



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 16/17

Verkündet am:
26. Oktober 2017
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 642

- a) § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.
- b) Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst.

BGH, Versäumnisurteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick und die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 10. Januar 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 22. Dezember 2015 wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist ein auf die Herstellung von Brandschutzsystemen spezialisiertes Unternehmen. Im Jahr 2007 plante die Beklagte den Umbau zweier Bestandsgebäude des Bundesarchivs und die Neuerrichtung eines Magazingebäudes in B. Auf die Ausschreibung der Sprinkleranlage unterbreitete die Klägerin ein Angebot, für das ihr die Beklagte den Zuschlag erteilte. Der erste Bauabschnitt des Vorhabens betraf im Wesentlichen den Magazinneubau, der

zweite Bauabschnitt den Umbau der Bestandsgebäude. In den Vertrag wurden die VOB/B (2006) und besondere Vertragsbedingungen der Beklagten einbezogen. Die besonderen Vertragsbedingungen sahen als "verbindliche Vertragsfristen" die Fertigstellung des ersten Bauabschnitts bis zum Ende der 50. Kalenderwoche 2008 und des zweiten Bauabschnitts bis zum Ende der 40. Kalenderwoche 2010 vor.

2 Die Bauarbeiten gingen wegen der Insolvenz eines Rohbauunternehmens und der verzögerten Planung durch den Architekten der Beklagten wesentlich langsamer als vorgesehen voran. Seit Februar 2012 konnte die Klägerin keine weiteren Leistungen erbringen, da der stagnierende Baufortschritt dies nicht zuließ. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie einen Leistungsstand von etwa 40 % der geschuldeten Gesamtleistungen erreicht. Mit dem zweiten Bauabschnitt hatte sie noch nicht begonnen.

3 Die Beklagte kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 27. November 2012. Die Klägerin sprach ihrerseits am 3. Dezember 2012 eine Kündigung aus. Am 17. Dezember 2012 erklärte die Beklagte die Abnahme der von der Klägerin erbrachten Leistungen.

4 Die Schlussrechnung der Klägerin vom 4. Februar 2013 wies unter anderem einen Betrag von 7.132,03 € brutto für einen Nachtrag 4 "Preiserhöhung aufgrund Bauzeitverlängerung für den Zeitraum 2011" (im Folgenden: Nachtrag 4) aus. Mit diesem Nachtrag macht die Klägerin gestiegene Lohn- und Materialkosten geltend, die ihr dadurch entstanden sein sollen, dass sie Teile des ersten Bauabschnitts erst im Jahr 2011 durchführen konnte. Auf den Gesamtbetrag der Schlussrechnung von 223.373,44 € brutto zahlte die Beklagte insgesamt 100.054,88 €. Die Differenz in Höhe von 123.318,56 € hat die Klägerin mit der Klage geltend gemacht.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 2.280,19 € nebst Zinsen stattgegeben und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, und die vollständige Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Klägerin in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 22. Januar 2015 - VII ZR 87/14, WM 2015, 531 Rn. 8; Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2017, 1204 veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Die zulässige Berufung habe nur zu einem geringen Teil Erfolg. Die Klägerin habe gegen die Beklagte angesichts eines Vergütungsanspruchs in Höhe von insgesamt 102.335,07 € brutto aus dem Bauvertrag unter Berücksichtigung

von Zahlungen in Höhe von 100.054,88 € noch einen offenen Zahlungsanspruch von 2.280,19 €.

9 Die Vergütung für erbrachte Leistungen sei entsprechend der Schlussrechnung der Klägerin mit 98.769,06 € brutto anzusetzen. Eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen stehe der Klägerin nicht zu.

10 Für die Positionen, die die Klägerin als Nachtrag 4 abrechne, stehe ihr nach § 642 BGB ein Betrag von 3.566,01 € brutto zu. Die Beklagte sei bei der Durchführung des Bauvertrags ihrer zentralen Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen, im vertraglich vorgesehenen Ausführungszeitraum der Klägerin das Grundstück so zu überlassen, dass sie ihre Leistungen habe ausführen können. Die Klägerin sei nach dem Vertrag verpflichtet gewesen, die vertraglichen Leistungen des ersten Bauabschnitts bis zum Ende der 50. Kalenderwoche 2008 abzuschließen. Damit habe es der Beklagten obliegen, jedenfalls so weit an der Vertragsdurchführung mitzuwirken, dass die Klägerin diese Frist habe einhalten können. Dazu sei die Klägerin nicht in der Lage gewesen, weil sie auf dem Baugrundstück nicht habe arbeiten können. Tatsächlich habe die Klägerin die im Nachtrag 4 zusammengestellten Leistungen des ersten Bauabschnitts noch im Jahr 2011 ausführen müssen. Diese zeitliche Verschiebung sei somit durch den Mitwirkungsverzug der Beklagten verursacht worden. Soweit der Klägerin hierdurch wirtschaftliche Nachteile entstanden seien, habe die Beklagte sie nach § 642 BGB zu entschädigen.

11 Die Verschiebung der Arbeiten des ersten Bauabschnitts vom Jahr 2008 in das Jahr 2011 habe bei der Klägerin dazu geführt, dass sie ihren Mitarbeitern aufgrund von Lohnsteigerungen höhere Löhne habe zahlen müssen. Dies habe die Klägerin unwidersprochen mit einer tabellarischen Übersicht dargelegt, wonach der Mittellohn in ihrem Betrieb von 2008 bis 2011 von 11,78 € auf 13,49 €

angestiegen sei. Soweit ihre Arbeitskräfte im Jahr 2011 entgegen den Planungen noch mit dem Abarbeiten des vorliegenden Altauftrags gebunden gewesen seien, sei ihr hierdurch ein Kostennachteil entstanden, der durch eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu kompensieren sei.

12 Eine weitere Darlegung des Bauablaufs sei zur Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB an dieser Stelle nicht erforderlich. Ein Anspruch aus § 642 BGB sei dann dargelegt, wenn nachvollzogen werden könne, wie der Vermögensnachteil, für den der Unternehmer eine Entschädigung begehre, durch den Annahmeverzug des Bestellers verursacht worden sei.

II.

13 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14 1. Die Revision der Beklagten ist vollumfänglich zulässig. Die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht umfasst hinsichtlich der noch im Streit stehenden Entschädigung gemäß § 642 BGB nicht nur die Höhe des Anspruchs, sondern auch den Grund.

15 Der Entscheidungssatz des angegriffenen Urteils enthält keine Einschränkung der Revisionszulassung. Eine derartige Beschränkung kann sich aber aus den Gründen ergeben (BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 298/14, BauR 2017, 100 Rn. 16 = NZBau 2017, 35; Urteil vom 24. März 2016 - VII ZR 201/15, BGHZ 209, 278 Rn. 12, jeweils m.w.N.). Von einer Beschränkung auf die Anspruchshöhe, die grundsätzlich möglich wäre (BGH, Urteil vom 27. September 2011 - II ZR 221/09, ZIP 2011, 2491 Rn. 18; Urteil vom 8. Dezember 1998 - VI ZR 66/98, NJW 1999, 500, juris Rn. 8, jeweils m.w.N.), ist im Streitfall nicht auszugehen. Das Berufungsgericht hat der Kläge-

rin die Differenz aus den von ihm für begründet erachteten Einzelpositionen der Schlussrechnung abzüglich der von der Beklagten geleisteten Zahlungen zugesprochen. Dieser Saldo lässt sich nicht einem tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs zuordnen, auf den die Beklagte die Revision beschränken könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2008 - XII ZR 34/08 Rn. 1). Er entspricht insbesondere nicht dem für das Revisionsverfahren noch bedeutsamen Anspruch aus dem Nachtrag 4 für verzögerungsbedingte Mehrkosten.

16 2. Die Revision der Beklagten ist auch begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 2.280,19 € zu.

17 a) Das Berufungsgericht hat zugunsten der Klägerin einen Vergütungsanspruch in Höhe von 98.769,06 € brutto für erbrachte Leistungen und in Höhe von 3.566,01 € brutto für infolge der Verzögerung des Bauvorhabens aufgewendete Lohnmehrkosten für gerechtfertigt gehalten und der Klägerin nach Abzug der Zahlungen der Beklagten in Höhe von 100.054,88 € den sich daraus ergebenden Differenzbetrag in Höhe von 2.280,19 € gemäß § 642 BGB zugesprochen.

18 Dies ist rechtsfehlerhaft. Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst (vgl. Sienz, BauR 2014, 390, 400).

19 § 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Unternehmers, wenn der Besteller eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der Besteller hierdurch in Annahmeverzug gerät. Voraussetzung ist eine

erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers bei der Herstellung des Werks. Mitwirkungshandlungen des Bestellers sind dabei in einem weiten Sinn zu verstehen und können sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung des Bestellers die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361 Rn. 18 = NZBau 2017, 596, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

20 aa) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte ihrer vertraglichen Obliegenheit, so an der Vertragsdurchführung mitzuwirken, dass die Klägerin die im Vertrag vereinbarten Fertigstellungsfristen einhalten konnte, nicht nachgekommen. Dies hatte zur Folge, dass die Klägerin die im Nachtrag 4 zusammengestellten Leistungen des ersten Bauabschnitts nicht innerhalb der vereinbarten Frist, sondern erst im Jahr 2011 ausführen konnte.

21 Es kann dahinstehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, wonach eine bauablaufbezogene Darstellung vorliegend entbehrlich war, und ob das Berufungsgericht darüber hinaus hinreichende Feststellungen zu den weiteren Voraussetzungen des § 642 BGB getroffen hat. Neben der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Mitwirkungshandlung des Bestellers ist erforderlich, dass der Unternehmer zur Leistung bereit und imstande ist (§ 297 BGB), seine Leistung wie geschuldet dem Besteller angeboten (§§ 294 - 296 BGB) und, sofern die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben, ordnungsgemäß die Behinderung, wenn diese nicht offenkundig ist, nach § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 440/01, BauR 2003, 531, 532, juris Rn. 13 = NZBau 2003, 325; Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, 40 f., juris Rn. 28). Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts umfasst der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht die Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Mate-

rialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung.

22 bb) In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der baurechtlichen Literatur ist allerdings umstritten, ob der Anspruch aus § 642 BGB auch Lohnmehrkosten des Unternehmers umfasst, die ihm infolge des Annahmeverzugs des Bestellers und die hierdurch bedingte Verzögerung bei der Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung nach Beendigung des Annahmeverzugs entstehen.

23 Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass infolge des Annahmeverzugs des Bestellers eintretende Kostensteigerungen bei Löhnen und Material vom Anspruch aus § 642 BGB erfasst werden (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1983, 473, 475; Kapellmann/Messerschmidt/Markus, VOB Teile A und B, 5. Aufl., § 6 VOB/B Rn. 91; Glöckner/v. Berg/Lubojanski, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl., § 642 BGB Rn. 56; Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 8. Teil Rn. 38; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 3. Aufl., 2. Teil Rn. 779-781, 786; Wilhelm/Götze, NZBau 2010, 721, 725; Büchner in Festschrift für Quack, 2009, S. 13, 15 ff.; Schilder, BauR 2007, 450, 453).

24 Nach einer anderen, ebenfalls vielfach vertretenen Auffassung kann der Unternehmer nach § 642 BGB für gestiegene Lohn- oder Materialkosten keine Entschädigung beanspruchen (vgl. OLG Jena, NZBau 2006, 510, 513, juris Rn. 59 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2004, 818, 819, juris Rn. 14; BeckOK BGB/Voit, Stand: 1. Februar 2017, § 642 Rn. 14; Ingenstau/Korbion/Döring, VOB Teile A und B, 20. Aufl., § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 63; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Berger, 3. Aufl., § 6 Abs. 6 Rn. 123; Vygen/Joussen in Vygen/Joussen/Lang/Rasch, Bauverzögerung und Leis-

tungsänderung, 7. Aufl., Rn. 851; Sonntag, NZBau 2017, 525, 526 f.; Althaus, NZBau 2015, 67, 71; Hartwig, BauR 2014, 1055, 1062; Sienz, BauR 2014, 390, 400; Leupertz, BauR 2014, 381, 389; Glöckner, BauR 2014, 368, 376; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1814 f.; Boldt, BauR 2006, 185, 195 f.).

25 Die zuletzt genannte Ansicht ist zutreffend. Aus dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der historischen Auslegung von § 642 BGB folgt, dass der Unternehmer vom Besteller nach § 642 BGB keinen Ausgleich für gestiegene Lohn- und Materialkosten verlangen kann, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen.

26 (1) Der Wortlaut des § 642 BGB spricht dafür, den Anspruch auf angemessene Entschädigung auf die Dauer des Annahmeverzugs zu begrenzen und gestiegene Lohn- und Materialkosten des Unternehmers nicht zu erfassen, die diesem infolge des Annahmeverzugs des Bestellers und der hierdurch bedingten Verzögerung der Leistungserbringung entstehen.

27 Der Begriff "angemessene Entschädigung" in § 642 Abs. 1 BGB macht deutlich, dass es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB nicht um einen umfassenden Schadensersatzanspruch handelt, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Schadensersatz nicht anwendbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118 Rn. 11; in diesem Sinne auch: Althaus, NZBau 2015, 67, 71; Hartwig, BauR 2014, 1055, 1063; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1807; Boldt, BauR 2006, 185, 193 ff.).

28 Zeitliches Kriterium für die Berechnung der Entschädigungshöhe ist nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB nur die Dauer des Verzugs, nicht jedoch dessen Auswirkung auf den weiteren Bauablauf (vgl. Sonntag, NZBau 2017, 525, 526; Althaus, NZBau 2015, 67, 71; Hartwig, BauR 2014, 1055, 1062;

Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1811). Dieser Umstand bildet ein gewichtiges Indiz dafür, dass eine Entschädigung nach § 642 BGB auch nur für die Dauer des Annahmeverzugs beansprucht werden kann. Dies bedeutet, dass die angemessene Entschädigung nach § 642 BGB für die Wartezeiten des Unternehmers gezahlt werden und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital darstellen soll (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 642 Rn. 25; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 642 Rn. 5, 16; Vygen/Joussen in Vygen/Joussen/Lang/Rasch, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 7. Aufl., Rn. 851; Krebs/Thiemann, ZfBR 2016, 325, 328 f.; OLG Jena, NZBau 2006, 510, 513, juris Rn. 59; OLG Köln, NJW-RR 2004, 818, 819, juris Rn. 14). Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Unternehmers - etwa aufgrund von Lohn- oder Materialkostensteigerungen - verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, sind danach nicht Gegenstand der nach § 642 BGB vom Unternehmer zu beanspruchenden Entschädigung.

29 (2) Die systematische Auslegung bestätigt ebenfalls die Annahme, dass infolge des Annahmeverzugs und der dadurch bewirkten Verzögerung der Leistungserbringung aufzuwendende höhere Lohn- und Materialkosten nicht von § 642 BGB erfasst sind.

30 § 642 BGB ergänzt die Gefahrtragungsregeln 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 gestört wird, ohne dass eine der Parteien hieran ein Verschulden trifft (Sonntag, NZBau 2017, 525, 527; Sienz, BauR 2014, 390, 391; Leupertz, BauR 2014, 381, 385). Während 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, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann, wird ihm nach § 642 BGB ein Entschädigungsanspruch für die während des Annahmeverzugs des Bestellers nicht geleistete Arbeit verschafft (vgl. Glöckner, BauR 2014, 368, 373). Diese Entschädigung umfasst nicht sämtliche dem Unternehmer infolge des Annahmeverzugs des Bestellers entstehenden Nachteile. Dies ergibt sich mittelbar daraus, dass dem Unternehmer nach § 643 BGB für den Fall, dass der Besteller die ihm obliegende Mitwirkungshandlung binnen einer ihm gesetzten Frist nicht nachholt, ein Kündigungsrecht zusteht. Diese Regelung wäre entbehrlich, wenn der Unternehmer ohnehin nach § 642 BGB eine nahezu vollständige Entschädigung für die infolge des Annahmeverzugs des Bestellers entstandenen Mehrkosten erhalten sollte (vgl. Sienz, BauR 2014, 390, 391).

31 Anders als § 304 BGB, der dem Schuldner, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, einen Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen gewährt, die dieser für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste, wird in § 642 BGB ein Entschädigungsanspruch geregelt, mit dem der Nachteil des Unternehmers ausgeglichen werden soll, dass er sich infolge der fehlenden Mitwirkung des Bestellers während der Dauer des dadurch eintretenden Annahmeverzugs weiter leistungsbereit halten muss. Mit dem Anspruch nach § 642 BGB wird demnach ein anderes Interesse des Unternehmers abgedeckt als mit der Vorschrift des § 304 BGB, nach der lediglich bestimmte infolge des Annahmeverzugs des Gläubigers mit der Leistung anfallende Mehrkosten erstattungsfähig sind. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungsbereiche kann daher nicht angenommen werden, dass dem Unternehmer nach § 642 BGB die von § 304 BGB nicht umfassten Mehrkosten auszugleichen sind, die durch den Annahmeverzug des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm

obliegenden Mitwirkungshandlung verursacht werden (vgl. Hartwig, BauR 2014, 1055, 1058 ff.).

32 (3) Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB.

33 Nach seiner ratio legis will § 642 BGB dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewähren, 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 (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118 Rn. 11; Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 179/87, BauR 1988, 739, 740, juris Rn. 21). Anders als der Schuldnerverzug setzt der im Rahmen des § 642 BGB relevante Annahmeverzug des Bestellers kein Verschulden voraus, auch wenn es in der Regel um Ereignisse geht, die der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind. Damit besteht im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch auch keine Rechtfertigung, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen, der ihm aus dem Annahmeverzug des Bestellers entsteht (Sonntag, NZBau 2017, 525, 527; Sienz, BauR 2014, 390, 391).

34 Es stellt sich auch nicht als unbillig dar, dem Unternehmer nach § 642 BGB keinen Ersatz für solche Lohn- und Materialkostensteigerungen zu gewähren, die infolge des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung und der hierdurch bedingten Verzögerung der Leistungserbringung entstehen. Der Unternehmer kann, wenn die Mitwirkungsverpflichtung des Bestellers als selbständige Nebenpflicht auszulegen ist, die ihm entstehenden Mehrkosten nach §§ 280, 286 BGB ersetzt verlangen (vgl. Leupertz, BauR 2014, 381, 387; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1812). Liegen die Voraussetzungen für einen solchen Schadensersatzanspruch nicht vor, kann der Unternehmer, wenn ihm das Festhalten am unveränderten

Vertrag nicht zumutbar ist, verlangen, dass die Vergütung nach § 313 BGB angepasst wird. Darüber hinaus steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, eine Lohn- und Stoffpreisgleitklausel in den Vertrag aufzunehmen, um das Risiko von Lohn- und Materialkostensteigerungen auf den Besteller zu verlagern. Der Unternehmer kann im Übrigen den Vertrag gemäß § 643 BGB wegen des Annahmeverzugs des Bestellers kündigen und damit die sich aus einer erwarteten Lohn- oder Materialpreissteigerung ergebenden Nachteile vermeiden (Sienz, BauR 2014, 390, 401).

35 (4) Schließlich führt auch die historische Auslegung zu keinem anderen Ergebnis.

36 Den Gesetzesmaterialien 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). Der durch die Unterlassung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung des Bestellers begründete Annahmeverzug wird dabei als vorübergehendes Unvermögen des Bestellers betrachtet (vgl. Motive II, aaO), für das dem Unternehmer eine Entschädigung zuzugestehen ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Besteller dem Unternehmer darüber hinaus die infolge des Annahmeverzugs und der dadurch bewirkten Verzögerung der Leistungserbringung entstehenden Mehrkosten erstatten müsse, finden sich in den Gesetzesmaterialien dagegen nicht.

- 37 b) Der Klägerin steht der vom Berufungsgericht zugesprochene Betrag in Höhe von 2.280,19 € nicht unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu.
- 38 aa) Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B (2006) oder gemäß § 280 Abs. 1, § 286 BGB, der auch Lohn- und Materialpreissteigerungen als Schadensposten erfasste, besteht nicht, weil es nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen an einer Pflichtverletzung der Beklagten fehlt. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin.
- 39 bb) Die Klägerin kann den Ersatz der durch die Bauverzögerung verursachten Lohnmehrkosten zudem nicht nach § 304 BGB erstattet verlangen. Der Anspruch aus § 304 BGB wird durch § 642 BGB zwar nicht verdrängt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, 39 f., juris Rn. 26; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 642 Rn. 5; Hartwig, BauR 2014, 1055, 1058 ff.; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804, 1814). § 304 BGB gewährt jedoch lediglich den Ersatz von Mehraufwendungen, die für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes entstehen. Hierzu gehören nicht Lohnmehrkosten, die der Unternehmer aufwenden muss, weil sich die Ausführung seiner Leistung aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung verzögert (vgl. Leupertz, BauR 2014, 381, 388).
- 40 cc) Ein Anspruch auf Erstattung der mit dem Nachtrag 4 abgerechneten Lohnmehrkosten ergibt sich mangels Anordnung der Beklagten auch nicht aus § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006). Allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrags wegen der Verzögerung der Bauausführung vorlag, kann nicht als Anordnung gewertet werden und daher nicht zu Ansprüchen nach § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) führen (vgl. zu witterungsbedingten Behinderungen BGH,

Urteil vom 20. April 2017 - VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361 Rn. 16 = NZBau 2017, 596, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

41 dd) Ein Anspruch der Klägerin auf Entschädigung für die gestiegenen Lohnkosten auf Grundlage einer ergänzenden Vertragsauslegung oder unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht.

42 Dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag kann unter Berücksichtigung der einbezogenen Regelungen der besonderen Vertragsbedingungen und der VOB/B sowie der beiderseitigen Interessenlage und der Umstände nicht entnommen werden, dass die Parteien zur Verwirklichung des ihm zugrunde liegenden Regelungsplans eine ergänzende Vertragsbestimmung dahin getroffen hätten, wonach der Klägerin bei einer von der Beklagten nicht zu vertretenden Behinderung der Bauausführung durch Verletzung einer bloßen Mitwirkungsobliegenheit ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der hierdurch entstehenden Mehrkosten eingeräumt worden wäre.

43 Im Übrigen ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass die im vorliegenden Fall eingetretene zeitliche Verzögerung der Bauausführung eine so schwerwiegende Änderung der zur Grundlage des Vertrags gewordenen Umstände im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB darstellt, dass der Klägerin das Festhalten am Vertrag ohne eine entsprechende Anpassung der vereinbarten Vergütung nicht zugemutet werden kann.

44 3. Die vom Berufungsgericht ausführlich erörterte Problematik, ob bei der Ermittlung der Höhe des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB im Hinblick auf einen in der vertraglich vereinbarten Vergütung des Unternehmers enthaltenen Gewinnanteil und einen Beitrag zur Deckung der Allgemeinen

Geschäftskosten entsprechende Zuschläge vorzunehmen sind, ist nicht entscheidungserheblich.

45 Soweit sich das Berufungsgericht ausdrücklich in Widerspruch zu einer früheren Entscheidung des Senats setzt, in der ausgeführt wird, der Anspruch aus § 642 BGB umfasse nicht "entgangenen Gewinn und Wagnis" (Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, 39 f., juris Rn. 26; vgl. kritisch auch: Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 8. Teil Rn. 38 f.; BeckOGK/Kögl, BGB, Stand: 1. Februar 2017, § 642 Rn. 61; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 3. Aufl., 2. Teil Rn. 785; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Berger, 3. Aufl., § 6 Abs. 6 Rn. 124), besteht Veranlassung zu der Klarstellung, 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. Gerade bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe ist dabei eine Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO möglich (vgl. Ingenstau/Korbion/Döring, VOB Teile A und B, 20. Aufl., § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 65; Althaus, NZBau 2015, 67, 69 f.; Glöckner, BauR 2014, 368, 375 f.). Hiervon zu unterscheiden ist der nicht vom Anspruch gemäß § 642 BGB umfasste anderweitig "entgangene Gewinn", der nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs erstattet verlangt werden kann, § 252 BGB.

46 4. Das Berufungsurteil kann danach, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten entschieden hat, keinen Bestand haben und ist insoweit aufzuheben. Der Senat hat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. Dies führt zur vollständigen Zurückweisung der Berufung der Klägerin und zur Wiederherstellung der klageabweisenden Entscheidung des Landgerichts. Da der Klägerin nach den

vorstehenden Ausführungen ein Anspruch auf Zahlung von 3.566,01 € brutto für verzögerungsbedingt gestiegene Lohnkosten nicht zusteht, verbleibt zu ihren Gunsten unter Berücksichtigung der Zahlungen der Beklagten aus der Schlussrechnung kein positiver Saldo, so dass die Klage insgesamt abzuweisen ist.

III.

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen das hiermit zugestellte Versäumnisurteil des Bundesgerichtshofes kann die säumige Partei binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe, Herrenstraße 45a, **E i n s p r u c h** einlegen. Der Einspruch muss von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt durch Einreichung einer Einspruchsschrift eingelegt werden.

Die Einspruchsschrift muss enthalten:

1. die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird;
2. die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde.

Soll das Urteil nur zum Teil angefochten werden, so ist der Umfang der Anfechtung zu bezeichnen.

Eick

Graßnack

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 22.12.2015 - 3 O 460/13 -

KG Berlin, Entscheidung vom 10.01.2017 - 21 U 14/16 -