder kalkuliert hat oder tatsächlich benötigt, sind zwei Zeiträume zu unterscheiden:

- Zunächst geht es um den Zeitraum der Störung an sich (im Folgenden: *Störungszeitraum*), also um den Zeitraum, in welchem der Auftragnehmer störungsbedingt keine oder weniger Leistungen abrechnen kann, als im ursprünglichen Terminplan vorgesehen. Durch den Verlust an Abrechnungspotenzial und der dann miteinhergehenden Liquiditätsverringerung erzielt der Auftragnehmer auch geringere Beträge, die zur Deckung seiner Gemeinkosten kalkuliert wurden. Diese Beträge sind aber nicht „verloren“, sondern werden in dem auf den Störungszeitraum folgenden Abrechnungszeitraum erwirtschaftet.
- Von diesem „Störungszeitraum“ zu unterscheiden ist der „Verzögerungszeitraum“. Hierunter wird der Zeitraum verstanden, um den sich das Bauvorhaben wegen einer zeitlich früheren Störung später verlängert, so dass die verzögerungsbedingt gebundenen Produktionskapazitäten dann nicht mehr in der Lage sind, einen ursprünglich vorgesehenen Nachfolgeauftrag auszuführen und bei diesem neue, zusätzliche Liquidität zu erwirtschaften und damit auch Beträge, die als Deckungsbeiträge für Gemeinkosten in jener Zeitperiode kalkuliert bzw. qualifiziert sind.

Ob und in welchem Umfang der Auftragnehmer Ansprüche wegen dieser potenziellen Nachteile geltend machen kann, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, alle Auffassungen wiederzugeben und kritisch zu hinterfragen.⁵ Seitens der Rechtsprechung wird diese Thematik, wie dargestellt, nur rudimentär behandelt, ob dies aber, wie Franz behauptet, eine „Kapitulation vor den juristischen und tatsächlichen Schwierigkeiten der Gemeinkostendeckung“ darstellt,⁶ darf jedoch bezweifelt werden.

IV. Welche Anspruchsgrundlagen bestehen?

Insbesondere in der baubetrieblichen Diskussion wird oft übersehen, dass bei „Zeitnachträgen“ die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen strikt auseinanderzuhalten und separat voneinander zu bewerten sind, und zwar zum einen sowohl hinsichtlich ihrer Tatbestandsvoraussetzungen als auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen. Es ist ein Irrtum, zu unterstellen, dass Voraussetzungen (etwa die Störung des Bauablaufes) und Rechtsfolgen (Ausgleich der Nachteile) bei allen denkbaren Anspruchsgrundlagen (zB § 642 BGB, § 2 V oder § 6 VI VOB/B) identisch wären. Vielmehr haben der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB (bei VOB/B-Verträgen iVm § 6 VI 2 VOB/B), der Vergütungsanspruch nach § 2 V VOB/B (bzw. § 650 c BGB nF) und der Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 286 BGB (bzw. bei VOB/B-Verträgen gem. § 6 VI 1 VOB/B) unterschiedliche Voraussetzungen, regeln aber auch unterschiedliche Rechtsfolgen (Entschädigung, Vergütung oder Schadensersatz). Diese Normen stehen jedoch nicht isoliert nebeneinander, sondern bedingen und beeinflussen sich wechselseitig.

Diese Normen können also erst in ihrer Gesamtheit als „Normensystem“ die Interessen beider Parteien in ausgewogenem Maße berücksichtigen und die dem Auftragnehmer

zustehenden Ansprüche zur Kompensation von störungsbedingten Nachteilen umfassend und gerecht regeln, wenn das Zusammenspiel von Entschädigungs-, Vergütungs- und Schadensersatzansprüchen (sei es aus §§ 280, 286 BGB oder § 6 VI 1 VOB/B) richtig beachtet wird. Hierzu ist es aber erforderlich, sowohl den Regelungsgehalt als auch die Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlagen nicht einzeln, sondern im gesamten Normensystem angemessen zu bewerten. Werden die einzelnen Normen nur isoliert betrachtet, besteht die Gefahr, dass die Auslegung der einzelnen Normen dann in der Gesamtschau zu einer unangemessenen Benachteiligung eines Vertragspartners führt. Alle beteiligten Normen müssen also im Gesamtzusammenhang ausgelegt und interpretiert werden.

Dies vorausgesetzt, werden im Folgenden apodiktisch fünf mögliche Thesen zum grundsätzlichen Verhältnis der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zueinander vorgestellt und kurz begründet. Bei deren Umsetzung im Ganzen könnte ein in sich stimmiges Gesamtsystem zum Umfang etwaiger Gemeinkostenansprüche des Auftragnehmers entwickelt werden, wobei vorbeugend darauf hingewiesen wird, dass ein „Rosinenpicken“ lediglich einzelner Thesen zu einer unbefriedigenden Lösung führen könnte. Erst die Berücksichtigung der nachfolgenden Auslegungsthese könnte bereits de lege lata eine für alle Seiten akzeptable und gerechte Lösung ermöglichen. Ein solches Normensystem könnte auf folgenden Überlegungen bzw. Prämissen basieren:

1. These 1: Beschränkter Anwendungsbereich der Vergütungsansprüche

Vergütungsansprüche, gem. § 2 V, VI VOB/B oder – nach neuem gesetzlichen Bauvertragsrecht – gem. § 650 c BGB, setzen eine eindeutige Willenserklärung des Auftraggebers voraus und einen ausdrücklich geäußerten Wunsch, bauinhaltlich andere Leistungen (geänderte oder zusätzliche) zu verlangen. Die bloße Billigung von Bauablaufstörungen, stillschweigende, konkludente Anweisungen oder eine reflexhafte Reaktion auf zuvor eingetretene Störungen reichen nicht. Wenn jedoch eine derartige Willenserklärung vorliegt, bestimmen sich die Rechtsfolgen der sich hieraus ergebenden Anordnungen vollständig nach § 2 V VOB/B und bei BGB-Verträgen nach früherem Recht aus § 632 BGB oder, nach neuem Recht, nach § 650 c BGB. Für darüber hinaus gehende Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz bestünde dann kein Bedürfnis mehr.

2. These 2: § 642 BGB gewährt eine verschuldensunabhängige Entschädigung nur für den Störungszeitraum

§ 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung für die Dauer des Annahmeverzuges, also für den Störungs- bzw. Unterbrechungszeitraum, nicht aber für den späteren Zeitraum der Bauausführung, schon gar nicht für den Zeitraum, um den sich die Baumaßnahme nach Ablauf der ursprünglichen Bauzeit verzögert. Diese Sichtweise ist zwar nicht unumstritten,⁷ sie deckt sich aber mit einer verbreiteten Auffassung in Literatur und Rechtsprechung und kann sich zunächst auf den Wortlaut stützen („einerseits nach der Dauer des Verzuges“). Sie entspricht aber auch

5 S. hierzu bspw. die Zusammenfassungen bei *Roquette/Viering/Leupertz*, Hdb. Bauzeit, 2016, Rn. 943 ff., oder bei *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, Rn. 1426 ff.

6 Franz, BauR 2017, 395.

7 Vgl. bspw.: *Leinemann/Kues* in *Leinemann*, § 6 VOB/B Rn. 164; *Pause/Vogel* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, 2012, § 642 BGB Rn. 54.

dem historischen Willen des Gesetzgebers, der eine dem Dienstvertragsrecht vergleichbare Regelung (also eine Kompensation des Lohnausfalls während des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten) schaffen wollte, deren Bestimmungen wegen der „*Unteilbarkeit*“ des Werks aber nicht übernehmen konnte.⁸

Die Aufgliederung des einheitlichen Werklohns auf zeitbedingte Kalkulationselemente und damit eine baubetrieblich plausible Herleitung von bauzeitabhängigen Kosten aus der einheitlichen Vergütungssumme war dem historischen Gesetzgeber und der historischen Baubetriebslehre offenbar noch unbekannt und fremd. Der historische Gesetzgeber konnte sich wohl schlichtweg nicht vorstellen, wie aus einem einheitlichen und unteilbaren Vergütungsbetrag der „richtige“ Anteil für die zeitabhängigen Vorhaltekosten des Auftragnehmers ermittelt und „herausgefiltert“ werden sollte.

Im Übrigen kannte das BGB zeitliche Folgen von Behinderungen, wie etwa Fristverlängerungen zunächst noch nicht. Sie sind im gesetzlichen Werkvertragsrecht sogar bis heute nicht geregelt. Dem historischen Gesetzgeber war also wohl gar nicht bewusst, dass sich für den Auftragnehmer ein zeitlicher und damit auch ein finanzieller Nachteil in einer späteren Phase des Werkprozesses ergeben könnte. Für die gesetzliche Bewertung dieser Behinderungsfolgen kann also derzeit auch nur das Allgemeine Schuldrecht und nicht das spezielle Werkvertragsrecht herangezogen werden. Dem Unternehmer sollte nach Auffassung des historischen Gesetzgebers zudem nur der Anspruch auf eine angemessene, der richterlichen Beurteilung unterliegende Vergütung zugestanden werden, aber ausdrücklich keine „den Besteller zur Leistung des vollen Schadensersatzes (...) verpflichtende Bestimmung“ geschaffen werden, so dass das „*Interesse beider Teile in angemessener Weise gewahrt werde*“.⁹

Für die hier vertretene Sichtweise spricht auch der systematische Zusammenhang: § 642 BGB steht in engem Kontext zu §§ 641, 644 und 645 BGB, also zu den Gefahrtragungsregeln im bestehenden Vertrag. Kündigt der Auftragnehmer nicht nach § 643 BGB, so behält er den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (inklusive Gewinn). Nach § 642 BGB werden also nur „zusätzliche“ Leistungen vergütet.¹⁰ Erst bei einem Vorgehen nach §§ 643, 645 I BGB kann der Auftragnehmer weitergehenden Schadensersatz nach § 645 II BGB verlangen.

Schließlich entspricht diese Auffassung auch dem Sinn und Zweck der Regelung: § 642 BGB soll nach ständiger Rechtsprechung eine Entschädigung nur für die Nachteile gewähren, die dem Auftragnehmer durch den Verzug des Auftraggebers während der ursprünglichen Vertragsdauer entstanden sind, etwa durch das Bereithalten von Arbeitskräften und Kapital.¹¹

Die Gegenauffassung bezieht sich letztlich allein auf das teleologische Argument, dass § 642 BGB „*weitgehend ohne Sinn*“¹² wäre, wenn sich der Entschädigungszeitraum nur auf den Verzugszeitraum beschränkte. Dem ist jedoch zu entgegen, dass eine Norm wie § 642 BGB nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern eben stets im Normzusammenhang mit § 286 BGB oder § 6 VI VOB/B betrachtet werden muss: Eine extensive Auslegung des Anwendungsbereichs von § 642 BGB reduzierte auch im Umkehrschluss den Anwendungsbereich der Schadensersatzansprüche, wie auch die Schadensersatzansprüche weitgehend „sinnentleert“ werden, wenn der Anwendungsbereich von § 642 BGB extensiv gefasst würde.

Gerade das Zusammenwirken von einerseits eingeschränktem Anwendungsbereich des Entschädigungsanspruchs und andererseits weitem Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs könnte aber die rechtliche Beurteilung von

zeitabhängigen Ansprüchen wieder auf die Grundzüge des Zivilrechts (Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB) zurückführen. Die eigenständige Bedeutung von § 642 BGB läge dabei zunächst in dem Verzicht auf das Verschuldenserfordernis (zB besteht eine Entschädigungspflicht auch bei den zeitlichen Folgen von behördlichen Anweisungen, der Realisierung von Baugrundrisiken bspw. durch unverschuldete Überschwemmungen des Baufeldes oder bei unverschuldetem Verlust von Plänen). Daneben hätte § 642 BGB eine eigenständige Bedeutung in dessen Bezug auf die vertraglich vereinbarte Vergütung, ohne das Erfordernis eines Schadens nachweises und der entsprechenden Verteilung der Beweislast (der Auftragnehmer hat zwar eine sekundäre Darlegungslast für ersparte Aufwendungen, die Beweislast obliegt aber dem Besteller).

3. These 3: Die Entschädigung nach § 642 BGB bestimmt sich anhand der vereinbarten Vergütung

Der Höhe nach ist ein Anspruch aus § 642 BGB dem vertraglichen Preisniveau zu entnehmen, dabei muss der *tatsächliche Mehraufwand*, der dem Unternehmer durch das Bereitstellen von Arbeitskraft und Kapital entsteht, zunächst ermittelt werden und sodann anhand den Grundlagen der Gesamtvergütung *preislich bewertet* werden.

Diese Auffassung stützt sich zunächst auf den Wortlaut der Norm. Zwar ist der Begriff „*Entschädigung*“ im BGB nicht einheitlich geregelt, wird etwa in § 251 BGB als Synonym für Schadensersatz angesehen, in §§ 253, 651 i BGB als Ausgleich für die Verletzung immaterieller Güter und in § 546 BGB für die Bewertung eines Teils eines Schadens auf Basis vertraglicher Regelungen.

Für die hier vertretene Sichtweise spricht aber der konkrete Wortlaut der Norm („*die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach (...) der Höhe der vereinbarten Vergütung*“). Hierfür spricht auch die historisch gewollte Parallelität zum Dienstvertragsrecht, denn dort wird die vertraglich vereinbarte Vergütung für den Zeitraum des Annahmeverzuges fortgesetzt.

Auch der systematische Zusammenhang (§ 642 BGB steht neben dem vertraglichen Vergütungsanspruch) spricht für diese Sichtweise. Sie wird vom BGH bestätigt, da der Anspruch aus § 642 BGB der Mehrwertsteuer unterliegt, also *vergütungsähnlichen* Charakter hat.

4. These 4: Weitergehende Ansprüche bestehen nur bei Verschulden des Auftraggebers

Unterlässt der Auftraggeber die erforderliche Mitwirkungshandlung aus Umständen, die er zu vertreten hat, steht dem Auftragnehmer darüber hinaus auch ein Schadensersatzanspruch zu. Dies setzt voraus, dass die Mitwirkungshandlung des Bestellers zumindest echte *Vertragspflichten* iSd § 241 II BGB sein müssen, deren schuldhaftige Verletzung somit zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 286 BGB führt (bzw. bei VOB/B-Verträgen nach § 6 VI 1 VOB/B mit der gegenüber den BGB-Regelungen eingreifenden Haftungsprivilegierung, dem eigentlichen Kernelement der VOB-Regelung). § 642 BGB und §§ 280/286 BGB müssten sich also nicht ausschließen dürfen (genauso wenig wie sich im – vom historischen Gesetzgeber als Leitbild herangezoge-

8 Vgl. Motive, zitiert nach *Mugdan*, S. 277.

9 Protokolle I 2334, zitiert nach *Jakobs/Schubert*, S. 889.

10 Der Anspruch aus § 642 BGB steht „neben“ dem Werklohnanspruch: *BGHZ* 175, 118 = *NZBau* 2008, 318 = *NJW* 2008, 1523.

11 *BGH*, *NZBau* 2010, 47 = *NJW* 2009, 3717 Rn. 28; *NJW-RR* 1988, 1295 = *DB* 1988, 2455 = *BauR* 1988, 739 = *ZfBR* 1988, 269; *KG*, *Urt. v. 28.5.2013 – 7 U 12/12*, *BeckRS* 2013, 09534 Rn. 24.

12 *Pause/Vogel* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 642 BGB Rn. 54.

nen – Dienstvertragsrecht Ansprüche aus § 615 BGB und solche aus § 286 BGB ausschließen sollten¹³). Dies deutet auch der BGH in einer neueren Entscheidung an, wenn er ausführt, dass § 642 BGB ein „Sonderfall einer vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderung im Sinne des § 6 Nr. 6 VOB/B“ sei.¹⁴

Für diese Sichtweise spricht zunächst der Wortlaut von § 642 BGB („Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich.“) und § 241 II BGB („das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“). Nach der Rechtsprechung des BGH besteht eine derartige Kooperationspflicht zwischen den Parteien eines Bauvertrags, werden beispielsweise in § 3 VOB/B auch explizit geregelt „die (...) Unterlagen sind dem Auftragnehmer (...) zu übergeben, (...) sind Sache des Auftraggebers (...)“.

Hierfür sprechen auch die historischen Beweggründe des Gesetzgebers: „Ist jedoch der Annahmeverzug ein Verschuldeter, so kann mit demselben ein Erfüllungsverzug des Bestellers konkurrieren, wenn derselbe nach dem Inhalt des Vertrags dem Unternehmer gegenüber als Schuldner verpflichtet ist.“¹⁵ „Ist der Grund der Verhinderung eine Verschuldung des Bestellers, so ist derselbe zum Schadensersatz verpflichtet.“¹⁶

Da § 642 BGB die Sanktion der Mitwirkungshandlung regelt, stellt § 642 BGB auch klar, dass Mitwirkungshandlungen keine reinen Obliegenheiten sind, da deren Unterlassung Rechtsfolgen auslösen kann. Schuldnerverzug und Gläubigerverzug schließen sich eben nicht per se wechselseitig aus, so ist beispielsweise für die Abnahme in Bauvertragsrecht aber auch für die Übergabe im Kaufvertragsrecht einhellige Meinung, dass deren Verzögerung, je nach Blickwinkel, Gläubigerverzug oder Schuldnerverzug auslösen kann.

Würden die Mitwirkungshandlungen nicht einheitlich als Pflichten angesehen, würde sich bei der hier vertretenen Auffassung ansonsten eine Rechtslosstellung des Auftragnehmers ergeben, da eine gewichtige Regelungslücke bestünde. Denn im Falle von verschuldeten Störungen wäre der Auftragnehmer für den Verzögerungszeitraum ansonsten völlig rechtlos gestellt. Gerade hierbei zeigt sich, dass alle Normen in einem System gesehen werden müssen: Wenn der Anwendungsbereich von § 642 BGB, wie hier vorgeschlagen, eng gefasst wird, dann muss der Anwendungsbereich der Schadensersatzansprüche weit sein. Alternativ müsste – und das ist das Dilemma der anderen Auffassung – der Anwendungsbereich von § 642 BGB gegen Wortlaut und Zweck der Norm weit gefasst werden.

Der hier vorgeschlagenen Auffassung folgt auch die wohl herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur. So wurden beispielsweise für VOB/B-Verträge alle hindernden Umstände, also Obliegenheiten und Pflichten, unter § 6 VI VOB/B gefasst.¹⁷

Zu vertreten hat der Auftraggeber in Ermangelung anderweitiger vertraglicher Regelungen Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei sich das Verschulden entsprechend der allgemeinen Regelungen nur auf die Handlung, nicht auf die Folgen (Störung des Bauablaufs, Verzögerungen im Bauverlauf.) beziehen muss. Das Verschulden von Erfüllungsgehilfen muss sich der Auftraggeber zurechnen lassen. Insofern haftet der Auftraggeber dann, wenn er oder sein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich (oder sogar nur fahrlässig) auf den vom Auftragnehmer vertragskonform geplanten Bauablauf Einfluss nimmt.

Eine derartige Einflussnahme läge dann aber wohl nicht vor, wenn der Auftraggeber ohne echte Alternativmöglichkeiten auf externe Umstände reagiert und den Bauablauf deswegen neu ordnet (bspw. aufgrund von Witterungseinflüssen oder behördlichen Anordnungen, die nicht ihrerseits Folge eines Planungsfehlers sind).

5. These 5: Zusammenfassendes Regelungssystem

Aus dem vorgeschlagenen Regelungssystem ergäbe sich in der Gesamtheit folgende Konsequenz: Für den Störungszeitraum stünde dem Auftragnehmer zunächst ein verschuldensunabhängiger Anspruch zu, dessen Höhe sich an der ursprünglich vereinbarten Vergütung orientiert. Auf einen Schaden des Auftragnehmers käme es also nicht an. Hätte der Auftraggeber die Störung jedoch schuldhaft verursacht, könnte der Auftragnehmer einen weitergehenden Schaden geltend machen.

Für den Verzugsfolgenzeitraum, also den Verzögerungszeitraum, stünde dem Unternehmer aber kein verschuldensunabhängiger Anspruch zu. Der Auftragnehmer hätte allerdings einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch, der auf die Erstattung des tatsächlich entstandenen Schadens zielt, aber eben nur, sofern der Auftraggeber diesen zu vertreten hat.

Dieses Regelungssystem wäre ausgewogen und angemessen. Wenn „keiner“ die unterlassene Mitwirkungshandlung zu vertreten hätte, also auch der Auftraggeber „nichts dafür“ könnte, dass eine erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen werden konnte, haftete der Auftraggeber auch nicht unbeschränkt, sondern müsste nur für den tatsächlichen Störungszeitraum eine angemessene zusätzliche Vergütung zahlen. Dies wäre nur billig und angemessen, denn schließlich hätte auch der Auftragnehmer die Störung nicht schuldhaft herbeigeführt, allerdings resultierte die Störung aus der Verantwortungssphäre des Auftraggebers.

Um das wechselseitige Risiko aber zu begrenzen, haftete der Auftraggeber aber nicht als „Gefährdungshaftung“ in Höhe des tatsächlichen Schadens, sondern nur in Anlehnung an die vereinbarte Vergütung. Nur dann, wenn der Auftraggeber schuldhaft gehandelt hätte, wäre es wohl auch angemessen, dass dieser dem Auftragnehmer dann den tatsächlichen Schaden auch vollständig zu erstatten hätte, der dann sogar von der vereinbarten Vergütung bzw. ihrer Kalkulation unabhängig wäre.

V. Konsequenzen für die Gemeinkostendeckung

Auf Basis dieses Normensystems können die Konsequenzen für den Anspruch des Auftragnehmers auf Ausgleich oder Erstattung von Gemeinkosten sodann wie folgt beleuchtet werden:

1. Vergütungsanspruch nach § 2 V VOB/B bzw. § 650 c BGB

Die neu zu vereinbarende Vergütung für die auf Anordnung des Auftraggebers zusätzlich ausgeführten Leistungen müsste auch einen angemessenen Anteil für die AGK-Deckung beinhalten. Dies ist in § 650 c BGB inzwischen gesetzlich geregelt. Die Höhe dieses Anteils bestimmt sich zunächst aus dem kalkulierten Zuschlagssatz. Sodann müsste aber gegebenenfalls geprüft und untersucht werden, ob die Höhe dieses Satzes nicht deshalb anzupassen ist, weil beispielsweise durch die Änderung gar keine zusätzlichen allgemeinen Geschäftskosten anfallen.

13 Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl. 2017, § 615 Rn. 5.

14 BGH, NJW 2017, 2025 = ZfBR 2017, 461. Ähnlich auch schon: BGHZ 61, 42 = NJW 1973, 1792 = BauR 1973, 313: „Obliegenheiten, die der Besteller gegenüber dem Unternehmer zu erbringen hat.“

15 Motive, S. 277

16 Kommission, Protokolle I 2328, zitiert nach Jakobs/Schubert, S. 886.

17 BGHZ 48, 78 = NJW 1967, 2262, bestätigt bspw. auch durch OLG Nürnberg, NZBau 2000, 518 = NZBau 2001, 168 Ls. Diese Sichtweise ist nicht unumstritten. Für viele Autoren decken sich die Anwendungsbereiche eines die Pflichtverletzung voraussetzenden Schadensersatzanspruchs und des § 642 BGB nicht. Vgl. bspw. nur: Retzlaff, ibn-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 12.5.2017, § 642 BGB, Rn. 117.

Beispiel: Ändert der Auftraggeber die Qualität von bestimmten Produkten, entscheidet er sich beispielsweise für „Goldklippen“ anstatt „Plastikklinken“, so stellt sich die Frage, ob die damit verbundene Umsatzerhöhung auch zusätzliche Gemeinkosten in der vollständig kalkulierten Höhe auslöst. Gegebenenfalls müsste der allgemeine Zuschlagssatz für die AGK-Deckung in einen umsatzbezogenen und einen zeitbezogenen Anteil aufgliedert und je nach Einzelfall dann der passende Anteil in die neue Vergütung einbezogen werden.

2. Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB im Störungszeitraum

a) Grundsatz: Bewertung des tatsächlichen Mehraufwandes anhand vertraglicher Vergütungsparameter – Einzelkosten des Mehraufwandes. Unabhängig von der Frage, ob die Berechnung des Anspruchs nach § 642 BGB „von unten“ oder „von oben“ zu erfolgen hat, bestünde auf Basis des soeben beschriebenen Normensystems ein Anspruch des Auftragnehmers nur für den tatsächlichen Mehraufwand, also für die Leistungen, die in dem Störungszeitraum zusätzlich anfallen und somit nicht vom ursprünglichen Leistungssoll umfasst und deshalb auch nicht von der vertraglich vereinbarten Vergütung nach § 632 BGB erfasst wären.

Hierzu können Vorhalte- und Wartekosten aber auch zusätzliche Arbeitskosten, etwa durch Intensitätsabfälle (bei Behinderungen) gehören.

Entschädigt würde auf dieser Basis nach § 642 BGB also „nur“ der tatsächlich entstandene Mehraufwand (und nicht etwa ein kalkulatorisch ermittelter „hypothetischer“ oder „fortgeschriebener“ Mehraufwand). Maßgeblich wäre vielmehr, in welchem Umfang der Auftragnehmer in dem Störungszeitraum tatsächlich Leistungen erbracht hätte, die vom Bausoll und damit auch von der vertraglich vereinbarten Vergütung nicht umfasst waren.

Ein Mehraufwand entsteht aber beispielsweise dann nicht, wenn der Auftragnehmer mit den vorhandenen Produktionsfaktoren einen anderweitigen Erwerb erzielt, wenn also seine Arbeitnehmer nicht „warten“, sondern an anderen Baustellen eingesetzt werden können. In diesen Fällen entsteht dem Auftragnehmer wegen der anderweitigen Vergütung kein „Aufwand“.

Der tatsächliche Mehraufwand wäre sodann anhand der vereinbarten Vergütung finanziell zu bewerten, also entsprechend den vertraglichen Vergütungsparametern wie kalkulierter Mittellohn, kalkulierte und den vertraglichen Preisen zugrunde gelegten Gerätekosten etc. Maßgeblich wären dabei nicht die tatsächlichen Kosten, die dem Auftragnehmer entstanden sind, sondern das Preisgefüge der ursprünglichen Vergütung.

Wenn in diesem Preisgefüge der durchschnittliche Stundensatz eines Arbeiters mit 30 Euro bewertet wurde, dann wäre auch die Entschädigung für die Ausfall- und Wartezeit nach § 642 BGB mit 30 Euro zu bewerten, unabhängig davon, welchen Lohn der Auftraggeber seinen Arbeitnehmern tatsächlich zahlt.

Die auf diese Weise ermittelten Summen wären somit die „Einzelkosten des Mehraufwandes“.

b) Kein Zuschlag für Baustellengemeinkosten. Nach allgemeiner Auffassung werden diese Beträge nicht mit einem kalkulierten Zuschlag für Baustellengemeinkosten versehen, da auch die Baustelleneinrichtung konkret ursachenbezogen einer Störung zugeordnet werden kann, der tatsächliche Mehraufwand einer Baustelleneinrichtung mithin tatsächlich ermittelt und entsprechend der Kalkulation finanziell bewertet werden kann. Zusätzliche Baustelleneinrichtung wird auf Basis des tatsächlich entstandenen Mehraufwandes und des vertraglich vereinbarten Preisgefüges „entschädigt“.¹⁸

c) Angemessener Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten? Entsprechend der hier zu untersuchenden Fragestellung ist

sodann zu prüfen, ob auch die Allgemeinen Geschäftskosten auf Basis des tatsächlich entstandenen Mehraufwandes ermittelt werden können oder ob ein Zuschlag auf die „Einzelkosten des Mehraufwandes“ anzusetzen ist. Nach herrschender Meinung werden zusätzliche Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten nicht auf Basis des tatsächlich entstandenen Mehraufwandes und der Preisansätze aus der Kalkulation entschädigt, sondern die Einzelkosten werden mit den kalkulierten Zuschlägen beaufschlagt.¹⁹

Mit dieser Vorgehensweise wird jedoch möglicherweise ein rein fiktiver Aufwand des allgemeinen Geschäftsbetriebs vergütet, denn es ist nicht per se zwingend, dass eine Störung Auswirkungen auf den allgemeinen Geschäftsbetrieb hat.

Dies ist zum Beispiel auch dann nicht der Fall, wenn die Baustelle im Störungszeitraum ohnehin nur geringe Erträge und damit keine Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten erwirtschaften sollte oder auch dann nicht, wenn die kalkulierten AGK-Deckungsbeiträge auch rein umsatzabhängige Komponenten oder Fix-Kostenanteile enthalten, die sich durch zeitliche Verzögerungen nicht verändern.

Nach der hier vorgeschlagenen Methodik wäre deshalb auch für die Beträge, die zur Deckung Allgemeiner Geschäftskosten begehrt werden, zunächst zu prüfen, ob es überhaupt einen Mehraufwand von Allgemeinen Geschäftskosten gibt (ggf. mittels einer Schätzung nach § 287 ZPO), der dann anhand des vorhandenen Preisgefüges zu bewerten ist.

Es stellt sich deshalb bei jeder vom Auftraggeber zu verantwortenden Störung (Annahmeverzug) zunächst die erste Frage, ob diese überhaupt einen tatsächlichen Mehraufwand des allgemeinen Geschäftsbetriebs des Auftragnehmers auslöst. Dieser ist (ggf. mit Hilfe einer Schätzung nach § 287 ZPO) entsprechend der allgemeinen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast zunächst vom Auftragnehmer darzulegen. Läge ein solcher Mehraufwand nicht vor, bestünde schon dem Grunde nach kein Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers, so dass die Einzelkosten des Mehraufwandes auch nicht mit einem Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten beaufschlagt werden können.

Bestünde jedoch ein solcher Mehraufwand, was wohl die Regel sein dürfte, dann wäre nach § 642 BGB hierfür ein „angemessener“ Ausgleich unter Berücksichtigung der „vereinbarten Vergütung“ gefunden werden, folglich wäre die Vergütung des Mehraufwandes preislich aus der Kalkulation des Auftragnehmers zu ermitteln. Da der Auftragnehmer den Ausgleich der Allgemeinen Geschäftskosten über Zuschlagssätze kalkuliert hat, bestünde ein Ausgleich für den Mehraufwand von Allgemeinen Geschäftskosten auch nur über Zuschlagssätze auf die Einzelkosten des Mehraufwandes, wobei zu untersuchen ist, welcher Zuschlagssatz für die Auswirkungen „angemessen“ wäre. Kalkulationsansätze sind schließlich nicht blind fortzuschreiben, da die Kalkulation nur ein Preisfindungssystem, aber kein Preisbewertungssystem ist. Hierzu kann vielleicht der folgende Vorschlag unterbreitet werden:

18 So auch Retzlaff, ibn-online-Kommentar, Stand: 12.5.2017, § 642 BGB, Rn. 96.

19 Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, Rn. 1650: „die so in der Zeit des Annahmeverzuges („Wartezeit“) entstehenden (...) direkten Kosten werden mit AGK beaufschlagt.“; so im Ansatz auch KG, BeckRS 2017, 101495 = BauR 2017, 1204: „Im Rahmen der Entschädigung nach § 642 II BGB sind auf die verzögerungsbedingten Kosten dann ebenfalls diese Zuschläge vorzunehmen.“

Es müsste zunächst ermittelt werden, mit welchem Anteil *zeitabhängige* Geschäftskosten aus dem Gesamtdeckungsbeitrag gedeckt werden sollen, um die Größe des Zuschlags zu erfassen, der für die Deckung zeitabhängiger Geschäftskosten in dem Störungszeitraum kalkuliert worden ist. Mit diesem (angepassten) Zuschlagssatz könnten dann die Einzelkosten des Mehraufwandes beaufschlagt werden. Die Ermittlung dieses angemessenen Zuschlagssatzes könnte beispielsweise mit den folgenden fünf Schritten erfolgen:

- **Schritt 1:** Zunächst wird die zeitabhängige Komponente der allgemeinen Geschäftskosten ermittelt. Sofern der Auftragnehmer in seiner Kalkulation keine plausiblen Ansätze hat, kann sicherlich auf gängige baubetriebliche Bewertungen zurückgegriffen werden, beispielsweise 80 % – die restlichen 20 % werden dann zur Deckung umsatzabhängiger Geschäftskosten oder Fixkosten kalkuliert.
- **Schritt 2:** Sodann wird anhand dieses Anteils der absolute Wert der kalkulierten Deckungsbeiträge für zeitabhängige Allgemeine Geschäftskosten aus der Gesamtvergütung bzw. dem Gesamtdeckungsbeitrag herausgezogen und beziffert. (Ein Beispiel: Die Auftragssumme soll 10 Mio. Euro betragen, der AGK-Zuschlagssatz liegt bei 15 % und die Deckungsbeiträge für die zeitabhängigen AGK machen 80 % der AGK-Deckungsbeiträge aus. Dann beträgt der absolut kalkulierte AGK-Deckungsbeitrag 150.000 Euro, hiervon also 120.000 Euro für zeitabhängige AGK.)
- **Schritt 3:** Um zu ermitteln, welcher Deckungsbeitragssatz im Störungszeitraum angemessen ist, muss dieser Gesamtbetrag auf die Bauzeit aufgeteilt werden, wobei in Ermangelung kalkulatorischer Ansätze im Zweifel von einer, da zeitabhängig, linearen Verteilung auf die gesamte kalkulierte Bauzeit auszugehen ist. Soweit einzelvertraglich keine anderweitigen Abrechnungszeiträume vereinbart sind, sind monatliche Zeiträume zu berücksichtigen (monatliche Abrechnungen sind üblich). Bei einer Bauzeit von einem Jahr würden in dem vorgenannten Beispiel also 10.000 Euro monatlich anzusetzen sein. Dieser Betrag entspricht also dem Beitrag, den ein Auftragnehmer monatlich zur Deckung seiner zeitabhängigen Geschäftskosten kalkuliert hat. Diesem Betrag ist aber nicht anzusehen, welcher Zuschlagssatz für störungsbedingte Mehrkosten „angemessen“ wäre.
- **Schritt 4:** Deshalb ist schließlich der konkrete monatliche Zuschlagssatz in Abhängigkeit von dem jeweils kalkulierten Bauvolumen zu ermitteln. Denn beispielsweise gibt es Monate mit kalkuliertem großem Bauvolumen, etwa zu Beginn einer Tätigkeit mit Erdarbeiten oder Gründungsarbeiten, bei denen der Auftragnehmer „hohe“ Einheitspreise angesetzt, um möglichst schnell Liquidität zu erwirtschaften, dann sinkt aber auch der prozentuale Anteil von zeitabhängigen Allgemeinen Geschäftskosten, da diese ja zeitabhängig „fix“ und eben nicht umsatzabhängig sind. Zur Ermittlung des angemessenen Deckungsbeitrags in einem Störungszeitraum ist es also unabdingbar, den *konkreten* Deckungsbeitragszuschlagssatz zu ermitteln. Hierzu wird der auf die soeben beschriebene Weise errechnete Deckungsbeitrag ins Verhältnis zum kalkulierten Umsatzvolumen (nur EKT) im Störungszeitraum gesetzt. Im vorliegenden Beispiel muss also 10.000 Euro ins Verhältnis zu dem im Störungszeitraum bei ungestörtem Bauablauf kalkulierten Umsatz (nur EKT ohne AGK und BGK) gesetzt werden. (Ein Beispiel: Bei einem kalkuliertem monatlichen Umsatz von 250.000 Euro würde dieser Zuschlagssatz 4 % ergeben.)
- **Schritt 5:** Dieser „neue“ Zuschlagssatz ist dann auf die Einzelkosten der Störung anzusetzen.

Auf diese Weise erwirtschaftet der Auftragnehmer aus dem Mehraufwand der Störung anteilige, zeitabhängige Geschäftskosten, aber eben nicht in dem ursprünglich kalkulierten Rahmen, sondern in einem angepassten Rahmen. Diese geschilderte Vorgehensweise kann sich auf die historischen Motive stützen.²⁰ Diese Sichtweise entspricht wohl auch den Tendenzen der neueren Rechtsprechung,²¹ widerspricht aber auch Ansätzen „offensiver“ Rechtsprechung, die dem Auftragnehmer höhere Zuschlagssätze zusprechen

will²² genauso wie restriktiveren Tendenzen, die verlangen, dass im Rahmen des § 642 BGB ein konkret entstandener Schaden nachgewiesen werden muss.²³

Der Nachweis eines konkret entstandenen Schadens wäre aber nach dem hier dargestellten Normensystem nur dann erforderlich, wenn der Auftragnehmer auch für den Störungszeitraum einen weitergehenden Schaden geltend macht, der bei Verschulden des Auftraggebers denkbar ist, wenn entgangene Deckungsbeiträge zeitabhängiger AGK als Schaden belegt werden können. Maßgebend wäre dann aber der dem Auftragnehmer *tatsächlich* entstandene Schaden, was eine Darlegung der gesamten Unternehmenssituation einschließlich Unternehmensgewinn und Verlust, nicht nur für den Störungszeitraum, sondern auch für den weiteren Ablauf verlangt. Hierzu muss der Auftragnehmer mit den Worten des OLG Köln eine Art „Bilanz erstellen für den gesamten Zeitraum (ursprünglich geplanter Beginn bis tatsächliche Beendigung) einmal unter Zugrundelegung der ursprünglichen Planung und einer Darlegung des tatsächlichen Verlaufs.“²⁴

Dieses Erfordernis gilt aber eben nur dann, wenn der Auftragnehmer auch einen *Schadensersatzanspruch* geltend macht. Macht der Unternehmer (nur) einen *Entschädigungsanspruch* nach § 642 BGB geltend, genügt es, wenn er den *Mehraufwand* (also eine zusätzliche Leistung im allgemeinen Geschäftsbetrieb) darlegt, die finanzielle Bewertung erfolgt dann unabhängig vom tatsächlichen Unternehmensgewinn oder Unternehmensverlust anhand der zuvor skizzierten kalkulatorischen Betrachtung.

3. Schadensersatzanspruch im Verzögerungszeitraum

Für den Verzögerungszeitraum stünde dem Auftragnehmer nach dem eingangs skizzierten Normensystem nur ein *Schadensersatzanspruch* zu, ein *Entschädigungsanspruch* nach § 642 BGB wäre bei dem hier zu Grunde gelegten Normensystem auf den Störungszeitraum begrenzt. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer verpflichtet wäre, den ihm tatsächlich entstandenen Schaden darzulegen, also nicht nur den Mehraufwand, sondern auch dessen finanzielle Bewertung.

Diese Sichtweise deckt sich nicht nur mit der jüngsten Rechtsprechung,²⁵ sondern auch schon mit der älteren Rechtsprechung des BGH:²⁶

„Die Revision hält es für selbstverständlich, dass sich bei längerer Bauzeit die Gemeinkosten erhöhen. Mit diesem Hinweis allein lässt sich der Anspruch jedoch nicht begründen. Nach § 6 Nr. 5 II VOB/B kann nur der nachweislich entstandene unmittelbare Schadenersatz verlangt werden. Die Klägerin hätte daher höhere Gemeinkosten im Einzelnen darlegen und unter Beweis stellen müssen.“

Es stellen sich dabei dann im Anschluss unter anderem folgende Fragen:

- 20 „Eine derartige Bestimmung, welche den Anspruch des Übernehmers als einen Schadensersatzanspruch charakterisiert und den Übernehmer zwingt, die sein Interesse begründenden Tatsachen näher darzulegen und zu beweisen, ist jedoch nicht zu billigen; die verträge sich nicht mit den Gründen, auf welchen § 642 (beruht.)“, s. *Mugdan*, S. 276.
- 21 Vgl. *KG*, BeckRS 2017, 101495 = *BauR* 2017, 1204.
- 22 Vgl. *KG*, BeckRS 2013, 09534 = *BauR* 2013, 1493.
- 23 So aber *OLG Köln*, Beschl. v. 8.4.2015 – 17 U 35/14, BeckRS 2015, 07879, und *LG Bonn*, Urte. v. 10.3.2014 – 1 O 360/12, BeckRS 2014, 08748.
- 24 *OLG Köln*, Beschl. v. 8.4.2015 – 17 U 35/14, BeckRS 2015, 07879 Rn. 64, 74.
- 25 *OLG Köln*, Beschl. v. 8.4.2015 – 17 U 35/14, BeckRS 2015, 07879; *LG Bonn*, Urte. v. 10.3.2014 – 1 O 360/12, BeckRS 2014, 08748.
- 26 *BGH*, Urte. v. 15.1.1976 – VII ZR 52/74, BeckRS 1976, 31118483. Zur Höhe des Anspruchs äußert sich auch *Retzlaff* ausführlich in seiner Kommentierung, s. in *ibr-online-Kommentar* zu § 642 BGB, Stand: 12.5.2017, Rn. 59 ff.

a) *Welcher Schaden ist dem Auftragnehmer entstanden?* Hinsichtlich der Deckungsbeiträge von kalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten kann dem Auftragnehmer zunächst ein *Finanzierungsschaden* entstanden sein. Dies setzt voraus, dass vom Auftragnehmer der hypothetische Zahlungsfluss ohne Störung dargelegt und dem tatsächlichen Zahlungsfluss gegenübergestellt wird. Eine „lineare“ Fortschreibung ohne Berücksichtigung der kalkulierten Rendite wäre also wohl kaum möglich.

Sodann sind zusätzliche „spezielle“ *Geschäftskosten* zu erstaten, wenn ein derartiger konkreter Nachweis möglich ist, etwa die Kosten für eine zusätzliche Buchhaltungskraft, die nur mit der Dokumentation der Störung und deren finanziellen Folgen eingesetzt wurde.

Der Auftragnehmer könnte aber in dem beschriebenen Normensystem *keine* kalkulierten oder sonstigen angemessenen *Zuschlagssätze* für AGK auf anderweitige Schadenspositionen ansetzen, wie für nach § 6 VI VOB/B oder §§ 280, 286 BGB zu erstattende Kosten für die Verlängerung der Baustelleneinrichtung.

Hierfür könnte zwar eine Rentabilitätsvermutung sprechen, dagegen spricht aber vor allem die Tatsache, dass der Auftragnehmer im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs einen Ersatz für die *tatsächlichen* Kosten erhält, inklusive aller *tatsächlichen* zusätzlichen *Geschäftskosten* inklusive entgangenen Gewinns. Einer darüber hinausgehenden wertenden Betrachtung aufgrund kalkulatorischer Überlegungen bedarf es folglich nicht.

b) *Ist die Unterdeckung von AGK ein Schaden?* Schließlich könnte in dem zugrunde gelegten Normensystem auch die reine *Unterdeckung*, also die fehlende Erwirtschaftung von kalkulierten Deckungsbeiträgen für AGK, dann erstattungsfähig sein, wenn der Auftragnehmer tatsächlich darlegen und (in den Grenzen des § 287 ZPO) beweisen kann, dass ihm die entsprechend kalkulierten Beiträge unwiederbringlich entgangen und auch nicht anderweitig erstattet worden sind; anderenfalls wäre ein etwaiger Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Schadensrechts durch den anderweitigen Erlös kompensiert. In diesem Zusammenhang sind folgende Einzelaspekte noch relevant:

- Ein Schaden entfällt zunächst nicht bereits deshalb weil die unterdeckten Geschäftskosten nicht kausal einer Baumaßnahme zuzuordnen sind. Denn es ist zwar grundsätzlich richtig, dass Allgemeine Geschäftskosten ohnehin anfallen, unabhängig davon, ob eine Baumaßnahme gestört ist oder nicht. Es ist aber nicht so, dass hier die Allgemeinen Geschäftskosten als Schaden angesehen werden, sondern die ursprünglich vorgesehenen Deckungsbeiträge. Diese sind zweifellos zunächst ein Schaden. Es ist in diesem Zusammenhang auch irrelevant, ob die Beiträge tatsächlich zur Deckung von Kosten benötigt wurden oder als (zusätzlicher) entgener Gewinn verwendet werden, denn in beiden Fällen kommt eine Erstattung nach §§ 249 ff. BGB in Betracht. Die Höhe des Schadens ergibt sich aus der Kalkulation des Auftragnehmers im Zusammenhang mit dem hypothetischen Zahlungsplan, aus dem sich ergibt, welche AGK-Deckungsbeiträge der Auftragnehmer in dem Störungszeitraum voraussichtlich erwirtschaftet hätte. Die Richtigkeit dieser Belege wird vermutet und kann vom Auftraggeber widerlegt werden.
- Ein Schaden entfällt aber, wenn die kalkulierten Deckungsbeiträge verzögert, also bei der jeweiligen Baumaßnahme in einem späteren Zeitraum oder durch einen anderen Auftrag im Störungszeitraum erwirtschaftet werden. Eine Kompensation liegt aber dann nicht vor, wenn wegen fehlender Auslastung der Produktionsmittel andere Aufträge im Verzögerungszeitraum nicht angenommen werden können. Nur dann, wenn die Produktionsmittel nicht vollständig ausgelastet sind und deshalb andere Aufträge angenommen werden können, entfällt zwar der erwirtschaftete Deckungsbeitrag, im Wege des Vorteilsausgleiches muss sich aber der Auftragnehmer die erwirtschafteten Deckungsbeiträge anderer Baumaßnahmen an-

rechnen lassen. Eine „Entlastung des Schädigers“ kann nur dann nicht aus Billigkeitsgründen berücksichtigt werden, wenn seitens des Auftragnehmers überobligatorische Kompensationsmaßnahmen umgesetzt werden, wenn also zusätzliche Kapazitäten oder zusätzlich Produktionsfaktoren eingesetzt werden. Maßgeblich dürfen insoweit nur die vorhandenen Produktionsressourcen der konkreten Baustelle und auch nur die maßgeblichen Geschäftsjahre der konkreten Baumaßnahme sein. Ein Schaden liegt also dann vor, wenn wegen vollständiger Auslastung der Produktionsmittel (zB 100 % Auslastung oder „Ein-Mann-Auftragnehmer“) oder wegen fehlender Angebote ein Ausgleich nicht vorliegt. Der Auftragnehmer kann also darlegen und beweisen, dass sein Betrieb wegen einer vom Auftraggeber zu vertretenden Störung (A) geringere Einnahmen und (B) gleich oder höhere Ausgaben hatte und deshalb (C) einen geringeren Gewinn. In diesem Fall steht dann dem Auftragnehmer nach §§ 249 BGB ff. BGB ein Anspruch auf Erstattung des Schadens zu.

- Schließlich entfällt ein Schaden, wenn die kalkulierten Deckungsbeiträge im Verzugsfolgenzeitraum erwirtschaftet werden, es sei denn, der Auftragnehmer könnte belegen, dass er in diesem Stadium andere Aufträge angenommen hätte, die er wegen der Verzögerung dann nicht annehmen konnte. Da der Auftragnehmer in diesem Zeitraum AGK-Deckungsbeiträge des gestörten Bauvorhabens über die ursprüngliche Vergütung „verdient“ handelt es sich bei diesem Schaden letztlich um entgangene Deckungsbeiträge, die der Auftragnehmer bei anderen Baumaßnahmen kalkuliert hat.

Entgangene Deckungsbeiträge sind bei VOB/B-Verträgen ausweislich des Wortlautes nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu kompensieren²⁷ (wobei sich das Verschulden gemäß den allgemeinen Regeln nur auf die Handlung, nicht auf die Folgen, also die Störung beziehen muss; Absicht wird nicht gefordert – das Verschulden wird also wahrscheinlich viel häufiger vorliegen, als gemeinhin oftmals bedacht).

c) *Wie kann der Auftragnehmer seinen Schaden darlegen und beweisen?* Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Auftragnehmer, der *BGH* hat schon diesbezüglich entschieden, dass die entgangene Verlustminderung durch fehlende Deckungsbeiträge einem entgangenen Gewinn nach § 252 BGB gleichstehe.²⁸

Eine abstrakte Schadensberechnung wäre zwar grundsätzlich möglich (§ 252 BGB, § 287 ZPO), allerdings nicht bei VOB/B-Verträgen. Hier reduziert § 6 VI VOB/B (neben der Haftungsprivilegierung) ausweislich des Wortlautes die Ansprüche des Auftragnehmers soweit, dass nur der „*nachweislich entstandene*“ Schaden zu erstatten ist. Zwar bezieht sich diese Formulierung augenscheinlich nur auf den Schaden, schließt wegen des Wortes „*aber*“ den Gewinn und damit auch die Deckungsbeiträge ein.

Bei BGB-Verträgen könnte eine Darlegungs- und Beweislast analog zu § 649 BGB überlegt werden. Die generelle Widerlegung der Vermutung liegt aber auf der Hand, da eine Kompensationswürdigkeit für jeden Auftragnehmer besteht und kein Auftragnehmer nach Treu und Glauben, § 242 BGB, bei Störungen „*die Hände in den Schoß legen*“ kann, vgl. auch § 254 BGB. Da die entgangenen AGK-Deckungsbeiträge bei bereits erfolgter Kostendeckung im Gesamtbetrieb zu einem potentiell zusätzlichen Gewinn „mutieren“ können, hätte der Auftragnehmer insoweit mindestens eine sekundäre Darlegungslast, wenn nicht sogar nach allgemeinen Grundsätzen auch die „volle“ Beweislast.

27 *BGH*, NZBau 2008, 505 = *NVwZ* 2008, 1272 Ls.: Entgangene Deckungsbeiträge stehen insoweit entgangenem Gewinn gleich.

28 *BGH*, NZBau 2008, 505 = *NVwZ* 2008, 1272 Ls.

VI. Fazit

Für den Störungszeitraum steht dem Auftragnehmer gemäß des hier unterstellten Normensystems bei entsprechender Auslegung der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen schon *de lege lata* ein *verschuldensunabhängiger* Entschädigungsanspruch zu. Der tatsächliche Mehraufwand im Störungszeitraum wird kalkulatorisch bewertet und dann mit den angemessenen Deckungszuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten versehen, diese werden jedoch bei dem hier zugrunde gelegten Normensystem auf zeitabhängige Zuschläge, bezogen auf den Störungszeitraum, reduziert.

Für den Störungs- und Verzögerungszeitraum stünde dem Auftragnehmer in diesem Normensystem darüber hinaus ein *verschuldensabhängiger* Schadensersatzanspruch zu, der sich in Bezug auf die Allgemeinen Geschäftskosten auf die Zwischenfinanzierung als Ausgleich für die entgangene Liquidität oder auf „spezielle“ Geschäftskosten beschränkt; die Unterdeckung der absoluten Deckungsbeiträge ist nur dann vom Auftraggeber zu erstatten, wenn der Auftragnehmer weder im Störungs- noch im Verzögerungszeitraum einen anderweitigen Ausgleich erhält oder dieser aus wertenden

Gesichtspunkten (überobligatorisches Handeln) nicht in Ansatz gebracht werden kann. Eine weitere Beaufschlagung der Störungskosten mit Zuschlägen erfolgt nicht.

De lege ferenda könnte im Rahmen der bereits avisierten weiteren Baurechtsnovelle das hier vorgestellte Normensystem klarstellend in § 642 BGB mit folgenden kleinen Ergänzungen verankert werden:

(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, für den Zeitraum des Annahmeverzugs eine angemessene Entschädigung verlangen.*

(2) *Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung für die Dauer des Annahmeverzugs, unter Anrechnung demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.*

(3) *Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschulden bleibt unberührt.* ■

Rechtsanwalt Holger Schröder*

Die Digitalisierung der Energiewende und das Vergaberecht

Wettbewerbliche Übertragung der Grundzuständigkeit für den Messstellenbetrieb

Mit dem Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) hat der Gesetzgeber das Mess- und Zählerwesen im Strommarkt für die digitale Zukunft fit gemacht. Dabei nimmt die mögliche Übertragung der so genannten Grundzuständigkeit für den Messstellenbetrieb von modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen eine bedeutende Rolle ein. Bei den dafür in den §§ 41 ff. MsbG geschaffenen Verfahrensvorschriften ist vor allem deren Regelungsverhältnis zum GWB-Vergaberecht von Interesse.

I. Gesetzgeberische Intention

Die Bestimmungen zum Messwesen zielen zum einen auf eine Marktöffnung im Bereich des Zähler- und Messwesens und zum anderen auf einen effizienteren Umgang mit Energie.¹ Die §§ 41–45 MsbG² etablieren daher einen neuen Übertragungsmechanismus für den grundzuständigen Messstellenbetrieb³ von intelligenten Messsystemen („Smart Meter“) und modernen Messeinrichtungen iSd § 2 Nr. 6 MsbG.⁴

Sie können je nach Ausstattung für Letztverbraucher, Netzbetreiber und Erzeuger die notwendigen Verbrauchsinformationen bereitstellen, zur Übermittlung von Netzzustandsdaten verwendet werden, sichere und zuverlässige Steuerungsmaßnahmen unterstützen sowie als eine Art Kommunikationsplattform im intelligenten Energienetz dienen.⁵

Der Normgeber will damit den Wettbewerb um den Messstellenbetrieb stärken, weil sich der seit der Marktöffnung im Jahr 2008 mit § 21 b EnWG aF⁶ erhoffte Wettbewerb nicht eingestellt hat.⁷ Spätestens bis zum 30.6.2017 mussten die Energienetzbetreiber als grundzuständige Messstellenbetreiber der Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) deshalb mitteilen, ob sie die Grundzuständigkeit auch in Zukunft übernehmen oder nicht.⁸ Wenn ein Energienetzbetrei-

ber seine Grundzuständigkeit freiwillig oder gezwungenermaßen auf ein anderes Unternehmen übertragen will oder muss, so darf er den neuen Betreiber aber nicht ohne Weiteres frei auswählen, sondern muss hierbei die Vorgaben des MsbG beachten. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen die Regelungen zum Übertragungsverfahren nach dem MsbG kein neues bereichsspezifisches Vergaberecht schaffen, sondern auf die bestehenden Regelungen des GWB⁹ zurückgreifen.¹⁰ § 41 II MsbG stellt insoweit fest:

„Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt unberührt. Sollte im Einzelfall der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht eröffnet sein, ist Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend anzuwenden.“

Als Beispiele dafür, dass der GWB-Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, führt die Gesetzesbegründung die fehlende Entgeltlichkeit oder die Unterschreitung des europäischen Vergabeschwellenwertes an.¹¹ Für das neue Instrument der

* Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg. Der Beitrag spiegelt die persönliche Meinung des Verfassers wider.

1 BGH, BeckRS 2016, 05216 = EnWZ 2016, 262 Rn. 64.

2 Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) v. 29.8.2016 (BGBl. I 2016, 2034), zul. geänd. durch Gesetz v. 22.12.2016, BGBl. I 2016, 3106.

3 Der herkömmliche Messstellenbetrieb ist nicht Gegenstand der §§ 41–45 MsbG und dieses Beitrags.

4 BT-Drs. 18/7555, 102.

5 BT-Drs. 18/7555, 1.

6 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 7.7.2005, BGBl. I 2005, 1970.

7 BT-Drs. 18/7555, 102.

8 Vgl. § 45 III 1 MsbG.

9 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1750, 3245, zul. geänd. durch Gesetz v. 13.4.2017, BGBl. I 2017, 872).

10 BT-Drs. 18/7555, 102.

11 BT-Drs. 18/7555, 102.