



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 33/19

Verkündet am:
30. Januar 2020
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 642

§ 642 BGB erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren.

BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Januar 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das die Klage in Höhe von 159.804,29 € nebst Zinsen ("Schulerweiterung") abweisende Urteil der Zivilkammer 67 des Landgerichts Berlin vom 10. Juli 2018 zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt von dem beklagten Land aus einem nach einem öffentlichen Vergabeverfahren geschlossenen Bauvertrag eine Entschädigung gemäß § 642 BGB in Höhe von zuletzt 207.286,30 € nebst Zinsen.

2 Der Beklagte schrieb im Jahr 2016 für das Bauvorhaben "Erweiterungsbauten für die Gemeinschaftsschule auf dem Campus Rütli - CR" Trockenbauarbeiten aus. Die Trockenbauarbeiten waren in drei unterschiedlichen Gebäuden zu erbringen, nämlich dem "WAT-Gebäude", dem "Elternzentrum" und der "Schulerweiterung". Bei der Ausschreibung nahm der Beklagte auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und auf die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) Bezug.

3 Gemäß Ziffer 1.1 BVB war mit der Ausführung der Trockenbauarbeiten am 20. Juni 2016 zu beginnen und die Leistung am 7. April 2017 zu vollenden. In Ziffer 10 BVB wurden ferner folgende "Einzelfristen" festgelegt:

- 4
- "1. Schulerweiterung
 - a. Wände 1. Seite 21.11.2016 bis 13.01.2017
 - b. Wände schließen 19.12.2016 bis 17.02.2017
 - c. Decken 30.01.2017 bis 07.04.2017
 - 2. Elternzentrum
 - a. Wände 1. Seite 04.07.2016 bis 29.07.2016
 - b. Wände schließen 22.08.2016 bis 16.09.2016
 - c. Decken 05.09.2016 bis 30.09.2016
 - 3. WAT-Gebäude
 - a. Wände 1. Seite 20.06.2016 bis 01.07.2016
 - b. Wände schließen 15.08.2016 bis 02.09.2016

c. Decken 29.08.2016 bis 16.09.2016"

5 Mit Schreiben vom 7. April 2016 gab die Klägerin ein Angebot zu einer Vergütung von 334.215,86 € zuzüglich Umsatzsteuer ab. Auf Bitten des Beklagten verlängerte sie die zunächst bis zum 20. Juni 2016 laufende Bindefrist für ihr Angebot zweimal, zuletzt bis zum 5. August 2016. Mit Schreiben vom 2. August 2016 beauftragte der Beklagte die Klägerin gemäß deren Angebot. In jenem Schreiben hatte der Beklagte folgenden Textbaustein angekreuzt:

"Ich fordere Sie auf, mit der Ausführung der Bauleistung gemäß Ziff. 1.1 der Besonderen Vertragsbedingungen zu beginnen."

6 In einer Baubesprechung vom 22. August 2016 teilte der Bauleiter des Beklagten der Klägerin mit, die Ausführung der Trockenbauarbeiten hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" solle am 5. September 2016 beginnen. Hinsichtlich des "Elternzentrums" bestimmte er - möglicherweise bei anderer Gelegenheit - den Ausführungsbeginn auf den 19. September 2016. In beiden Bereichen begann die Klägerin fristgerecht mit den Trockenbauarbeiten, konnte diese jedoch erst im Februar bzw. März 2017 abschließen.

7 Hinsichtlich des Gebäudes "Schülerweiterung" konnte die Klägerin mit den Trockenbauarbeiten erst am 2. Mai 2017 beginnen. Diese Arbeiten waren im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht abgeschlossen.

8 Die Klägerin macht zur Begründung des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB geltend, der Beklagte habe sich hinsichtlich aller drei Gebäude infolge Unterlassens einer bei Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug befunden, weil er ihr das Baugrundstück nicht so überlassen habe, dass sie die Trockenbauarbeiten innerhalb der Ver-

tragsfristen habe ausführen können. Dabei geht sie hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" und des "Elternzentrums" von einer Verschiebung der in Ziffer 10 BVB vereinbarten, aufgrund der Verzögerung des Vergabeverfahrens jedoch bereits verstrichenen Termine für den Ausführungsbeginn auf den 2. August 2016 und von einem Beginn des Annahmeverzugs spätestens am 22. August 2016 aus. Hinsichtlich des Gebäudes "Schülerweiterung" legt die Klägerin weiterhin die Vertragsfristen gemäß Ziffer 10 BVB und damit einen Beginn des Annahmeverzugs am 21. November 2016 zugrunde. Sie bemisst die Entschädigung in der Weise, dass sie die Vergütung für die drei Gebäude, soweit sie diese während der Dauer des Annahmeverzugs des Beklagten nicht erwirtschaften konnte, anteilig zugrunde legt und hiervon ersparte Material- und Gerätekosten sowie einen anderweitigen Erwerb abzieht. Auf dieser Grundlage errechnet sie Bruttobeträge für das "WAT-Gebäude" in Höhe von 7.247,72 €, für das "Elternzentrum" in Höhe von 40.234,29 € und für das Gebäude "Schülerweiterung" in Höhe von 159.804,29 €.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht uneingeschränkt zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag in Höhe von 207.286,30 € nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet, soweit das Berufungsgericht einen Anspruch auf Zahlung von 159.804,29 € nebst Zinsen hinsichtlich des Gebäudes "Schülerweiterung" verneint hat. Sie führt insoweit zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist die Revision der Klägerin nicht begründet.

I.

11 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in BauR 2019, 823
und NZBau 2019, 637 veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung, soweit für das
Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

12 1. "WAT-Gebäude" und "Elternzentrum"

13 Ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB hinsichtlich des
"WAT-Gebäudes" und des "Elternzentrums" scheidet aus, da es an einem An-
nahmeverzug des Beklagten mit der bei Herstellung des Werks erforderlichen
Mitwirkung fehle.

14 Ein Besteller gerate in Annahmeverzug, wenn ein Bauvertrag Aus-
führungsfristen regele und der Besteller dem Unternehmer das Baugrundstück
zu Beginn der Frist nicht "baufrei", also nicht so zur Leistungserbringung über-
lasse, wie es nach dem Vertrag hätte geschehen müssen. Hier habe es dem
Beklagten nicht obliegen, der Klägerin das "WAT-Gebäude" und das "Eltern-
zentrum" vor dem 5. bzw. 19. September 2016 "baufrei" zu überlassen. Die in
Ziffer 10 BVB hinsichtlich dieser Gebäude genannten Fristen seien nicht Ver-
tragsbestandteil geworden, da sie im Zeitpunkt des Zuschlags am 2. August
2016 schon mehrere Wochen verstrichen gewesen seien. Der Vertrag enthalte

insoweit eine Regelungslücke, die durch Vereinbarung der Parteien, hilfsweise im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen sei. Hier hätten sich die Parteien auf einen neuen Fristbeginn am 5. beziehungsweise 19. September 2016 für das "WAT-Gebäude" und das "Elternzentrum" geeinigt, da der hierzu bevollmächtigte Bauleiter des Beklagten diese Fristen mitgeteilt und die Klägerin ihre Arbeiten zu diesen Terminen ohne Widerspruch begonnen habe. Dem im Auftragsschreiben angekreuzten Textbaustein, mit dem der Beklagte zum Arbeitsbeginn gemäß Ziffer 1.1 BVB aufgefordert habe, komme vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt bereits deutlich überschrittenen Beginnstermine für die betreffenden Gebäude, die überdies nicht in Ziffer 1.1 geregelt gewesen seien, keine entscheidende Bedeutung zu.

15 Der Klägerin stehe auch keine Entschädigung gemäß § 642 BGB wegen eines nach dem Beginn der Ausführung am 5. beziehungsweise 19. September 2016 eingetretenen Annahmeverzugs des Beklagten zu. Es fehle Vortrag dazu, inwieweit es nach Ausführungsbeginn zu konkreten Behinderungen aus der Mitwirkungssphäre des Beklagten gekommen sei.

16 2. "Schulerweiterung"

17 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten auch keine Entschädigung gemäß § 642 BGB hinsichtlich der "Schulerweiterung" zu.

18 Allerdings habe sich der Beklagte vom 21. November 2016 bis mindestens zum 2. Mai 2017 in Annahmeverzug befunden. Dies sei für den Beklagten auch offenkundig gewesen, § 6 Abs. 1 VOB/B.

19 Gleichwohl stehe der Klägerin keine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu, da ihr durch den Annahmeverzug des Beklagten kein Nachteil entstanden sei. Die Entstehung eines annahmeverzugsbedingten Nachteils sei anspruchsbegründende Voraussetzung des § 642 BGB.

20

Der zeitbezogene Umsatzverlust sei indes nicht der für den Anspruch gemäß § 642 BGB vorausgesetzte Nachteil. Dies lasse sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ableiten (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17, BGHZ 216, 319), sei interessengerecht und könne auch mit dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB vereinbart werden. Die Berechnung der Klägerin, die von der auf die "Schulerweiterung" fallenden Vergütung in Höhe von ca. 228.000 € netto ausgehe, die sie in dem vertraglich vorgesehenen Zeitraum vom 21. November 2016 bis zum 7. April 2017 nicht habe erwirtschaften können, und hiervon infolge der Nichtausführung der Arbeiten in diesem Zeitraum ersparte Aufwendungen für Material und Geräte in Höhe von ca. 86.000 € sowie einen anderweitigen Erwerb in Höhe von ca. 8.000 € abziehe, könne den Anspruch gemäß § 642 BGB daher nicht begründen.

21 Der Umstand, dass die Klägerin während des Annahmeverzugs des Beklagten nicht die in der Vergütung enthaltenen Deckungsbeiträge für ihre allgemeinen Geschäftskosten habe erwirtschaften können, stelle ebenfalls keinen Nachteil dar, der nach § 642 BGB zu ersetzen sei. Denn zeitbezogene Umsatzausfälle seien, wie ausgeführt, nicht ersatzfähig und als Kostennachteil seien die zeitweise nicht zu erwirtschaftenden Deckungsbeiträge für allgemeine Geschäftskosten nicht einzuordnen, weil der allgemeine Geschäftsbetrieb nicht allein für die Durchführung des gestörten Vertrags vorgehalten werde.

22 Der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB solle vielmehr die Nachteile ausgleichen, die dem Unternehmer durch den vergeblichen Vorhalt von Produktionsfaktoren während des Annahmeverzugs entstehen, gegebenenfalls zuzüglich eines Zuschlags für allgemeine Geschäftskosten und Gewinn. Die Klägerin könne den Anspruch daher im Grundsatz - wie hilfsweise geltend gemacht - auf den vergeblichen Vorhalt von Arbeitskräften stützen. Aus ihrem Vortrag ergebe sich jedoch nicht, dass ihr ein solcher Nachteil tatsächlich entstanden sei. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trage der Unternehmer.

23 Der Klageanspruch ergebe sich schließlich auch nicht aus weiteren Vorschriften, etwa aus § 304 BGB, § 2 Abs. 5 VOB/B, § 6 Abs. 6 VOB/B oder §§ 280, 286 BGB.

II.

24 Dies hält der rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.

25 1. "WAT-Gebäude" und "Elternzentrum"

26 a) Das Berufungsgericht hat einen Entschädigungsanspruch der Klägerin gemäß § 642 BGB verneint, weil der Beklagte hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" und des "Elternzentrums" nicht mit der bei der Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkung in Annahmeverzug geraten sei.

27 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich die Parteien nach Vertragsschluss auf neue Vertragstermine für den Ausführungsbeginn geeinigt - hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" auf den 5. September 2016 und hinsichtlich des "Elternzentrums" auf den 19. September 2016 - und der Beklagte ist zu diesen Terminen seiner Obliegenheit zur Mitwirkung jeweils nachgekommen, so dass die Klägerin fristgerecht mit den Trockenbauarbeiten beginnen konnte. Die hiergegen von der Revision erhobenen Einwände greifen nicht durch.

28 aa) Allerdings haben die Parteien einen Vertrag geschlossen, der zunächst den Ausführungsbeginn hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" auf den 20. Juni 2016 - dem Ende der in der Ausschreibung vorgesehenen Bindefrist - und hinsichtlich des "Elternzentrums" auf den 4. Juli 2016 festlegte.

29 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren regelmäßig so auszulegen, dass er sich

auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - VII ZR 81/17 Rn. 15, BauR 2018, 1263 = NZBau 2018, 459; Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08 Rn. 37 ff., BGHZ 181, 47). Der Streitfall bietet keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.

30 Die Klägerin hat auf die vom Beklagten ausgeschriebenen Trockenbauarbeiten ein Angebot abgegeben, das auch die Vertragsfristen gemäß Ziffer 10 BVB umfasste. Der Beklagte hat dieses Angebot nach mehrfacher einvernehmlicher Bindefristverlängerung mit seinem Auftragschreiben vom 2. August 2016 unverändert angenommen. Dies gilt unabhängig davon, dass die in dem Angebot für den Beginn der Ausführung jeweils vorgesehenen Termine zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen waren.

31 bb) Ein solcher Vertragsschluss, der eine Einigung über bereits verstrichene Fristen enthält, erfordert indes nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Vertragsanpassung. Da die vereinbarten Vertragsfristen aus tatsächlichen Gründen gegenstandslos sind, kann es bei ihnen nicht verbleiben. Angesichts des Umstands, dass die Parteien im Vertrag Regelungen zur zeitlichen Durchführung vereinbart haben, entspricht ein ersatzloser Wegfall nicht dem Willen der Parteien. Das Verhalten der Parteien ist deshalb dahin auszulegen, dass sie den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue, dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch noch eine Einigung herbeiführen wollen. Kommt es nicht zu der von den Parteien erwarteten nachträglichen Einigung, existiert eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen ist. Danach ist die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzupassen, wobei im Rahmen eines VOB/B-Vertrags die Grundsätze des vereinbarten § 6 Abs. 3 und 4 VOB/B sinngemäß zu berücksichtigen sind. Zugleich ist der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08 Rn. 44 ff., BGHZ 181, 47). Im

Hinblick auf die erforderliche Vertragsanpassung bei Verzögerungen des Vergabeverfahrens gerät der Besteller daher nicht bereits deswegen in Annahmeverzug, weil im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung die Ausführungsfristen bereits verstrichen sind (BGH, Urteil vom 26. April 2018 - VII ZR 81/17 Rn. 22, BauR 2018, 1263 = NZBau 2018, 459).

32 Hier haben die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die danach erforderliche Anpassung der Bauzeit insoweit vorgenommen, als sie sich auf neue Termine für den Ausführungsbeginn geeinigt haben. Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Parteien im Anschluss an den Vertragsschluss dahin gewürdigt, dass sie sich hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" und des "Elternzentrums" auf den 5. September 2016 beziehungsweise den 19. September 2016 als neue Termine für den Ausführungsbeginn konkludent geeinigt haben. Es hat die jeweilige Mitteilung der neuen Termine für den Ausführungsbeginn durch den insoweit bevollmächtigten Bauleiter des Beklagten als Angebot auf die erforderliche Anpassung der Bauzeit ausgelegt und die widerspruchslose Aufnahme der Trockenbauarbeiten zu den genannten Terminen als konkludente Annahme.

33 Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich. Die Auslegung von Willenserklärungen ist grundsätzlich Angelegenheit des Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht. Ein Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze kann dabei auch dann gegeben sein, wenn nicht alle für die Auslegung wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (st. Rspr., vgl. z.B. BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 - VII ZR 49/16 Rn. 15, BauR 2017, 1531 = NZBau 2017, 559; Urteil vom 15. Dezember 1994 - VII ZR 140/93, BauR 1995, 237, juris Rn. 19; jeweils m.w.N.). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor. Soweit die Revision die Auffassung vertritt, die in dem Auftragsschreiben des Beklagten vom 2. August 2016 enthaltene Aufforderung zum Ausführungsbeginn gemäß Ziffer 1.1 BVB sei als Angebot auf Verschiebung der bereits verstrichenen Termine für den Ausführungsbeginn hinsichtlich des "WAT-Gebäudes" und des "Elternzentrums" auf

38 a) Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass ein Nach-
teil in Form von Vorhaltekosten für vergeblich bereitgehaltene Produktionsmittel
anspruchsbegründende Voraussetzung für eine angemessene Entschädigung
gemäß § 642 BGB ist.

39 § 642 BGB setzt nur voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen
einer Handlung, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, in Annahme-
verzug gerät. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist zu Gunsten der Kläge-
rin revisionsrechtlich zu unterstellen.

40 Bei der Schaffung des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB ist
der Gesetzgeber zwar davon ausgegangen, dass dem Unternehmer während
des Annahmeverzugs des Bestellers typischerweise ein Nachteil entsteht, der
angemessen zu entschädigen ist. Er hat die Vorschrift jedoch - anders als das
Berufungsgericht meint - nicht in der Weise ausgestaltet, dass er einen Nachteil
zu einer anspruchsbegründenden Voraussetzung erhoben hat.

41 b) Die Frage, welchen Inhalt der Entschädigungsanspruch gemäß
§ 642 BGB hat, insbesondere wie er zu bemessen ist, ist bislang nicht geklärt.

42 aa) Wie der Senat bislang lediglich ausgeführt hat, macht der Begriff
"angemessene Entschädigung" in § 642 Abs. 1 BGB deutlich, dass es sich bei
dem Anspruch aus § 642 BGB nicht um einen umfassenden Schadensersatz-
anspruch handelt, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui
generis, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Scha-
densersatz nicht anwendbar sind (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR
16/17 Rn. 27, BGHZ 216, 319; Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05
Rn. 11, BGHZ 175, 118). Er hat ferner entschieden, dass Mehrkosten wie ge-
stiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs
des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Aus-

führung der verschobenen Werkleistung, vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 18, BGHZ 216, 319). In diesem Zusammenhang hat er zum einen darauf abgestellt, dass zeitliches Kriterium für die Bemessung der Entschädigungshöhe nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB nur die Dauer des Annahmeverzugs ist und dieser Umstand ein gewichtiges Indiz dafür bildet, dass eine Entschädigung nach § 642 BGB auch nur für diesen Zeitraum beansprucht werden kann (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 28, BGHZ 216, 319). Zum anderen hat er darauf hingewiesen, dass bei der Bemessung der Entschädigung gemäß § 642 Abs. 2 BGB die "Höhe der vereinbarten Vergütung" zu berücksichtigen ist, die auch den in dieser Vergütung enthaltenen Anteil für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten einschließen kann (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 45, BGHZ 216, 319). Zudem geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass § 642 BGB nach seinem Sinn und Zweck dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 33, BGHZ 216, 319; Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05 Rn. 11, BGHZ 175, 118; Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 179/87, BauR 1988, 739, juris Rn. 21).

43 Demgegenüber hat er bislang nicht Stellung dazu genommen, wie der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB zu bemessen ist, insbesondere inwieweit Anteile für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten in die Entschädigung einfließen können.

44

bb) Hierzu werden in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der baurechtlichen Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten.

45

Nach einer Auffassung wird der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB dafür gewährt, dass der Unternehmer die vereinbarte Vergütung während des Zeitraums des Annahmeverzugs nicht habe erwirtschaften können. Ausgangspunkt für die Bemessung der Entschädigung ist danach, welchen Vergütungsanteil einschließlich Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten der Unternehmer in diesem Zeitraum erwirtschaftet hätte, wenn kein Annahmeverzug vorgelegen hätte. In einem zweiten Schritt werden hiervon dann - ähnlich wie im Rahmen von § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB - die infolge des Annahmeverzugs ersparten Aufwendungen und dasjenige, was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann, abgezogen, wobei die Einzelheiten hierzu wiederum umstritten sind (vgl. z.B. Drittler, BauR 2019, 1524 mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand; Schneider, BauR 2019, 347; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804).

46

Nach anderer Auffassung soll mit der Entschädigung gemäß § 642 BGB die - unproduktive - Bereithaltung von Produktionsmitteln, also von Personal, Geräten und Kapital, während der Dauer des Annahmeverzugs kompensiert werden. Danach ist die Höhe der Entschädigung im Grundsatz daran zu orientieren, welchen Wert man der Bereithaltung von Produktionsmitteln zumisst (vgl. Glöckner, BauR 2014, 368, 375). Insoweit wird teilweise auf die Vergütungsanteile einschließlich Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten, die auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen, abgestellt (vgl. Althaus, NZBau 2018, 643) und teilweise auf die tatsächlichen Kosten für die Bereithaltung der Produktionsmittel (vgl. z.B. Sienz, BauR 2019, 360, 372 f.; ders., BauR 2014, 390, 399; Franz, BauR 2017, 380, 401; Glöckner, BauR

2014, 368, 375; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung vgl. z.B. OLG Köln, Urteil vom 14. August 2003 - 12 U 114/02, NJW-RR 2004, 818, juris Rn. 14), auf die wiederum teilweise ein Zuschlag für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten gewährt wird, wobei die Einzelheiten auch hier umstritten sind (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2019 - 5 U 52/19; Messerschmidt/Voit/Stickler, Privates Baurecht, 3. Auflage, § 642 BGB Rn. 47 zu allgemeinen Geschäftskosten).

47 cc) Bei zutreffendem Verständnis der Vorschrift erfordert § 642 BGB eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren. Dagegen gewährt § 642 BGB keinen vollständigen Ausgleich für die während des Annahmeverzugs nicht erwirtschaftete Vergütung.

48 (1) Dem Wortlaut des § 642 BGB ist der Inhalt des Entschädigungsanspruchs nicht eindeutig zu entnehmen. Die Vorschrift bietet nur Anhaltspunkte für die Bemessung des Entschädigungsanspruchs, indem sie in § 642 Abs. 2 BGB vier zu berücksichtigende Kriterien nennt. Danach bestimmt sich die Höhe der Entschädigung einerseits nach der Dauer des Annahmeverzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Annahmeverzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Diese Kriterien bilden den Rahmen für die Bemessung der Entschädigung. Darüber hinaus wird aus der Formulierung "einerseits - andererseits" deutlich, dass der Tatrichter eine Abwägungsentscheidung zu treffen hat (Sienz, BauR 2014, 390, 398; Glöckner, BauR 2014, 368, 374). Dies wird weiter auch durch den Umstand belegt, dass die Entschädigung "angemessen" sein soll. Die Vorschrift sieht

danach keine exakte Berechnung des Entschädigungsanspruchs vor, sondern geht davon aus, dass der Tatrichter im Rahmen der erforderlichen Abwägung einen Ermessensspielraum hat. Er kann dabei auf die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO zurückgreifen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 45, BGHZ 216, 319).

49 Dagegen kann dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB nicht entnommen werden, dass eine Berechnung in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB zu erfolgen hat. Die Vorschrift benennt zwar weitgehend die Kriterien, die auch bei der Vergütung gemäß § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB von Bedeutung sind. Indes gibt § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB dadurch, dass sich der Unternehmer auf die vereinbarte Vergütung ersparte Aufwendungen und einen anderweitigen Erwerb "anrechnen lassen" muss, eine Berechnung vor, während § 642 Abs. 2 BGB eine Abwägungsentcheidung erfordert.

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

51 (2) Der Senat hat aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem systematischen Regelungszusammenhang mit den Gefahrtragsregeln der §§ 644, 645 BGB weiter gefolgert, dass nach dem Sinn und Zweck des § 642 BGB der Unternehmer dafür entschädigt werden soll, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017

- VII ZR 16/17 Rn. 33, BGHZ 216, 319; Urteil vom 24. Januar 2008
- VII ZR 280/05 Rn. 11, BGHZ 175, 118; Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 179/87,
BauR 1988, 739, juris Rn. 21). Ein am Sinn und Zweck der Vorschrift orientier-
tes Verständnis führt danach dazu, dass die Höhe der Entschädigung einen
Bezug zu der vergeblichen Bereithaltung von Produktionsmitteln während der
Dauer des Annahmeverzugs haben muss. Eine in Anlehnung an § 649 Satz 2
BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB erfolgende Berechnung kann demgegenüber
zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Unternehmers führen. Denn
anders als bei einer freien Kündigung behält der Unternehmer im Fall des An-
nahmeverzugs des Bestellers trotz der Störung seinen vollen Vergütungsan-
spruch, den er durch Ausführung der Werkleistung nach Beendigung des An-
nahmeverzugs verdient. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der Bezugnahme
auf die vereinbarte Vergütung in § 642 Abs. 2 BGB, dass mit dem Ersatz allein
der tatsächlichen Kosten der Bereithaltung von Produktionsmitteln eine unzu-
reichende Kompensation des Unternehmers verbunden sein kann.

52

(3) Die systematische Auslegung führt zu keiner anderen Beurteilung.
Wie der Senat bereits ausgeführt hat, ergänzt § 642 BGB die Gefahrtragungs-
regeln in §§ 644, 645 BGB und betrifft ebenso wie § 645 BGB die Verteilung
des vertraglichen Risikos, wenn infolge einer vom Besteller zu erbringenden
Mitwirkungshandlung die Ausführung der Leistung durch den Unternehmer ge-
stört wird, ohne dass eine der Parteien hieran ein Verschulden trifft (BGH, Urteil
vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 30 m.w.N., BGHZ 216, 319). Da diese
Vorschriften kein Verschulden voraussetzen, auch wenn es in der Regel um
Ereignisse geht, die der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind, besteht keine
Rechtfertigung, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen. So kann der
Unternehmer nach § 645 BGB für den Fall, dass das Werk vor der Abnahme
infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer
von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, ver-

schlechtert oder unausführbar geworden ist, nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag als aufgehoben gilt, weil der Besteller die ihm obliegende Mitwirkungshandlung innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht nachgeholt hat, §§ 643, 645 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein weitergehender Anspruch auf Ersatz der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen und auf den darin enthaltenen Anteil für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn steht dem Unternehmer nur unter den Voraussetzungen des § 645 Abs. 2 BGB zu. Dies spricht dafür, dass auch der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB nicht den gesamten Nachteil ausgleichen soll, der durch die während des Annahmeverzugs nicht mögliche Erwirtschaftung der Vergütung entstanden ist.

53 (4) Aus den Gesetzesmaterialien folgt ebenfalls kein anderes Ergebnis. Ihnen ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 642 BGB geschaffen hat, weil er einerseits einen bloßen Aufwendungsersatz nach § 304 BGB als nicht ausreichend ansah, andererseits aber einen Schadensersatzanspruch für zu weitreichend erachtete, da durch eine den Besteller zur Leistung des vollen Schadenersatzes verpflichtende Bestimmung nicht das Interesse beider Teile in angemessener Weise gewahrt würde (vgl. Motive II, S. 495 f. = Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, S. 276 f.; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1809). Aus den Gesetzesmaterialien kann weiter geschlossen werden, dass der Gesetzgeber neben dem Vergütungsanspruch, der bei Herstellung des Werks nach Beendigung des Annahmeverzugs verdient wird, zusätzlich eine Entschädigung für den Zeitraum, in dem nicht geleistet werden konnte, schaffen wollte, ohne jedoch jegliche Nachteile ausgleichen zu wollen, die dadurch entstehen, dass der Unternehmer seine Leistung während des Annahmeverzugs nicht gewinnbringend ausführen kann.

54

dd) Danach ist die angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB im Ausgangspunkt daran zu orientieren, welche Anteile der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und allgemeinen Geschäftskosten auf die vom Unternehmer während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen.

55 Der Tatrichter hat daher festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist (vgl. Althaus, NZBau 2018, 643 f.).

56 Zu den Vergütungsanteilen für die vom Unternehmer unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel gehören nicht die infolge des Annahmeverzugs ersparten Aufwendungen einschließlich darauf entfallender Anteile für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

57 Im Hinblick auf das Kriterium des anderweitigen Erwerbs hat der Tatrichter weiterhin zu prüfen, ob der Unternehmer seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs anderweitig - produktiv - eingesetzt hat oder einsetzen konnte. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die anderweitige Einsatzmöglichkeit auf einem sogenannten "echten Füllauftrag" beruht, also auf einem Auftrag, der nur wegen des Annahmeverzugs angenommen und ausgeführt werden kann. Das Kriterium des anderweitigen Erwerbs ist im Rahmen von § 642 BGB eigenständig und nicht in Anlehnung an § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB auszulegen, da die der Vorschrift des § 642 BGB zugrundeliegende Interessenlage im Hinblick auf die spätere Ausführung der Leistung eine andere ist als diejenige bei der freien Kündigung (hierzu näher bereits Sienz, BauR 2014, 390, 391 ff.; vgl. ferner Drittlar, BauR 2019, 1524, 1528 f.).

58

Die Darlegungs- und Beweislast für die in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Unternehmer als Anspruchssteller, der die Tatsachen für die vom Tatrichter vorzunehmende Abwägungsentscheidung beizubringen hat (vgl. Althaus, NZBau 2018, 643, BeckOK Bauvertragsrecht/Sienz, Stand: 31. Oktober 2019, § 642 BGB Rn. 101 ff.). Darin unterscheidet sich § 642 BGB von § 649 Satz 2 BGB a.F., jetzt § 648 Satz 2 BGB (zur dortigen Beweislastverteilung siehe BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 467/99, BauR 2001, 666 = NZBau 2001, 202, juris Rn. 13 m.w.N.). Erleichterungen ergeben sich daraus, dass der Tatrichter die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO hat.

59 Auf dieser Grundlage hat der Tatrichter im Rahmen einer Abwägungsentscheidung die angemessene Entschädigung zu bestimmen. Dabei hat er einen Ermessensspielraum, der ihm die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ermöglicht.

III.

60 Danach kann die angefochtene Entscheidung nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht keine Abwägungsentscheidung nach diesen Maßstäben getroffen hat. Diese wird nachzuholen sein, wobei den Parteien zunächst Gelegenheit zum ergänzenden Vortrag zu geben ist. Die Aufhebung gibt dem

Berufungsgericht zugleich Gelegenheit, entsprechend der von der Revisions-
widerung erhobenen Rüge zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Annahme-
verzugs bezüglich des Gebäudes "Schülerweiterung" gegeben sind.

Pamp

Graßnack

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 10.07.2018 - 67 O 155/17 -

KG Berlin, Entscheidung vom 29.01.2019 - 21 U 122/18 -