

KG

Urteil

vom 10.01.2017

21 U 14/16

BGB §§ 307, 642; VOB/B § 6 Abs. 7

1. Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Diese Bestimmung ist somit auch dann wirksam, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in einen Bauvertrag einbezogen sind.)*

2. Einem Unternehmer steht eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu, wenn ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein Vermögensnachteil entstanden ist. Hat der Unternehmer dies dargelegt, ist eine weitergehende "bauablaufbezogene Darstellung" der Bauarbeiten zur Anspruchs begründung nicht erforderlich.)*

3. Bemessungsgrundlage der Entschädigung nach § 642 BGB sind die dem Unternehmer entstandenen verzögerungsbedingten Mehrkosten. Diese Kosten sind um einen Deckungsbeitrag für die Allgemeinen Geschäftskosten und einen Gewinnanteil zu erhöhen, soweit solche Zuschläge in der vereinbarten Vergütung enthalten waren (Abweichung von BGH, Urteil vom 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32 = IBRRS 2000, 0800).*)

4. Die für die Ermittlung der Entschädigung maßgeblichen Preisbestandteile sind gemäß § 642 Abs. 2 BGB anhand der vereinbarten Vergütung zu ermitteln. Ausgangspunkt kann eine vom Unternehmer vorgelegte Kalkulation sein. Soweit diese nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht - insbesondere weil sie in der Vergütung enthaltene Deckungsbeiträge und Gewinnanteile ausweist, die in Anbetracht des tatsächlichen Aufwands der Vertragsdurchführung nicht realistisch sind - ist sie in einem Rechtsstreit entsprechend zu korrigieren. Für die insoweit erforderlichen Feststellungen des Gerichts gilt § 287 Abs. 1 ZPO.)*

KG, Urteil vom 10.01.2017 - 21 U 14/16 (nicht rechtskräftig; Rev: VII ZR 16/17)

vorhergehend:

LG Berlin, 22.12.2015 - 3 O 460/13

In dem Rechtsstreit

....

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 11.10.2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Retzlaff als Einzelrichter

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts vom 22. Dezember 2015 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.280,19 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13. März 2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Klägerin hat die Kosten der ersten und zweiten Instanz dieses Rechtsstreits zu tragen.

4. Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist ein Unternehmen, das auf die Herstellung von Brandschutzsystemen spezialisiert ist.

Im Jahr 2007 plante die Beklagte den Umbau zweier Bestandsgebäude des Bundesarchivs und die Neuerrichtung eines Magazingebäudes. Auf die Ausschreibung der Sprinkleranlage unterbreitete die Klägerin ein Angebot, für das ihr die Beklagte mit Schreiben vom 23. November 2007 bei einer Vergütung von insgesamt 309.296,39 Euro den Zuschlag erteilte. Im ersten Bauabschnitt des Vorhabens sollte im Wesentlichen der Magazinneubau errichtet, im zweiten die Bestandsgebäude 903 und 906 umgebaut werden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Leistungsbeschreibung verwiesen (Anlage B 2). In den Vertrag wurden die VOB/B und besondere Vertragsbedingungen der Beklagten einbezogen. Die besonderen Vertragsbedingungen sehen als "verbindliche Vertragsfristen" vor, dass der erste Bauabschnitt bis zum Ende der 50. KW 2008, der zweite Bauabschnitt bis zum Ende der 40. KW 2010 fertigzustellen sind. Die weiteren Einzelheiten des Vertrages ergeben sich aus der Anlage K 1.

Die Bauarbeiten gingen wesentlich langsamer voran als von der Beklagten vorgesehen. Ursache waren die Insolvenz eines Rohbauunternehmens und die verzögerte Planung durch den Architekten der Beklagten. Die Klägerin arbeitete bis zum Februar 2012 auf der Baustelle und hatte zu diesem Zeitpunkt einen Leistungsstand von etwa 40 % der Gesamtleistungen erreicht, mit dem 2. Bauabschnitt hatte sie noch nicht begonnen. Seit Februar 2012 konnte die Klägerin keine weiteren Leistungen erbringen, da der langsame bzw. stagnierende Baufortschritt dies nicht zuließ.

Mit Schreiben vom 24. September 2012 forderte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte auf, der Klägerin das Grundstück bis zum 31. Oktober 2012 so bereitzustellen, dass sie die vertraglichen Leistungen fertigstellen könne. Andernfalls drohte sie die Kündigung des Vertrages an (Anlage K 2).

Am 29. Oktober 2012 wies die Beklagte darauf hin, dass die Bauarbeiten nicht vor dem 4. Quartal 2014 wieder aufgenommen werden könnten (Anlage K 3).

Hierauf verlängerte der Klägervertreter am 2. November 2011 unter erneuter Kündigungsandrohung die Frist für die Bereitstellung des Grundstücks bis zum 30. November 2012 (Anlage K 4).

Darauf erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 27. November 2012 die Kündigung des Vertrages gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B (Anlage K 5).

Am 3. Dezember 2012 erklärte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in ihrem Namen die Kündigung des Vertrages (Anlage K 6).

Am 17. Dezember 2012 nahm die Beklagte die von der Klägerin erbrachten Leistungen ab (Anlage K 7).

Unter dem 4. Februar 2013 legte die Klägerin ihre Schlussrechnung für das Bauvorhaben. Diese sah eine Vergütung von 88.992,51 Euro (netto) für erbrachte Leistungen (im Folgenden: "Vergütung EL") vor.

Ein Teilbetrag von 5.993,30 Euro (netto) hiervon entfällt auf einen "Nachtrag 4: Preiserhöhung aufgrund Bauzeitverlängerung für den Zeitraum 2011" (im Folgenden: "Nachtrag 4"). Mit diesem Nachtrag macht die Klägerin eine Mehrvergütung für Mehrkosten geltend, die ihr dadurch entstanden sein sollen, dass sie Teile des ersten Bauabschnitts erst im Jahr 2011 durchführen konnte.

Sodann bringt die Klägerin die Vergütung ihrer nicht erbrachten Leistungen mit 176.081,94 Euro (netto) in Ansatz (Teil 2 der Schlussrechnung), von der sie sich ersparte Aufwendungen von 77.365,68 Euro (netto, Teil 3 der Schlussrechnung) abziehen lässt. Als Saldo der nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ersparten Aufwendungen errechnet sich somit ein Betrag von 98.716,26 Euro (netto, im Folgenden: "Vergütung NEL").

Den Gesamtbetrag der Schlussrechnung von 187.708,77 Euro (netto) belegt die Klägerin vollständig mit 19 % Umsatzsteuer, sodass sich eine Gesamtvergütung von 223.373,44 Euro ergibt.

Die Beklagte hat insgesamt 100.054,88 Euro an die Klägerin gezahlt, sodass auf Grundlage ihrer Berechnung ein offener Werklohn von 123.318,56 Euro verbleibt:

Vergütung EL ohne Nachtrag 4 netto 82.999,31 Euro
Nachtrag 4 netto 5.993,30 Euro
Vergütung NEL (Saldo) netto 98.716,26 Euro
Vergütung netto gesamt netto 187.708,77 Euro
Mehrwertsteuer 19 % 35.664,67 Euro
Vergütung brutto gesamt brutto 223.373,44 Euro
abzüglich Zahlungen brutto 100.054,88 Euro
Vergütung offen brutto 123.318,56 Euro

Die Klägerin ist der Ansicht, ihr stehe aufgrund der Kündigung der Beklagten ein Vergütungsanspruch aus § 649 BGB zu. Die Beklagte habe den Vertrag nicht wirksam gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B gekündigt. Da die VOB/B nicht als Ganzes und unverändert in den Vertrag einbezogen worden seien, sei die Regelung des § 6 Abs. 7 VOB/B an § 307 BGB zu messen. Dabei erweise sie sich als unwirksam. Außerdem sei der Klägerin eine Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B nicht zumutbar, bzw. sei der Beklagten die Fortführung des Vertrages zumutbar, weil der Stillstand der Bauarbeiten nicht durch die Klägerin veranlasst sei.

Weil sich die Ausführung der Arbeiten bis in das Jahr 2011 hinzogen, seien ihr höhere Lohn- und Materialkosten entstanden, die sie mit dem Nachtrag 4 abrechne und die die Beklagte ebenfalls zu ersetzen habe. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Anlage K 10 verwiesen.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 123.319,56 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13. März 2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, den Vertrag wirksam gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B gekündigt zu haben. Außerdem habe die Klägerin eine etwaige Vergütung gemäß § 649 BGB, insbesondere ihre ersparten Aufwendungen nicht ausreichend dargelegt. Ferner sei nicht nachvollziehbar, dass der Klägerin die mit dem Nachtrag 4 geltend gemachten Mehrkosten aufgrund der zeitlichen Verschiebung der Bauarbeiten entstanden seien.

Das Landgericht Berlin hat die Klage mit Urteil vom 22. Dezember 2015 abgewiesen. Wegen der Begründung des Landgerichts und der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die Entscheidung verwiesen.

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung gegen dieses Urteil. Zur Begründung vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen und beantragt,

das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, an sie 123.318,56 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13. März 2013 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Berufung hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus dem Bauvertrag Sprinkleranlage Bundesarchiv einen offenen Zahlungsanspruch von 2.280,19 Euro nebst Zinsen. Darüber hinaus steht ihr der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Nach dieser Maßgabe ist das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Berufung im Übrigen zurückzuweisen.

Der offene Vergütungsanspruch der Klägerin ermittelt sich richtigerweise wie folgt:

Vergütung EL ohne Nachtrag 4 netto 82.999,21 Euro
Nachtrag 4 netto 2.996,65 Euro
Vergütung NEL (Saldo) netto 0 Euro
Vergütung netto gesamt netto 85.995,86 Euro
Mehrwertsteuer 19 % 16.339,21 Euro
Vergütung brutto gesamt brutto 102.335,07 Euro
abzüglich Zahlungen brutto 100.054,88 Euro
Vergütung offen brutto 2.280,19 Euro

Hinsichtlich der einzelnen Beträge gilt Folgendes:

1. Die Vergütung EL ist mit 82.999,21 Euro anzusetzen, also dem Betrag, der sich aus der Schlussrechnung der Klägerin ergibt. Hierauf nimmt die Klägerin zur Begründung ihrer Klage Bezug. Sie bringt nicht zum Ausdruck, sich die Korrekturen zu eigen machen zu wollen, die die Beklagte in diesem Abschnitt der Rechnung teilweise zugunsten der Klägerin vorgenommen hat (vgl. Anlage K 9).

2. Die Vergütung NEL ist in der Schlussrechnung mit 0 anzusetzen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung derjenigen Positionen, die sie in Teil 2 und 3 ihrer Schlussrechnung abrechnet. An dieser Stelle macht die Klägerin die volle Vergütung für diejenigen Leistungen geltend, die sie auf dem Bauvorhaben nicht mehr erbracht hat (Teil 2 der Schlussrechnung) abzüglich der Aufwendungen, die sie durch den Wegfall erspart habe (Teil 3 der Schlussrechnung). Der Saldo beläuft sich auf 98.716,26 Euro (netto). Dieser Betrag steht der Klägerin auch nicht teilweise aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

a) Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Vergütung NEL aus § 649 BGB.

Nach § 649 BGB steht dem Unternehmer nach der Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller die gesamte Vergütung zu, auch soweit sie auf Leistungen entfällt, die der Unternehmer infolge der Kündigung nicht mehr ausführen musste. Allerdings muss sich der Unternehmer ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb anrechnen lassen (§ 649 S. 2 BGB).

Die Kündigungsvergütung nach § 649 S. 2 BGB würde also die Beträge umfassen, die die Klägerin mit Teil 2 und 3 der Schlussrechnung geltend macht. Allerdings besteht dieser Anspruch nur, wenn die Beklagte den Bauvertrag tatsächlich gemäß § 649 BGB gekündigt hat. Eine dahingehende Erklärung hat die Beklagte nicht abgegeben. Vielmehr hat sie in ihrem Schreiben vom 27. November 2012 erklärt, den Vertrag gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B kündigen zu wollen. Zwar kommt es grundsätzlich in Betracht, eine Kündigung, die auf einen bestimmten Tatbestand gestützt wird (z.B. § 6 Abs. 7 VOB/B), als Kündigung gemäß § 649 BGB auszulegen bzw. dahin umzudeuten. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des genannten Kündigungstatbestands nicht erfüllt sind, und ausgehend vom tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen der kündigenden Vertragspartei anstelle des ausdrücklich genannten Tatbestands hilfsweise eine Kündigung gemäß § 649 BGB gewollt ist.

Im vorliegenden Fall stellt sich diese Frage aber nicht. Denn die auf § 6 Abs. 7 VOB/B gestützte Kündigung der Beklagten ist als solche wirksam.

aa) Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B ist wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

(1) Die Parteien haben die Geltung der VOB/B für den streitgegenständlichen Bauvertrag vereinbart. Zwar konnte das Gericht keinen eindeutigen dahingehenden Passus in den vorliegenden Vertragsunterlagen (Anlage K 1 und Anlage B 2) finden, dort wird allenfalls auf einzelne Bestimmungen der VOB/B Bezug genommen (vgl. insb. die "besonderen" und die "zusätzlichen" Vertragsbedingungen), der hier interessierende § 6 VOB/B wird dabei nicht genannt. Allerdings gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Geltung der VOB/B für ihren Vertrag vereinbart sei. Auch das Landgericht hat dies im Tatbestand seines Urteils so festgestellt, ohne dass die Parteien widersprochen hätten (Urteil des Landgerichts, S. 2). Damit gelten die VOB/B jedenfalls deshalb für den Vertrag, weil die Parteien dies im Prozess übereinstimmend so annehmen (vgl. BGH, Urteil vom 14.3.2013, VII ZR 142/12, BGHZ 197, 52, Rz 14).

(2) Der mit den VOB/B in den Vertrag einbezogene Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B ist nicht gemäß § 306 Abs. 1 BGB nichtig. Dazu müsste die Klägerin durch diesen Kündigungstatbestand unangemessen benachteiligt werden (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB). Das ist nicht der Fall.

(a) Allerdings ist § 6 Abs. 7 VOB/B an den Vorgaben des § 307 BGB zu messen. Die AGB-Kontrolle einzelner Bestimmungen der VOB/B entfällt nur, wenn die Parteien sie als Ganzes vereinbart haben, ohne einzelne Bestimmungen dabei geändert zu haben (§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB; vgl. BGH Urteil vom 22.1.2004, VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 15.4.2004, VII ZR 129/02; Urteil vom 10.5.2007, VII ZR 226/05). Dabei entfällt die Privilegierung gemäß § 310

Abs. 1 S. 3 BGB bereits bei geringen inhaltlichen Abweichungen vom Text der VOB/B (vgl. BGH a.a.O.).

So verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Beklagte weicht in ihren zusätzlichen Vertragsbedingungen von der VOB/B ab. Ziff. 14 sieht in Modifikation zu § 12 VOB/B eine zwingende förmliche Abnahme vor, Ziff. 23.3. anders als § 17 Abs. 4 bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft den Verzicht auf die Einreden des § 770 BGB.

(b) Allerdings hält § 6 Abs. 7 VOB/B der AGB-Kontrolle stand. Diese Regelung verschlechtert zwar die Rechtsposition des Werkunternehmers gegenüber der Rechtslage, wie sie sich ohne ihre Geltung aus dem BGB ergibt. Diese Modifikation ist aber nicht so gravierend, dass sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren wäre (§ 307 Abs. 2 BGB), bzw. dass der Werkunternehmer hierdurch unangemessen benachteiligt würde (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB).

(aa) § 6 Abs. 7 VOB/B ermöglicht dem Auftraggeber die Kündigung des Bauvertrags, wenn die Bauarbeiten länger als drei Monate unterbrochen sind. Wenn diese Unterbrechung nicht durch den gekündigten Unternehmer selbst verursacht worden ist, geht sie typischerweise auf den Annahmeverzug des Bestellers zurück. Es obliegt dem Besteller, dem Unternehmer das Baugrundstück so zur Verfügung zu stellen, dass dieser dort die beauftragten Bauleistungen erbringen kann. Kann dieser aufgrund einer Störung des Bauablaufs und einer dadurch bedingten Unterbrechung nicht arbeiten, nimmt der Besteller die Leistungen des Unternehmers folglich nicht gemäß § 293 BGB an.

Hat der Unternehmer für die Baustelle seine Produktionsmittel bereitgehalten und kann er mit ihnen aufgrund des Annahmeverzugs nun keine Vergütung verdienen, sodass diese brachliegen, steht ihm für diese Nachteile ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB zu, der neben die vertraglich vereinbarte Vergütung tritt (BGH, Urteil vom 24.1.2008, VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118).

Davon zu unterscheiden ist die Vergütung der Leistungen, die der Unternehmer aufgrund des Stillstands der Bauarbeiten jetzt nicht erbringen kann. Insoweit hat der Unternehmer, lässt man die Regelung des § 6 Abs. 7 VOB/B außer Acht, nach dem BGB die folgenden Möglichkeiten:

1. Der Unternehmer kann abwarten, bis die Störung behoben ist und dann seine Arbeiten fortsetzen. Er verdient dann die volle vereinbarte Vergütung, allerdings zeitlich verzögert.

2. Der Unternehmer kann dem Besteller eine Frist zur Beseitigung des Annahmeverzugs setzen und dann den Vertrag kündigen bzw. "aufheben" (§§ 643, 642 BGB). Danach hat er Anspruch auf die Vergütung der erbrachten Leistungen (§ 645 Abs. 1 BGB), auf Erstattung darin nicht enthaltener Auslagen (§ 645 Abs. 1 BGB) sowie auf Schadensersatz, insbesondere in Höhe des entgangenen Gewinns (§ 645 Abs. 2, 280 BGB).

3. Schließlich kann der Unternehmer den Besteller auf Zahlung der gesamten Vergütung in Anspruch nehmen, schon bevor die Arbeiten fortgesetzt werden. Dass er die Werkleistung aufgrund der Unterbrechung der Arbeiten noch nicht vollständig erbringen konnte und die Vergütung deshalb noch nicht fällig ist (§ 641 Abs. 1 BGB), ist unschädlich, da sich der Besteller in Annahmeverzug befindet (§ 322 Abs. 2 BGB, vgl. BGH Urteil vom 13.12.2001, VII ZR 27/00, BGHZ 149, 289). Zwar ist der Besteller nur zur Zahlung nach Empfang der Gegenleistung verpflichtet (§ 322 Abs. 2 BGB). Wenn der Unternehmer aber zugleich den Annahmeverzug des Bestellers feststellen lässt, kann er aufgrund des Urteils schon die vollständige Vergütung beim Besteller vollstrecken, ohne seine Leistung erbracht zu haben (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB). Der Unternehmer hat im Annahmeverzug des Bestellers somit die Möglichkeit, das Vorleistungsverhältnis des Werkvertrags faktisch umzukehren. Der Besteller wird diese Rechtsfolge regelmäßig fürchten und wird daher, spätestens bevor er gemäß § 322 Abs. 2 BGB zur Zahlung verurteilt wird, den Vertrag kündigen. In Ermangelung eines besonderen

Tatbestands handelt es sich hierbei um eine freie Kündigung nach § 649 BGB, sodass dem Unternehmer auch danach die Vergütung seiner nicht erbrachten Leistungen erhalten bleibt. Allerdings muss er sich nun seine ersparten Aufwendungen abziehen lassen, wofür er auf der anderen Seite aber nicht mehr zur Erbringung seiner Leistungen verpflichtet ist - die Abwicklung des nicht vollständig durchgeführten Vertrages wechselt durch diese Bestellerkündigung von der "Austauschlösung" zur "Abzugslösung" (vgl. Retzlaff, BauR 2016, 739 f).

Diese Rechtslage lässt sich wie folgt zusammenfassen: Gerät der Besteller in Annahmeverzug, so behält der Unternehmer seinen Anspruch auf den Gewinn aus den noch nicht erbrachten Leistungen, sofern er den Vertrag nicht selbst gemäß § 643 BGB kündigt (Ziff. 2). Dieser volle Vergütungsanspruch ergibt sich aus § 631 Abs. 1 BGB (Ziff. 1), §§ 631 Abs. 1, 322 Abs. 2 BGB (Ziff. 3) oder aus § 649 S. 2 BGB (Ziff. 3) und ist somit verschuldensunabhängig. Entsteht ein Streit um die Höhe des Gewinns, trägt trotz der Erstdarlegungslast des Unternehmers hierfür der Besteller die Beweislast, indem er die Höhe der ersparten Aufwendungen als des entscheidenden Abzugspostens nachweisen muss (BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362; Urteil vom 5.3.1992, X ZR 133/90; Urteil vom 24.4.1986, VII ZR 139/84).

(bb) Unter der Geltung von § 6 Abs. 7 VOB/B stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Nach dieser Norm können beide Vertragsparteien den Vertrag kündigen, wenn der Annahmeverzug des Bestellers zu einer Unterbrechung der Bauarbeiten (und nicht nur zu ihrer Verlangsamung) führt und diese länger als drei Monate dauert. Dem Unternehmer stehen danach die folgenden Ansprüche zu:

- * Vergütung seiner erbrachten Leistungen (§ 6 Abs. 5 VOB/B),
- * Erstattung darin nicht enthaltener Auslagen (§ 6 Abs. 5 VOB/B) sowie
- * Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B).

Die Rechtslage nach einer Kündigung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B ist somit die gleiche wie nach der Kündigung durch den Unternehmer gemäß §§ 642, 643 BGB bzw. nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B, wobei zu beachten ist, dass der verschuldensabhängige Schadensersatzanspruch für entgangenen Gewinn im Anwendungsbereich von § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Bestellers gegeben ist.

(cc) Durch eine Kündigung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B verschlechtert sich die Rechtsposition des Unternehmers somit in dreifacher Hinsicht gegenüber der Rechtslage nach dem BGB:

1. Dem Unternehmer wird sein verschuldensunabhängiger Anspruch (bei Vorgehensweise gemäß oben (aa) Ziff. 1 oder 3 unter) auf den Gewinn aus den nicht erbrachten Leistungen genommen, er kann den entgangenen Gewinn nur noch über einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch geltend machen.
2. Im Rahmen eines solchen Schadensersatzanspruchs fällt dem Unternehmer die Beweislast für die Höhe des entgangenen Gewinns zu, während ihn bei dem Anspruch nach § 649 BGB insoweit nur die Erstdarlegungslast trifft, die Beweislast hingegen den Besteller (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362; Urteil vom 5.3.1992, X ZR 133/90; Urteil vom 24.4.1986, VII ZR 139/84).
3. Durch § 6 Abs. 6 VOB/B wird der allgemeine Verschuldensmaßstab des BGB für den entgangenen Gewinn nochmals auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erhöht.

Insbesondere der Umstand, dass dem Unternehmer der entgangene Gewinn nur noch bei einer verschuldeten Pflichtverletzung des Bestellers zusteht, hat, wie der vorliegende Fall belegt, einige Bedeutung: Die Vertragsdurchführung scheitert im Ergebnis daran, dass der Besteller das Baugrundstück nicht wie vorgesehen überlassen hat. Dieser Umstand stellt aber in der Regel keine Pflichtverletzung des Unternehmers dar (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, Rz 22). In diesem Regelfall entfällt der Anspruch des Unternehmers auf

den entgangenen Gewinn im Ergebnis somit vollständig, während er nach § 649 BGB gegeben wäre.

(dd) Gleichwohl führt die Regelung des § 6 Abs. 7 VOB/B nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Unternehmers gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Sie modifiziert zwar die Rechtslage nach dem BGB, das gesetzliche Werkvertragsrecht kann aber in gewissen Grenzen durch allgemeine Geschäftsbedingungen verändert werden. Zwar wird dem Unternehmer der verschuldensunabhängige Anspruch auf volle Vergütung genommen. Die damit modifizierte Kündigungsregelung des § 649 BGB stellt als solche auch einen wichtigen Grundsatz des Werkvertragsrechts dar. Diesem Grundsatz muss aber nicht bei jedem beliebigen Vertragsverlauf Geltung verschafft werden.

In dem von § 6 Abs. 7 VOB/B angesprochenen Sonderfall, ist der Bauablauf in einem Umfang gestört, dass die Arbeiten für drei Monate vollständig unterbrochen sind. Die Vergütungsansprüche des Unternehmers werden auch nicht vollständig aufgehoben, sondern nur reduziert. Betrachtet man seine Rechte ins Positive gewendet, lässt sich feststellen, dass er nach wie vor die volle Vergütung für alle erbrachten Leistungen und die Erstattung aufgewendeter Kosten erhält (z.B. für die Anschaffung von noch nicht eingebauten Materialien). Die Rechtsposition des Unternehmers ist nach einer Kündigung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B daher genau dieselbe wie nach einer Kündigung gemäß §§ 642, 643 BGB. Letztere bietet das Gesetz dem Unternehmer aber ebenfalls als Vorgehensweise in der Situation des § 6 Abs. 7 VOB/B an. Wenn es das Gesetz selbst vorsieht, dass der Unternehmer bei einem Vorgehen nach §§ 642, 643 BGB die Kündigungsvergütung aus § 649 BGB verliert, dann kann es nicht unvereinbar mit den gesetzlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts (§ 307 Abs. 2 BGB) sein, wenn diese Kündigungsvergütung für einen Sonderfall des Annahmeverzugs unter Beibehalt der Rechte aus §§ 642, 643 BGB ausgeschlossen wird.

Richtig ist, dass der Besteller damit theoretisch die Möglichkeit hat, den Kündigungstatbestand selbst herbeizuführen, indem er es zu einer dreimonatigen Unterbrechung der Bauarbeiten "kommen lässt". Dies ist aber allenfalls dann unbillig, wenn der Besteller dies ohne jeden Anlass im Bauablauf allein deshalb tut, um einen Unternehmer statt nach § 649 BGB gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B kündigen zu können. In diesem Ausnahmefall gälte der Kündigungstatbestand gemäß § 162 Abs. 2 BGB als nicht eingetreten. Bei dieser Erkenntnis handelt es sich nicht um die geltungserhaltende Reduktion einer allgemeinen Geschäftsbedingung, sondern um die immer erforderliche Auslegung eines Kündigungstatbestands. Auf nichts anderes verweist der BGH, wenn er betont, dass der Bestimmung des § 6 Abs. 7 VOB/B wie jeder Regelung über eine außerordentliche Kündigung die Frage der Zumutbarkeit der Kündigung immanent ist (BGH, Urteil vom 20.10.2005, VII ZR 190/02, Rz 15; Urteil vom 13.5.2004, VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161). Im Regelfall ist eine dreimonatige Unterbrechung der Bauarbeiten vom Besteller nicht willentlich herbeigeführt, sondern ein erzwungener Verlauf mit ungewissem Ende und nicht selten erheblichen wirtschaftlichen Folgen gerade auch für den Besteller.

Auch der Umstand, dass mit dem Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B Abgrenzungsprobleme geschaffen werden, spricht nicht gegen seine Wirksamkeit. Zwar wird durch die Regelung insbesondere die Frage aufgeworfen, wie die "Unterbrechung" der Arbeiten zu verstehen ist, d.h. wann die Unterbrechung begonnen hat und ob eine Phase, in der mit niedriger Produktivität weitergearbeitet werden kann, auch als Unterbrechung zu zählen ist. Diese Fragen lassen sich aber im Regelfall mit vertretbarem Aufwand klären und sind daher hinzunehmen.

Es begegnet auch keinen Bedenken, dass der Besteller durch eine Kündigung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B einer Kündigung des Vertrages durch den Unternehmer zuvorkommen kann. Soweit es um die Kündigung des Unternehmers nach §§ 642, 643 BGB bzw. § 9 VOB/B geht, ist dies gleichgültig, da beide Kündigungen zu den gleichen Rechtsfolgen führen. Doch auch wenn es um eine Kündigung des Unternehmers aus wichtigem Grund geht, droht kein "Wettlauf" der Kündigungen: Hat der Besteller einen Tatbestand verwirklicht, der den Unternehmer zu einer

Kündigung berechtigt, so entfällt diese Kündigungsmöglichkeit nicht durch eine frühere eigene Kündigung des Bestellers. Vielmehr kann der Unternehmer nach allgemeinen Regeln auch noch nach einer Bestellerkündigung den Vertrag seinerseits kündigen (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.2016, VII ZR 298/14, Rz 36).

Schließlich ist es für die Wirksamkeit von § 6 Abs. 7 VOB/B als allgemeiner Geschäftsbedingung unerheblich, dass die Regelung dem Anspruch des Unternehmers auf entgangenen Gewinn im Endergebnis nicht nur seine Verschuldensunabhängigkeit gemäß § 649 BGB nimmt, sondern dass der verbleibende hierauf gerichtete Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit besteht. Dazu muss nicht geklärt werden, ob diese Haftungsbeschränkung wirksam ist, wofür allerdings spricht, dass sie nicht nur den hier in Rede stehenden Anspruch des Unternehmers betrifft, sondern auch umgekehrt Ansprüche des Bestellers und somit beide Vertragsparteien gleichermaßen begünstigt und belastet. Selbst wenn § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B die Rechte des Unternehmers zu weit beeinträchtigen sollte, würde dies nur dazu führen, dass eben diese Regelung gemäß § 306 Abs. 1 BGB nichtig wäre. Denn § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B ist von dem Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B trennbar. Ihre isolierte Unwirksamkeit genügt deshalb, um den durch sie begründeten unterstellten Verstoß gegen das AGB-Recht zu beheben ("blue-pencil-test").

(3) Die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B sind im vorliegenden Fall erfüllt, da die Arbeiten auf der Baustelle unstreitig seit Februar 2012 still standen, als die Beklagte am 27. November 2012 die Kündigung erklärte.

b) Ein Anspruch der Klägerin auf die Vergütung NEL ergibt sich auch nicht aus §§ 631 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB analog. Nach § 326 Abs. 2 BGB bleibt dem Leistungserbringer eines Austauschvertrages (also dem Werkunternehmer) der Vergütungsanspruch erhalten, wenn ihm seine Leistung durch einen Umstand unmöglich geworden ist, für den der Abnehmer (also der Besteller) verantwortlich ist. Im vorliegenden Fall steht diese Anspruchsgrundlage mit zwei unterschiedlichen Begründungen im Raum, die allerdings beide nicht zum Erfolg führen.

aa) Zum einen ist der Klägerin ihre Werkleistung dadurch unmöglich geworden, dass die Beklagte den Vertrag gekündigt hat. Im Falle einer Unmöglichkeit aufgrund einer Bestellerkündigung wird die Anspruchsgrundlage der §§ 631 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB aber durch § 649 BGB verdrängt. Ist in einem Sonderfall ein anderer Kündigungstatbestand vorrangig gegenüber § 649 BGB, wie im vorliegenden Fall § 6 Abs. 7 i.V.m. Abs. 5 und 6 VOB/B, dann muss dieser Sondertatbestand auch gegenüber den §§ 631 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB den Vorrang genießen.

bb) Daneben ist es nicht ausgeschlossen, dass der Klägerin ihre Werkleistung auch durch ihre eigene Kündigung vom 3. Dezember 2012 (Anlage K 6) im Sinne von § 326 Abs. 2 BGB unmöglich geworden sein kann. Zwar ist die Kündigung eine eigene Rechtshandlung der Klägerin, wenn es für diese aber einen wichtigen Grund gab, für den die Beklagte verantwortlich zeichnet, dann kann die Kündigung des Unternehmers hierdurch herausgefordert sein. Die hierdurch eintretende Unmöglichkeit der Werkleistung kann damit im Ergebnis vom Kündigungsempfänger zu verantworten sein, weil er für den Grund zur außerordentlichen Kündigung verantwortlich ist.

(1) Dieser Fortbestand des Vergütungsanspruchs des Unternehmers nach einer außerordentlichen Kündigung, die durch die Gegenseite veranlasst ist, ist in der Rechtsprechung des BGH auch anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.2016, VII ZR 298/14, Rz 38; Urteil vom 24.2.2005, VII ZR 225/03, Rz 14 jeweils m.w.N.). Darüber hinaus ergibt sie sich jedenfalls für den Sonderfall der Kündigung aus dem wichtigen Grund des § 648 a Abs. 5 S. 1 ausdrücklich aus dem Gesetz. Dies muss auch darüber hinaus gelten, da nicht einzusehen ist, weshalb sich die Rechtsposition des Unternehmers mit seinem Vergütungsanspruch verschlechtern soll, wenn er gezwungen und berechtigt ist, den Vertrag aufgrund eines wichtigen Umstands zu kündigen, für den die Gegenseite verantwortlich ist.

(2) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin aber dennoch keinen Anspruch auf die Vergütung NEL aus §§ 631 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB.

Denn ihre Kündigung des Bauvertrags mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 (Anlage K 6) ist nicht durch eine Pflichtverletzung der Beklagten herausgefordert: Dass die Beklagte zuvor die Kündigung des Vertrages nach § 6 Abs. 7 VOB/B erklärt hat, war, wie dargelegt, rechtmäßig und schafft keinen Kündigungsgrund für die Klägerin. Der im November 2012 bestehende Mitwirkungsverzug der Beklagten berechnete die Klägerin, den Vertrag ihrerseits nach § 9 bzw. 6 Abs. 7 VOB/B zu kündigen, aber eben nur mit der Rechtsfolge dieser Vorschriften, wonach - anders als bei §§ 631 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB - der Primäranspruch für die nicht erbrachten Leistungen entfällt.

Der Umstand, dass die Bauarbeiten im Dezember 2012 erheblich verzögert waren und seit mehreren Monaten Stillstanden, führt nicht dazu, dass die Beklagte die hierauf gestützte Kündigung der Klägerin im Sinne von § 326 Abs. 2 BGB zu verantworten hat. Denn im Regelfall ist der Besteller nicht verpflichtet, dem Unternehmer das Baugrundstück zu den vertraglich vereinbarten Fristen zur Verfügung zu stellen. Auch wenn es sich hierbei um verbindliche Vertragsfristen handeln sollte, begründen sie eine vertragliche Pflicht im Zweifel nur für den Unternehmer (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32). Somit stellt es keine Pflichtverletzung der Beklagten und keinen von ihr zu vertretenden Umstand dar, wenn das Bauvorhaben im vorliegenden Fall nicht zu den vereinbarten Terminen (vgl. Ziff. 1 der besonderen Vertragsbedingungen) fertiggestellt werden konnte.

Dass die Verzögerung, die die Klägerin letztlich zu ihrer Kündigung vom 3. Dezember 2012 veranlasst hat, durch konkrete bauzeitrelevante Pflichtverletzungen der Klägerin verursacht wurde - ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Klägerin gegen ihre vertragliche Kooperationspflicht verstoßen haben könnte, indem sie die anstehende Neuvergabe nach der Insolvenz des Rohbauunternehmers verzögerte oder durch fehlerhafte Vorgaben den Verzug des Ausführungsplaners verursacht hätte.

(3) Auch aus dem Urteil des BGH vom 8.11.2007 (VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, Rz 37) ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägervertreters nichts Abweichendes. Der Vergütungsanspruch nach §§ 631, 326 Abs. 2 BGB wird dort nur in dem Fall gesehen, in dem der Besteller die Vertragserfüllung durch den Unternehmer endgültig (BGH, a.a.O., Rz 37) ablehnt. Der bloße Annahmeverzug des Bestellers stellt aber keine endgültige Erfüllungsverweigerung dar.

c) Ein Anspruch der Klägerin auf die Vergütung NEL ergibt sich nicht, auch nicht teilweise aus § 6 Abs. 5 VOB/B. Ein solcher Anspruch wäre im Gefolge der Kündigung durch die Beklagte gegeben (§ 6 Abs. 7 S. 2 VOB/B), seine weiteren Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt. Die Klägerin hat die Leistungen, für die sie die Vergütung NEL begehrt, weder erbracht (§ 6 Abs. 5 1. Alt. VOB/B) noch hat sie dargelegt, dass es sich hierbei um Positionen handelt, die ihr bereits als Kosten entstanden sind, ohne sie als ausgeführte Leistung abrechnen zu können (§ 6 Abs. 5 2. Alt. VOB/B). Das könnte dann der Fall sein, wenn die Klägerin benötigte Materialien bereits angeschafft aber noch nicht eingebaut haben sollte (wobei der Anspruch nur in Höhe der Kosten und nur Zug um Zug gegen Übergabe an den Besteller bestünde, § 255 BGB analog). Derartiges ist nicht vorgetragen.

d) Die Klägerin kann die Vergütung NEL nicht, auch nicht teilweise, aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder §§ 280, 286 BGB beanspruchen. Ob die Beschränkung der Haftung für entgangenen Gewinn auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in § 6 Abs. 6 VOB/B wirksam ist, kann insoweit dahinstehen. Denn in jedem Fall setzt ein Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Pflichtverletzung der Beklagten voraus. Eine solche ergibt sich aus dem Parteivorbringen aber nicht. Allein der Umstand, dass das Vorhaben die vertraglich verbindlich vorgegebenen Fertigstellungstermine (Ziff. 1 der besonderen Vertragsbedingungen) nicht eingehalten hat, begründet für sich genommen keine Pflichtverletzung des Bestellers (vgl. BGH, Urteil vom

21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32). Andere konkrete bauzeitrelevante Pflichtverletzungen der Beklagten sind nicht ersichtlich (vgl. oben b) cc)).

e) Schließlich besteht auch kein Anspruch der Klägerin auf die Vergütung NEL aus § 642 BGB. Nach dieser Regelung steht dem Unternehmer eine Entschädigung für Nachteile zu, die ihm aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, also aufgrund der zeitlichen Verschiebung der Bauarbeiten entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2008, VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118). Da die vereinbarte Vergütung des Unternehmers, um die es bei der Vergütung NEL geht, nicht durch den Annahmeverzug begründet ist, kann sie sich folglich auch nicht aus § 642 BGB ergeben.

3. Für die Positionen, die die Klägerin als Nachtrag 4 abrechnet, steht ihr ein Betrag von 2.996,65 Euro (netto) zu, der in die Schlussrechnung einzustellen ist.

a) Dieser Anspruch ergibt sich aus § 642 BGB.

Die Beklagte ist bei der Durchführung des Bauvertrags unstreitig ihrer zentralen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen, im vertraglich vorgesehenen Ausführungszeitraum der Klägerin das Grundstück so zu überlassen, dass sie ihre Leistungen ausführen kann.

Ein solcher Mitwirkungsverzug liegt im Zweifel immer vor, wenn die Bauarbeiten gar nicht oder nur langsamer als vertraglich vorgesehen durchgeführt werden können und dies nicht vom Unternehmer zu verantworten ist. Denn solange nicht feststeht, dass die Behinderung des Bauablaufs durch Umstände hervorgerufen ist, die nicht in die Risikosphäre des Bestellers fallen, gehen sie im Zweifel auf seine unterbliebene Mitwirkung zurück.

Im vorliegenden Fall war die Klägerin nach dem Vertrag verpflichtet, diejenigen vertraglichen Leistungen, die dem ersten Bauabschnitt zuzuordnen sind, bis zum Ende der 50. KW 2008 abzuschließen (vgl. Besondere Vertragsbedingungen Ziff. 1.2, Anlage K 1). Es ist unerheblich, dass diese Bestimmung im Zweifel nur bei der Klägerin, nicht hingegen bei der Beklagten die vertragliche Pflicht begründet, diese Termine einzuhalten (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32). Für die Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB zugunsten der Klägerin genügt es, dass ihr selbst eine verbindliche Vertragsfrist auferlegt war. Denn damit oblag es der Beklagten, jedenfalls so weit an der Vertragsdurchführung mitzuwirken, dass die Klägerin diese Frist einhalten kann. Dazu war die Klägerin unstreitig nicht in der Lage, weil sie auf dem Baugrundstück nicht arbeiten konnte. Tatsächlich musste die Klägerin unstreitig diejenigen Leistungen des ersten Bauabschnitts, die im Nachtrag 4 zusammengestellt sind, noch im Jahr 2011 ausführen (vgl. das Schreiben der Klägerin vom 7. März 2012, Anlage K 11). Diese zeitliche Verschiebung ist somit durch den Mitwirkungsverzug der Beklagten verursacht.

Soweit der Klägerin hierdurch wirtschaftliche Nachteile entstanden sind, hat die Beklagte sie folglich nach § 642 BGB zu entschädigen.

b) Die Verschiebung der Arbeiten des ersten Bauabschnitts vom Jahr 2008 in das Jahr 2011 hat bei der Klägerin dazu geführt, dass sie ihren Mitarbeitern aufgrund von Lohnsteigerungen höhere Löhne zahlen musste. Dies hat die Klägerin unwidersprochen mit der tabellarischen Übersicht "Stundenlohn - Vergleich" (in der Anlage K 10) dargelegt, wonach der Mittellohn in ihrem Betrieb von 2008 bis 2011 von 11,78 Euro auf 13,49 Euro anstieg. Diese Lohnsteigerung wäre im Betrieb der Klägerin zwar in jedem Fall eingetreten. Gemäß der kaufmännischen Rentabilitätsvermutung, die dem Anspruch aus § 642 BGB auch zugrundeliegt, ist aber im Zweifel davon auszugehen, dass es der Klägerin gelungen wäre, ihre Arbeitskosten im Jahr 2011 ausschließlich mit neu akquirierten Aufträgen zu decken, die ein Vergütungsniveau aufweisen, das vor dem Hintergrund der Lohnsteigerung auskömmlich ist.

Soweit ihre Arbeitskräfte im Jahr 2011 entgegen der Planungen noch mit dem Abarbeiten des vorliegenden Altauftrags gebunden waren, entsteht ihr hierdurch ein Kostennachteil, der durch

eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu kompensieren ist.

Eine weitere Darlegung des Bauablaufs ist zur Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB an dieser Stelle nicht erforderlich. Ein Anspruch aus § 642 BGB ist dann dargelegt, wenn nachvollzogen werden kann, wie der Vermögensnachteil, für den der Unternehmer eine Entschädigung begehrt, durch den Annahmeverzug des Bestellers verursacht worden ist. Ist dies, wie hier, möglich, sind weitere Ausführungen zum Bauablauf oder gar eine bauablaufbezogene Darstellung des Gesamtvorhabens zur Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB nicht erforderlich (teilweise überzogen daher OLG Köln, Urteil vom 28.1.2014, 24 U 199/12, insb. Rz 23 sowie OLG Köln, Beschluss vom 8.4.2015, 17 U 35/14).

c) Neben diesem Lohnkostennachteil ist der Klägerin durch die annahmeverzugsbedingte Verschiebung der Bauarbeiten kein Nachteil entstanden. Insbesondere liegt ein solcher Nachteil nicht darin, dass sie das für den ersten Bauabschnitt erforderliche Material im Jahre 2011 zu Preisen einkaufen musste, die höher als die Preise im Jahr 2008 gewesen sein sollen.

Grundsätzlich ist es möglich, dass bei einem Bauunternehmer bedingt durch den Mitwirkungsverzug des Bestellers Zusatzkosten entstehen, die auf Preiserhöhungen seiner Lieferanten zurückgehen. Zwar könnte der Unternehmer das benötigte Material auch bei bestehendem Annahmeverzug bereits anschaffen und dadurch günstige Einkaufspreise sichern. Der Besteller hätte ihm für diese Kosten eine Abschlagszahlung zu leisten (§ 632 a Abs. 1 S. 5 BGB) und müsste auch etwaige Lagerkosten erstatten (§ 304 BGB). Wenn die Durchsetzung dieser Zahlungsansprüche gegen den Besteller aber auf Schwierigkeiten stößt, entsteht beim Unternehmer durch den frühzeitigen Materialeinkauf ein vorübergehender Liquiditätsnachteil. Deshalb ist es im Regelfall auch vertretbar, wenn der leistungsbereite Unternehmer den erforderlichen Materialeinkauf solange zurückstellt, bis der Annahmeverzug des Bestellers beendet ist. Sind die Materialien dann teurer geworden, stellt der Mehrpreis folglich einen verzögerungsbedingten Nachteil dar, für den der Besteller den Unternehmer nach § 642 BGB zu entschädigen hat.

Allerdings hat die Klägerin einen solchen Nachteil bei den Einkaufspreisen nicht nachvollziehbar dargelegt. Anders als die Lohnsteigerung im Zeitraum 2008 bis 2011 sind die angeblich höheren Einkaufspreise dem Anlagenkonvolut Anlage K 10 nicht mit vertretbarem Aufwand zu entnehmen, weil die Zuordnung der einzelnen Preislisten zu den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses ebenso fehlt wie die Darlegung der Preissteigerung in diesem Zeitraum.

d) Für den unter b) beschriebenen Lohnkostennachteil, den die Klägerin durch den Annahmeverzug der Beklagten erlitten hat, steht ihr eine Entschädigung in Höhe von 2.996,65 Euro netto gegen die Beklagte zu.

aa) Die Höhe einer Entschädigung nach § 642 BGB ermittelt sich wie folgt:

(1) Gemäß § 642 Abs. 2 BGB richtet sie sich nach der Dauer des Annahmeverzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung. Deshalb ist zunächst zu klären, ob die Parteien in ihrem Vertrag eine Vereinbarung zur Höhe der Entschädigung getroffen haben. Dies kann insbesondere durch Eventualpositionen geschehen (z.B.: Tagessätze für das annahmeverzugsbedingte Brachliegen einer großen Maschine) oder durch die Vereinbarung einer verbindlichen Berechnungsmethode, die ein Verfahren zur rechnerischen Ermittlung der Entschädigung vorsieht, typischerweise ausgehend von den verzögerungsbedingten Mehrkosten als Eingangsgröße.

(2) Fehlt eine solche vertragliche Vereinbarung, ist die Höhe der Entschädigung aus der Höhe der vereinbarten Vergütung abzuleiten (§ 642 Abs. 2 BGB). Die Höhe des Anspruchs aus § 642 BGB muss sich dabei aber nicht auf einen Ersatz der verzögerungsbedingten Mehrkosten beschränken. Die Bezifferung des verzögerungsbedingten Nachteils stellt zwar die

Bemessungsgrundlage für den Anspruch aus § 642 BGB dar, der Anspruch kann aber über diesen Betrag hinausgehen. Das ist dann der Fall, wenn sich die nach § 642 Abs. 2 BGB maßgebliche vereinbarte Vergütung nicht in einer Erstattung der Kosten erschöpft, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen, sondern wenn sie einen Beitrag zur Deckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) und einen Gewinnanteil enthält. Im Rahmen der Entschädigung nach § 642 Abs. 2 BGB sind auf die verzögerungsbedingten Kosten dann ebenfalls diese Zuschläge vorzunehmen.

(a) Der Auffassung des BGH, wonach der Anspruch aus § 642 BGB keinen Gewinn umfasse (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, Rz 26) schließt sich das Gericht nicht an (kritisch auch Kniffka / Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 2014, Teil 8, Rz 39 m.w.N.). Zwar handelt es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB um eine "Entschädigung" für Nachteile, die dem Unternehmer bedingt durch den Annahmeverzug des Bestellers entstanden sind. Zugleich ist aber anerkannt, dass dieser Anspruch vergütungsähnlich ist, da der Unternehmer einen Ausgleich für das durch den Annahmeverzug bedingte Brachliegen seiner Produktionsmittel erhalten soll, bei dem es sich um eine steuerbare Leistung handelt (BGH, Urteil vom 24.1.2008, VII ZR 280/05, BGHZ 175,118). Ein vergütungsähnlicher Anspruch, der eine nach § 10 UStG steuerbare Leistung entgelt und dessen Höhe sich nach der vereinbarten Vergütung richtet, muss somit jedenfalls dann einen Gewinnanteil umfassen, wenn die vertraglich vereinbarte Vergütung dies ebenfalls tut.

(b) Aus dem gleichen Grund kann der Anspruch einen Zuschlag auf die verzögerungsbedingten Mehrkosten enthalten, der der Deckung der AGK des Unternehmers dient. Dem Unternehmer entstehen diese Kosten, er muss sie mit dem Umsatz decken, den er durch seine Geschäftstätigkeit erzielt. Wenn die Vergütung des in Rede stehenden Bauvertrags dem Unternehmer einen Beitrag zur Deckung seiner AGK verschafft hätte, dann muss dies auch für den auf Basis dieser Vergütung zu ermittelnde Entschädigungsanspruch gelten, der ebenfalls eine Vergütung für einen verzögerungsbedingten Nachteil darstellt. Somit ist auf die verzögerungsbedingten Mehrkosten als Eingangsgröße bzw. Bemessungsgrundlage der Berechnung neben einem Gewinnzuschlag auch ein solcher AGK-Zuschlag vorzunehmen.

Damit ist nicht gesagt, dass der Mitwirkungsverzug des Bestellers beim Unternehmer zu einer Unterdeckung seiner AGK führen kann geschweige denn, dass eine solche Unterdeckung bereits aus dem Umstand folgt, dass sich der Abschluss der Bauarbeiten aufgrund Annahmeverzugs verschoben hat. Vielmehr erscheint es dem Gericht äußerst fragwürdig, ob ein AGK-Nachteil die Eingangsgröße bzw. Bemessungsgrundlage einer Entschädigung nach § 642 BGB darstellen kann bzw. wie dieser Nachteil ggf. beziffert werden soll. Um dieses Problem geht es hier aber nicht. Im vorliegenden Fall liegt der verzögerungsbedingte Nachteil der Klägerin in der Erhöhung ihrer Lohnkosten, nicht in einer wie auch immer beschaffenen "AGK-Unterdeckung". Die Frage eines Deckungsbeitrags für die AGK des Unternehmers stellt sich hier nur bei der Ermittlung der Anspruchshöhe. Umfasst die maßgebliche vereinbarte Vergütung einen Beitrag zur Deckung von AGK und Gewinn des Unternehmers, muss dies allein wegen ihrer Vergütungsähnlichkeit auch für die Entschädigung gemäß § 642 BGB gelten.

(c) Zur Begründung der hier vertretene Auffassung, wonach die Entschädigung nach § 642 BGB Zuschläge für die Deckung von AGK sowie einen Gewinnanteil umfassen kann, ist ergänzend auf Folgendes hinzuweisen:

(aa) In vielen Fällen, in denen dem Unternehmer durch Verzögerungen des Bauablaufs Mehrkosten entstehen, geschieht dies nicht ohne jede Äußerung des Bestellers. Kommt es zu Störungen des Bauablaufs und Verschiebungen des Terminplans hat der Besteller in aller Regel durch entsprechende Anordnungen den ursprünglich vorgesehenen Bauablauf durch entsprechende Anordnungen modifiziert (ohne dass damit der rechtlich umstrittene Fall der Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen vorliegt). Sind die VOB/B in den betroffenen Bauvertrag einbezogen, so fallen diese terminlichen Anordnungen in der Regel unter § 2 Abs. 5 VOB/B, selbst wenn sie nur konkludent getroffen worden sein sollten (vgl. Keldungs in:

Ingenstau / Korbion, 19. Auflage, 2015, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rz 19 ff m.w.N.). Sobald der Mitwirkungsverzug des Bestellers von einer solchen Anordnung begleitet wird, die auch konkludent getroffen werden kann (vgl. Keldungs a.a.O., Rz 21), stünde dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B zu, für den anerkannt ist, dass er einen Deckungsbeitrag für AGK und den Unternehmergewinn umfasst (vgl. Keldungs a.a.O., Rz 51 ff m.w.N.). Wäre dies im Rahmen der Entschädigung nach § 642 BGB anders, hinge die Durchsetzbarkeit dieser Zuschläge jedenfalls bei VOB/B-Verträgen von Zufälligkeiten ab, nämlich davon, ob in der Änderung der Terminplanung durch den Besteller eine ggf. konkludente Änderungsanordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B liegt oder nicht.

(bb) Sind die VOB/B in den Vertrag einbezogen, gebietet auch § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B nicht, dass die Entschädigung aus § 642 BGB keinen Gewinn umfasst. Diese Norm schließt den Anspruch des Unternehmers auf entgangenen Gewinn nicht generell aus, sondern beschränkt ihn auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Diese Einschränkung kann aber nur für verschuldensabhängige Ansprüche gelten, nicht hingegen für den Anspruch aus § 642 BGB, für den das Verschulden des Bestellers von vornherein keine Rolle spielt. Dies kommt auch in § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B zum Ausdruck wonach die Entschädigung nach § 642 BGB "unberührt" bleibt (im Ergebnis ebenso: Kniffka / Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 2014, Teil 8, Rz 39).

(cc) Die Höhe des Unternehmergewinns, der im Rahmen der Entschädigung nach § 642 BGB nach hier vertretener Ansicht zuzusprechen ist, richtet sich nach der vereinbarten Vergütung. Ergibt sich aus deren Höhe ein hoher Gewinn, dann ist das zu tolerieren bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit, die durch ein auffälliges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung indiziert wird. Es gelten hier die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH für die Preisfortschreibung nach § 2 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213; Urteil vom 7.3.2013, VII ZR 68/10, BGHZ 196, 299; Urteil vom 14.3.2013, VII ZR 116/12, BGHZ 196, 355). Allerdings hängt hier Vieles vom Einzelfall ab, insbesondere ob die maßgebliche Höhe des Gewinns aus einem einzigen Einheitspreis abgeleitet werden kann oder ob es auf die Auswertung mehrerer Einheitspreise oder der Gesamtvergütung ankommt. Dies kann hier aber offenbleiben. Ebenso kann an dieser Stelle offenbleiben, ob aus der hier vertretenen Auffassung folgt, dass auf die Höhe der verzögerungsbedingten Mehrkosten ein Abschlag vorzunehmen ist, wenn die Auswertung der vereinbarten Vergütung ergibt, dass sie für die Kosten der Leistung nicht auskömmlich ist.

(d) Allerdings umfasst die Entschädigung nach § 642 BGB keinen Zuschlag auf die verzögerungsbedingten Kosten, der der Deckung der Baustellengemeinkosten (BGK) des Unternehmers dient. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer bei der Kalkulation seiner vereinbarten Vergütung einen solchen BGK-Zuschlag vorgesehen haben sollte. Durch BGK-Zuschläge werden pauschale Deckungsbeiträge für die Kosten gebildet, die dem Unternehmer für die Baustelle insgesamt entstehen und die er nicht über einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses vergütet erhält. Somit liegt diesen Zuschlägen eine ex ante im Zeitpunkt des Vertragsangebots gestellte Prognose über die genaue Höhe der BGK zugrunde, die sich als falsch erweisen kann. Den Anspruch aus § 642 BGB beziffert der Unternehmer hingegen nachdem ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein bestimmter Nachteil entstanden ist. In dieser Situation besteht für den Unternehmer aber kein Anlass mehr, pauschale Deckungsbeiträge für seine BGK zu beanspruchen. Vielmehr kann er seine BGK nunmehr aus der ex-post-Sicht spitz abrechnen, jedwedes Pauschalierungsbedürfnis ist entfallen. Einen Erstattungsanspruch für erhöhte Baustellengemeinkosten aus § 642 BGB kann der Unternehmer folglich nur dann geltend machen, wenn die Spitzabrechnung seiner Baustellengemeinkosten bei Schlussrechnung ergibt, dass sie aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers durch die vereinnahmten Deckungsbeiträge (BGK-Zuschläge) nicht gedeckt sind. Wie im Fall einer Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B ist somit auch im Rahmen von § 642 BGB eine Gesamtabrechnung der BGK erforderlich ("BGK-Bilanz", vgl. BGH, Urteil vom 26.1.2012, VII ZR 19/11, BGHZ 192, 252, Rz 22). Und selbst wenn sich ein verzögerungsbedingter und somit nach § 642 BGB ersatzfähiger BGK-Nachteil ergibt (z.B. weil

die Baustelleneinrichtung länger als vorgesehen vorgehalten werden musste), führt dies nicht dazu, dass im Rahmen der Entschädigung nach § 642 BGB BGK-Zuschläge vorzunehmen wären, sondern der BGK-Nachteil ist als gesonderter spitz abgerechneter Posten ohne weitere Zuschläge geltend zu machen.

bb) Die unter aa) dargelegten Grundsätze sind in einem Prozess wie folgt umzusetzen:

Aus den Darlegungen unter aa) folgt, dass für die Ermittlung der Entschädigung nach § 642 BGB vier Größen maßgeblich sind:

1. Die tatsächlichen durch den Annahmeverzug erhöhten Kosten des Unternehmers
2. Die hypothetische Höhe dieser Kosten ohne den Annahmeverzug
3. Der in der vereinbarten Vergütung enthaltene AGK-Zuschlag
4. Der in der vereinbarten Vergütung enthaltene Gewinn

Die Differenz aus Ziff. 1 und 2 ergibt die verzögerungsbedingten Mehrkosten, die sodann wie dargelegt mit den Zuschlägen Ziff. 3 und 4 zu belegen sind, sofern diese in der vereinbarten Vergütung enthalten waren.

(1) Diese vier Größen sind wie folgt zu ermitteln:

Ausgangspunkt nach § 642 Abs. 2 BGB ist die vereinbarte Vergütung. Allerdings kann der Vergütung zumeist nicht ohne Weiteres angesehen werden, in welchem Umfang sie Deckungsbeiträge für die Einzelkosten der Teilleistungen, die AGK und Gewinn enthält. Daher muss sie in diese Bestandteile zerlegt werden, um die Kostenpositionen zu isolieren, die sich verzugsbedingt geändert haben und die Grundlage für die Ermittlung der Anspruchshöhe sind.

Diese Aufgliederung fällt dem Unternehmer zu. Er darf sich dabei aber auf seine Kalkulation beziehen. Bleibt diese Kalkulation unstreitig, ist sie für die Ermittlung der Entschädigungshöhe heranzuziehen. Dabei bleibt die Kalkulation der Vergütung aber stets ein Hilfsmittel, das der Isolierung einzelner Vergütungsbestandteile dient. Ist die Vergütung beispielsweise so gering, dass sie in Anbetracht der tatsächlichen Kosten der Bauleistung nicht auskömmlich ist und weder Deckungsbeiträge für AGK noch Unternehmergewinn abwerfen kann, dann sind auch bei der Entschädigung gemäß § 642 BGB keine AGK- oder Gewinnzuschläge vorzunehmen. Denn maßgeblich nach § 642 Abs. 2 BGB ist die vereinbarte Vergütung und die mit ihr vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse erzielbare Kostendeckung, nicht das mitunter vollständig fiktive Zahlenwerk einer Kalkulation. Diese fungiert nur als Hilfsmittel und ist nur solange bindend, wie sie nicht bestritten ist.

Käme es für die Entschädigung nach § 642 Abs. 2 BGB nur darauf an, wie der Unternehmer tatsächlich kalkuliert hat (oder vorgibt, kalkuliert zu haben), so hätte er es in der Hand, die Höhe der Entschädigung nach § 642 BGB nach seinem Belieben einseitig zu beeinflussen, indem er in einer Kalkulation seiner Vergütung die Einzelkosten der Teilleistung geringer angibt, als sie tatsächlich sind. Dadurch ergibt sich eine unberechtigte Erhöhung der Entschädigung: Da die als kalkuliert angegebenen Kosten geringer als die wirklichen hypothetischen Kosten sind, vergrößert sich die Differenz zu den verzögerungsbedingt erhöhten tatsächlichen Kosten und somit die Bemessungsgrundlage der Entschädigung. Außerdem erhöht sich bei zu gering kalkulierten Kosten innerhalb fest vereinbarter Einheitspreise derjenige Anteil dieser Vergütung, der auf Zuschläge für AGK und Gewinn entfällt. Somit wird die durch eine unrichtige Kalkulation zu Unrecht vergrößerte Kostendifferenz als Bemessungsgrundlage in einem zweiten Schritt mit wiederum unrichtig überhöhten Zuschlägen belegt. Mit anderen Worten: Die kalkulatorische Verlagerung von Vergütungsanteilen aus den Einzelkosten der Teilleistung in die Zuschläge entfaltet bei der Preisfortschreibung eine Hebelwirkung zugunsten des Unternehmers. Es kann nicht sein, dass der Unternehmer auf diese Weise ohne jedes eigene Risiko die Höhe seiner Vergütung nach § 642 BGB einseitig zu Lasten der anderen Vertragspartei beeinflussen kann. Die von ihm vorgetragene Kalkulation kann somit nur maßgeblich sein, wie sie auch tatsächlich

richtig ist. Sind die Angaben zu angeblich kalkulierten Kosten und Zuschlägen nicht plausibel, müssen sie im Rahmen eines Prozesses korrigiert werden.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht insbesondere, dass auch die ersparten Aufwendungen, die von der Kündigungsvergütung nach § 649 S. 2 BGB abzuziehen sind, ebenfalls nicht fiktiv anhand der Kalkulation des Unternehmers, sondern anhand der konkreten tatsächlichen Umstände des Vertrages und somit ebenfalls anhand des tatsächlichen Aufwands der Vertragsdurchführung zu ermitteln sind (BGH, Beschluss vom 16.11.2016, VII ZR 314/13, Rz 23; Urteil vom 28.10.1999, VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79).

(2) Ist es umstritten, ob die vereinbarte Vergütung mit Hilfe einer vorgelegten Kalkulation zutreffend in ihre Bestandteile zerlegt ist, ist diese Frage durch das Gericht zu entscheiden. Dabei kommt es darauf an, welche Kalkulation vor dem Hintergrund der tatsächlichen Kosten der vereinbarten Vergütung hinterlegt werden kann. Dabei darf das Gericht seine Feststellungen nach freier Überzeugung treffen (§ 287 Abs. 1 ZPO, vgl. BGH, Urteil vom 24.2.2005, VII ZR 225/03). Es kann sich zur Klärung des Zahlenwerks eines Sachverständigen bedienen. Ist durch den Parteivortrag aber eine hinreichende Schätzgrundlage geschaffen, kann es von der Durchführung einer Beweisaufnahme aber auch absehen.

cc) Die der Klägerin zustehende Entschädigung von 2.995,65 Euro (netto) für die Steigerung ihrer Lohnkosten im Zeitraum 2008 bis 2011 ermittelt sich auf Grundlage der unter aa) und bb) dargelegten Grundsätze wie folgt:

(1) Die Parteien haben sich im Rahmen ihres Vertrages nicht (im Sinne von oben d) aa) (1)) auf ein verbindliches Verfahren zur Ermittlung einer Entschädigung nach § 642 BGB geeinigt. Zwar macht die Klägerin als verzögerungsbedingten Nachteil die Erhöhung ihrer Lohnkosten im Zeitraum von 2008 bis 2011 geltend. Zugleich sieht Vertrag unter "3.7 Stundenlohnarbeiten" einen Verrechnungslohn von 36,- Euro / Stunde für einen Obermonteur vor (vgl. Anlage K 1, Position 3.7.10). Dieser Verrechnungslohn wird von der Klägerin zur Ermittlung der Entschädigung auf dem Blatt "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen EFB-Preis 1a" in seine Bestandteile aufgegliedert (vgl. Anlage K 10). Es ist aber nicht ersichtlich, dass sich die Parteien auf diese Aufgliederung des Verrechnungslohns, wie sie der Anlage K 10 beigelegt ist, als verbindliche Grundlage für die Ermittlung einer Entschädigung gemäß § 642 BGB geeinigt hätten. Als Mindestvoraussetzung müsste dazu feststehen, dass die Klägerin das bezifferte Blatt "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen EFB-Preis 1a", so, wie es in der Anlage K 10 enthalten ist, der Beklagten bei Vertragsschluss offen übergeben hat. Dies ist weder vorgetragen noch ist das entsprechende Formular in den Auftragsunterlagen (vgl. Anlage K 1) ausgefüllt. Auch sonst gibt es keinen Parteivortrag zu diesem Punkt. Damit kann eine Einigung der Parteien auf einen bestimmten Modus der Preisfortschreibung nicht zweifelsfrei festgestellt werden.

(2) Damit ist die Entschädigung gemäß § 642 BGB anhand der vereinbarten Vergütung zu ermitteln, wobei diese in die maßgeblichen Bestandteile zerlegt werden muss. Ausgangspunkt hierfür ist, wie dargelegt, die vom Unternehmer, also der Klägerin, vorgetragene Kalkulation.

Die Klägerin macht die Erhöhung ihrer Lohnkosten geltend, der ihr durch die Verschiebung einzelner Leistungen des ersten Bauabschnitts aus dem Jahr 2008 (spätestens) in das Jahr 2011 entstanden sind (zusammengestellt im Nachtrag 4). Aus der Berechnung der Nachtragsvergütung durch die Klägerin in der Anlage K 10 ergibt sich zunächst, dass sie den Arbeitskraftanteil ihrer Leistungen des Nachtrags 4 mit dem Verrechnungslohn von 36,- Euro in Ansatz bringt. Die Herleitung des Verrechnungslohns von 36,- Euro ergibt sich aus dem Blatt "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen" (Bestandteil der Anlage K 10). Diese Kalkulation sieht einen durchschnittlichen Mittellohn (ML) als Ausgangsgröße vor und ermittelt auf dieser Grundlage mit festen quotalen Zuschlägen für Lohnzusatzkosten (+ 100,8 % auf ML) und Lohnnebenkosten (+ 30 % auf ML) einen Kalkulationslohn von 30,- Euro, der als Bestandteil der Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) anzusehen ist. Nach einem weiteren

Zuschlag auf diesen Kalkulationslohn in Höhe von 20 % errechnet sich der Verrechnungslohn des ursprünglichen Vertrages von 36,- Euro.

Tabelle 1: Kalkulation des Verrechnungslohns durch die Klägerin:

Mittelohn ML 13,00 Euro
Lohnzusatzkosten 100,8 % auf ML 13,10 Euro
Lohnnebenkosten 30 % auf ML 3,90 Euro

Kalkulationslohn KL 30,00 Euro
Zuschlag auf KL 20 % auf KL 6,00 Euro
Verrechnungslohn VL 36,00 Euro

(3) Diese von der Klägerin vorgelegte Kalkulation des Verrechnungslohns kann für die Ermittlung der Entschädigungshöhe gemäß den Ausführungen unter bb) nicht unverändert herangezogen werden. Denn die Kalkulation ist nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht zutreffend.

(a) Eingangsgröße der Kalkulation ist der Mittelohn ML, der mit 13,- Euro angegeben ist. Demgegenüber trägt die Klägerin unwidersprochen vor, der Mittelohn ihrer Mitarbeiter habe im Jahr 2008 tatsächlich 11,78 Euro pro Stunde betragen. Damit war er im Zweifel auch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ende 2007 nicht höher. Da eine Kalkulation - wie dargelegt - immer nur ein Modell zur Aufgliederung eines Preises in seine Bestandteile sein kann, ist es möglich und zur Erzielung möglichst korrekter Ergebnisse auch geboten, bei der Ermittlung der Verzögerungsvergütung die Kalkulation dahin zu korrigieren, dass sie den tatsächlichen Verhältnissen des Marktes und des Betriebes der Klägerin besser Rechnung trägt.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Kalkulation des ursprünglichen Verrechnungslohns dahin zu korrigieren ist, dass die Eingangsgröße "Mittelohn ML" nicht 13,00 Euro, sondern 11,78 Euro beträgt, weil letzteres auf Grundlage der Angaben der Klägerin der richtige Wert ist. Diesen Wert hat die Klägerin im Einzelnen hergeleitet, ohne dass ihr insoweit nachvollziehbares Zahlenwerk durch die Beklagte bestritten worden wäre (vgl. Tabelle "Stundenlohn - Vergleich" der Anlage K 10).

(b) Die auf diese korrigierte Eingangsgröße vorzunehmenden Zuschläge Lohnzusatzkosten und Lohnnebenkosten sind im Zweifel fixe Größen, die durch die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Betriebs der Klägerin vorgegeben sind. Daraus folgt, dass die Änderung des Mittellohns Auswirkungen auf die Höhe des Kalkulationslohns hat. Nach den Zuschlägen "Lohnzusatzkosten" von 100,8 % = 11,87 Euro und "Lohnnebenkosten" von 30 % = 3,53 Euro (beide bezogen auf ML neu = 11,78 Euro) errechnet sich ein eigentlicher Kalkulationslohn von 27,18 Euro. Da der unstreitig vereinbarte Verrechnungslohn gemäß Position 3.7.10 des Angebots (Anlage K 1) aber 36,- Euro betrug, enthält dieser auf Grundlage des tatsächlichen Mittellohns der Klägerin einen entsprechend höheren Zuschlag auf den tatsächlich geringeren Kalkulationslohn. Denn jedenfalls im vorliegenden Fall stellt der Verrechnungslohn von 36 Euro eine fixe Größe dar, weil die Parteien sich auf ihn ausdrücklich geeinigt haben (Position 3.7.10 des LV, Anlage K 1). Begreift man die Differenz zwischen dem Kostenanteil Kalkulationslohn einerseits und dem Verrechnungslohn andererseits als Gewinn, enthält die ursprüngliche Kalkulation also insoweit eine nicht sichtbare stille Reserve, die aber real und deshalb bei der Preisanpassung zu berücksichtigen ist. Im vorliegenden Fall beläuft sich der Zuschlag auf insgesamt $36,00 - 27,18 \text{ Euro} = 8,82 \text{ Euro}$, bezogen auf Kalkulationslohn / EKT somit $8,82 : 27,18 = 32,5 \%$.

Tabelle 2: berichtigte Kalkulation des Verrechnungslohns:

Mittelohn ML korrigiert 11,78 Euro
Lohnzusatzkosten korrigiert 100,8 % auf ML 11,87 Euro
Lohnnebenkosten korrigiert 30 % auf ML 3,53 Euro

Kalkulationslohn korrigiert 27,18 Euro
Zuschlag auf KL korrigiert 32,5 % auf KL 8,82 Euro
Verrechnungslohn 36,00 Euro

Diese berichtigte Kalkulation des Verrechnungslohns ist maßgeblich, da die Beklagte weder die ursprüngliche Kalkulation noch die Korrektur der Eingangsgröße "Mittelohn" bestritten hat.

(c) Dabei ist der Zuschlag von 32,5 % auf den Kalkulationslohn nicht wegen fehlender Plausibilität zu korrigieren. Zwar umfasst der ursprüngliche Zuschlag von 20 % in der Tabelle "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen" (Anlage K 10), der den Ausgangswert darstellt, allein einen Deckungsbeitrag für die AGK, während die Zuschläge für Baustellengemeinkosten (BGK) und Wagnis & Gewinn mit 0 angegeben werden (vgl. die Anlage K 10). Diese Angaben sind offensichtlich beliebig. Vielmehr handelt es sich bei den 20 % im Kalkulationsblatt, die wegen des tatsächlich geringeren Mittellohns richtigerweise zu 32,5 % zu korrigieren sind, offensichtlich um einen Mischzuschlag, der im Zweifel einen Deckungsbeitrag für die AGK, aber auch einen Gewinnanteil umfasst. Weil im Rahmen der Entschädigung nach § 642 BGB beide Zuschläge auf den Betrag der verzögerungsbedingten Mehrkosten vorzunehmen sind, kann es dahinstehen, welcher Teil des kalkulierten Zuschlags nun auf die AGK und welcher auf den Gewinn entfällt. Von Bedeutung wäre es allerdings, wenn feststünde, dass die vereinbarte Vergütung und der mit ihr vereinbarte Verrechnungslohn von 36,- Euro richtigerweise mit einem Deckungsbeitrag für die BGK darzustellen ist. Dann wäre dieser Anteil aus dem verzögerungsbedingt modifizierten Verrechnungslohn herauszurechnen (vgl. oben d) aa) (2) (d)). Das Bedürfnis zu einer solchen Korrektur steht aber nicht fest. Es ist nicht zwingend, dass die Deckung der Baustellengemeinkosten eines Vorhabens über einen Zuschlag auf den kalkulierten Lohn der Mitarbeiter erfolgt. Vielmehr können auch anderen Kostenpositionen bezuschlagt werden oder die Baustelleneinrichtung kann auch über einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses vergütet werden, wie es auch im vorliegenden Fall jedenfalls teilweise geschehen ist (vgl. Positionen 1.1.10 und 1.1.20 des LV, Anlage K 1). Damit lässt der Umstand allein, dass der BGK-Zuschlag im Blatt "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen" (Anlage K 10) mit 0 angesetzt ist, nicht die Plausibilität der Kalkulation der Klägerin insoweit entfallen. Es ist deshalb im Zweifel davon auszugehen, dass die im Verrechnungslohn enthaltenen Zuschläge auf den Kalkulationslohn vollständig auf AGK und Gewinn entfallen und deshalb in vollem Umfang für die Entschädigung nach § 642 BGB maßgeblich sind.

(4) Zum Ausgleich des Lohnkostennachteils der Klägerin, ist der Lohnkostenanteil derjenigen Bauleistungen des ersten Bauabschnitts, die in das Jahr 2011 verschoben wurden (Nachtrag 4), mit einem Verrechnungslohn von 41,26 Euro anstelle von 36,- Euro zu bewerten.

Dieser neue verzögerungsmodifizierte Verrechnungslohn ermittelt sich wie folgt:

(a) Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass sich der Mittelohn, den sie an ihre Mitarbeiter zahlt von 11,78 Euro im Jahr 2008 auf 13,49 Euro im Jahr 2011 erhöht hat. Diesen Anstieg hat sie mit einer tabellarischen Übersicht nachvollziehbar dargelegt (vgl. das Blatt "Stundenlohn - Vergleich" der Anlage K 10). Die Beklagte hat dieses Zahlenwerk nicht oder jedenfalls nicht in ausreichender Form bestritten. Soweit sie auf ihr Schreiben vom 27. November 2012 (Anlage B 5) verweist, wonach "Rechenfehler festzustellen" seien, ist dies nicht ausreichend, denn es werden keine konkreten Rechenfehler aufgezeigt. Das Gericht konnte auch keine Rechenfehler entdecken, die sich zu Lasten der Beklagten ausgewirkt hätten. Da die Aufstellung ohne Schwierigkeiten nachvollzogen werden kann und es vor dem Hintergrund der

bereits seit mehreren Jahren guten Geschäftsentwicklung im Baugewerbe auch plausibel ist, dass die von der Klägerin zu zahlenden Gehälter zwischen 2008 und 2011 gestiegen sind, geht das Gericht gemäß § 287 Abs. 1 ZPO ohne weitere Beweisaufnahme von der Richtigkeit der Erhöhung des von der Klägerin gezahlten Durchschnittslohns aus.

Wenn die Verzögerungsvergütung auf Grundlage einer möglichst richtigen Kalkulation bestimmt werden soll, ist in das Zahlenwerk somit ein Mittellohn ML neu von 13,49 Euro als Ausgangsgröße einzustellen. Nach festen Zuschlägen von 100,8 % und 30 % - jeweils auf ML neu - errechnet sich ein Kalkulationslohn von 31,14 Euro, auf den sodann der Zuschlag von 32,5 % auf den Kalkulationslohn vorzunehmen ist. Es errechnet sich ein neuer Verrechnungslohn von 41,26 Euro.

Tabelle 3: Ermittlung des verzögerungsbedingt erhöhten neuen Verrechnungslohns

Mittellohn neu 13,49 Euro
Lohnzusatzkosten 100,8 % 13,60 Euro
Lohnnebenkosten 30 % 4,05 Euro

Kalkulationslohn neu 31,14 Euro
Zuschlag auf EKT 32,5 % 10,12 Euro
Verrechnungslohn neu 41,26 Euro

(b) Unerheblich ist, dass die Klägerin ihren verzögerungsbedingt erhöhten Verrechnungslohn zur Ausgleich ihres Lohnnachteils nur mit 40,74 Euro berechnet (vgl. die handschriftliche Ermittlung des Verrechnungslohnszuschlags von 4,74 Euro auf dem Kalkulationsblatt zum Verrechnungslohn und die weiteren Berechnungen in der Anlage K 10). Neben einem Rechenfehler ist diese Abweichung darauf zurückzuführen, dass die Klägerin ihren Lohnkostennachteil zwar auch in der Mittellohndifferenz zwischen 11,78 Euro und 13,49 Euro sieht, dann aber bei einem Zuschlag auf den Kalkulationslohn von 20 % bleibt. Tatsächlich wäre die Anpassung des Zuschlags auf 32,5 % richtig, wie oben in der Tabelle 2 gezeigt. Da die zutreffende Ermittlung der Verzögerungsvergütung letzten Endes eine Frage der Rechtsanwendung ist, ist das Gericht an die geringere Berechnung der Klägerin nicht gebunden. Auch § 308 Abs. 1 ZPO steht der Korrektur dieses Punktes durch das Gericht nicht entgegen. Denn der Vergütungsanspruch der Klägerin stellt insgesamt einen einheitlichen Klagegegenstand dar. In seinem Gesamtergebnis übersteigt der vom Gericht berechnete Betrag denjenigen, den die Klägerin geltend macht, nicht.

Allerdings belegt gerade dieser Punkt die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, dass die von einem Unternehmer vorgetragene Kalkulation immer nur ein erster Schritt zur Ermittlung der Vergütungsbestandteile sind, die die Grundlage für die Entschädigung nach § 642 BGB sind. Zwar wirkt sich im vorliegenden Fall die Anpassung der nicht verbindlichen Kalkulation des Verrechnungslohns zugunsten der Klägerin aus, weil auf Grundlage ihres unstrittig geringeren Mittellohns die verzögerungsbedingte Lohnkostenerhöhung höher ausfällt und auf diese außerdem höhere Zuschläge vorzunehmen sind. Häufig stehen die Angaben in einer solchen Kalkulation aber weitgehend im Belieben des Unternehmers. Gibt er - anders als die Klägerin im vorliegenden Fall - seine Kosten in der Kalkulation geringer an, als sie tatsächlich sind, könnte er auf diese Weise einen fiktiven Kalkulationsgewinn schaffen, der bei Vertragsschluss tatsächlich gar nicht ausgehandelt wurde, aber für die Preisfortschreibung gemäß § 642 Abs. 2 BGB maßgeblich wäre. Dies hält das Gericht wie dargelegt (oben bb)) nicht für richtig, weshalb dann die vorgetragene Kalkulation zugunsten des Bestellers gemäß den tatsächlichen Verhältnissen zu modifizieren wäre. Im vorliegenden Fall hat dies zugunsten des Unternehmers zu geschehen.

(5) Auf Grund des Umstands, dass nur der verzögerungsbedingte Nachteil bei den Lohnkosten,

nicht aber der verzögerungsbedingte Nachteil bei den Materialkosten ausreichend dargelegt ist, setzt das Gericht den Gesamtbetrag der Entschädigung nach § 642 Abs. 2 BGB nach freier Überzeugung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO mit 50 % des Betrages von 5.993,30 Euro netto fest, den die Klägerin als Nachtrag 4 geltend macht. Somit beläuft sich dieser Anspruch auf 2.996,65 Euro netto.

Die Quote von 50 % des Gesamtbetrags des Nachtrags 4 hat das Gericht überschlägig wie folgt ermittelt: Es hat aufgrund des Zahlenmaterials der Anlage K 10 einzelne Positionen des Nachtrags 4 darauf hin untersucht, mit welchem Anteil die geltendgemachte Preisdifferenz auf die vorgetragene verzögerungsbedingte Steigerung der Lohnkosten entfällt.

Tabelle 4: Preisfortschreibung der Position 3.4.80:

Ausgangspreis lt. LV: 17,40 Euro
neuer Preis lt. Nachtrag 4: 20,83 Euro
Differenz: 3,43 Euro
Anteil der Lohnkosten an der Preissteigerung: 1,82 Euro

Der Anteil des Lohnkostennachteils an der Preisdifferenz beträgt bei der Position 3.4.80 mithin $1,82 : 3,43 = 53 \%$. Der Rest der Preisdifferenz entfällt auf die angebliche Steigerung der Einkaufspreise, die auf Grundlage des Vortrags der Klägerin aber nicht im Einzelnen nachvollzogen werden kann (vgl. oben Ziff. 3 c)).

Nach diesem Muster ergeben sich bei einzelnen Positionen die folgenden Anteile der Lohnkostensteigerung:

Tabelle 5: Anteile der Lohnkostensteigerung an einzelnen Mehrvergütungspositionen

Position	Anteil der Lohnkostensteigerung
3.4.80	53 %
3.4.120	54 %
3.4.140	29 %
3.4.320	44 %
3.4.840	32 %
Mittelwert	42,4 %

Hier ist zu beachten, dass diese Quoten auf der Berechnung der Klägerin aufbauen, die, wie dargelegt, von einem verzögerungsbedingten Verrechnungslohn von 40,74 Euro ausgeht, während nach Auffassung des Gerichts 41,26 Euro richtig wären. Tatsächlich errechnete sich daher eine höhere lohnkostenbedingten Preissteigerung, deren genaue Ermittlung aber aufwändig wäre.

Unter Berücksichtigung dieses Punktes hält es das Gericht in der Gesamtbewertung daher für vertretbar und im Interesse der Vereinfachung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO auch für geboten, den Lohnkostenanteil an der beanspruchten verzögerungsbedingten Mehrvergütung mit insgesamt 50 % anstelle von 42,4 % anzusetzen. Es errechnet sich als Nachtrag 4 somit eine verzögerungsbedingte Entschädigung von insgesamt 2.996,65 Euro.

b) Aus anderen Anspruchsgrundlagen steht der Klägerin für die Positionen, die sie als Nachtrag 4 abrechnet, kein Anspruch zu, jedenfalls kein Anspruch, der über den Betrag von 2.996,65 Euro netto hinausgeht.

aa) Ein weitergehender Anspruch ergibt sich nicht aus § 2 Abs. 5 VOB/B. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich bereits nicht eindeutig, dass die Verschiebung von Arbeiten des ersten

Bauabschnitts aus dem Jahr 2008 in das Jahr 2011 auf eine Änderungsanordnung der Klägerin zurückgehen. Doch selbst wenn dem so wäre und der Klägerin somit auch nach § 2 Abs. 5 VOB/B ein neuer Preis unter Berücksichtigung ihrer hierdurch bedingten Mehrkosten zustünde, so berechnete sich dieser auf dieselbe Weise wie die Entschädigung nach § 642 BGB und würde somit den unter 3. a) dargelegten Betrag nicht überschreiten.

bb) Aus § 6 Abs. 6 VOB/B kann die Vergütung des Nachtrags 4 nicht hergeleitet werden. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich nicht, dass die teilweise Verschiebung der Arbeiten des ersten Bauabschnitts bis in das Jahr 2011 auf eine Pflichtverletzung der Beklagten zurückgehen. Die vertragliche Fertigstellungsfrist bis zur Ende der 50. KW 2008 begründet im Zweifel - und so auch hier - keine verbindliche Vertragspflicht für die Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32).

c) Der Betrag von 2.996,35 Euro, der als Entschädigung gemäß § 642 BGB für den Nachtrag 4 in die Schlussrechnung einzustellen ist, ist wie die übrigen Positionen dieser Schlussrechnung mit der Mehrwertsteuer von 19 % zu belegen. Der Entschädigung nach § 642 BGB ist Entgelt i.S.v. § 10 Abs. 1 UStG, da ihr eine steuerbare Leistung des Unternehmers zugrunde liegt (BGH, Urteil vom 24.1.2008, VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118).

4. Es errechnet sich eine Vergütung der Klägerin von insgesamt 102.335,07 Euro (brutto).

Hierauf hat die Beklagte Zahlungen von insgesamt 100.054,88 Euro (brutto) geleistet, sodass sich der noch offene Betrag von 2.280,19 Euro ergibt:

Vergütung EL ohne Nachtrag 4 netto	82.999,21 Euro	Nachtrag 4 netto	2.996,65 Euro	Vergütung NEL (Saldo) netto	0 Euro	Vergütung netto gesamt netto	85.995,86 Euro	Mehrwertsteuer	19 %	16.339,21 Euro	Vergütung brutto gesamt brutto	102.335,07 Euro	abzüglich Zahlungen brutto	100.054,88 Euro	Vergütung offen brutto	2.280,19 Euro
------------------------------------	----------------	------------------	---------------	-----------------------------	--------	------------------------------	----------------	----------------	------	----------------	--------------------------------	-----------------	----------------------------	-----------------	------------------------	---------------

5. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 280, 286, 288 Abs. 2 BGB.

6. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO.

7. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen. Der geltend gemachte Vergütungsanspruch, der die Vergütung NEL und den Nachtrag 4 umfasst, stellt einen einheitlichen Streitgegenstand dar. Die Entscheidung hierüber hat in mehrfacher Hinsicht grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Dies gilt zum Einen für die Frage der Wirksamkeit von § 6 Abs. 7 VOB/B bei AGB-Einzelkontrolle, die durch den BGH - soweit ersichtlich - nicht geklärt ist (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 20.10.2005, VII ZR 190/02; Urteil vom 13.5.2004, VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161). Zum Anderen gilt es für die Bestimmung der Entschädigung nach § 642 BGB der Höhe nach, wobei das Gericht bei der Frage, ob sie einen Gewinnanteil umfasst, von der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143,32, Rz 26) abgewichen ist.