

Rundbrief 47 - Änderung der Rechtsprechung zum Anspruch der verzögerungsbedingten Mehrkosten

Bisherige Rechtsprechung:

Nicht selten kam es bei der Durchführung von Bauwerksleistungen zu Verzögerungen, die nicht ursächlich auf Verschulden des Bauherrn und Auftraggeber zurückzuführen waren, so dass ein Schadensersatzanspruch des betroffenen Unternehmers gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B bei einem geschlossenen VOB/B-Bauwerkvertrag damit ausschied, weil dieses Anspruch ein *Verschulden* des Bauherrn und Auftraggeber voraussetzte.

Dem betroffenen Unternehmer und Auftragnehmer blieb nur der Weg über § 642 BGB die ihm dadurch entstandenen Mehrkosten gegenüber dem Bauherrn geltend zu machen und zwar als Entschädigungsanspruch, wenn

- a. der Bauherr und Auftraggeber durch sein Unterlassen der Handlung in Verzug mit der Annahme der ihm durch den Unternehmer angebotenen Bauleistung kam.
- b. bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag (VOB/B-Vertrag) der Auftragnehmer/Unternehmer die Behinderung, wenn sie nicht offenkundig war, dem Auftragnehmer angezeigt hat (§ 6 Abs. 1 VOB/B)

Maßgeblich ist für den Entschädigungsanspruch mithin eine nicht rechtzeitige oder fehlende Mitwirkungshandlung des Auftraggebers, ohne die die Herstellung des Werks **nicht erfolgen** kann (BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13).

Die Durchsetzung dieses Anspruchs scheiterte aber **fast immer** an der hohen Hürde, die die Rechtsprechung an die Darlegungs- und Beweislast für den Unternehmer stellte.

Nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte [OLG Frankfurt Urt. v. 23.07.2013 – 6 U 122/13, BGH Beschl. v. 25.06.2015 – VII ZR 238/13; OLG Brandenburg Urt. v. 18.02.2016 – 12 U 222/14; OLG München Urt. v. 20.11.2007- BGH Beschl. v. 09.11.2008 – VII ZR 222/07] war bei Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs eine bauablaufbezogene Darstellung gefordert, die nur in den seltensten Fällen von Unternehmer vorgetragen werden konnte.

Für den Schadensersatzanspruch wegen Bauzeitverlängerung gilt aber nach der Entscheidung des OLG Köln v. 24.03.2015 – 22 U 162/13 (IBRRS 2018, 2651) und dem BGH Beschl. v. 10.01.2018 – VII ZR 58/16 (NZB zurückgewiesen), dass die Bauzeitstörungen durch die Behinderungen im Einzelnen darzulegen und unter Darstellung des gesamten Bauablaufs ohne oder mit dem jeweiligen Hindernis vorzutragen sind und sich hieraus eine Verlängerung der Gesamtbauezeit ergibt. Die **abstrakte Berechnung durch einen Sachverständigen ist nicht ausreichend.**

Neue Rechtsprechung:

Nach der jüngsten Entscheidung des **KG, Urt. v. 10.01.2017 – 21 U 14/16; IBR 2017, 120**, steht dem Unternehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB zu, wenn ihm durch den Annahmeverzug des Auftragnehmers ein Vermögensnachteil entstanden ist. Hat der Unternehmer dies dargelegt ist eine **weitergehende bauablaufbezogene Darstellung** der Bauarbeiten zur Anspruchs begründung **nicht erforderlich.**

Beispiel:

BU soll am 15.04. mit der Fortsetzung seiner begonnen Bauarbeiten, die er wegen eines anderen zunächst zu von einem anderen Unternehmer zu erbringenden Leistung unterbrochen hatte, beginnen. BU hat zu diesem Zweck die Baustelle bereits eingerichtet, Baumaterialien und notwendiges Gerät auf die Baustelle geschafft. Er teilt dem Bauherrn mit, dass er mit den am 15.04. mit der Fortsetzung seiner Arbeiten nun beginnen wird. Da erfährt er, dass die notwendigen Vorarbeiten, die der Bauherr einem anderen Unternehmer in Auftrag gegeben, wegen der Insolvenz dieses Unternehmers noch nicht fertiggestellt sind und die Vorarbeiten sich um 4 Wochen verzögern. Im Klagverfahren auf den Verzögerungsschaden ist ein entsprechender Vortrag ausreichend, nun seinen Verzugsschaden dem Grunde nach durchzusetzen. Weiterer Vortrag, insbesondere eine bauablaufbezogene Darstellung seiner bisherigen Tätigkeit erübrigt sich, selbst wenn der BU vor der Zeit seiner Unterbrechung selbst schon in Verzug geraten war.

Diese Auffassung wurde zwar in der Revisionsinstanz vom BGH in seiner Entscheidung vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17 – nicht *expressis verbis* bestätigt, denn für die Revisionsentscheidung gegen das Urteil des KG kam es hierauf nicht an, so dass der BGH diese offenließ, **aber er hat bestätigt, dass es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB um einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art handelt, auf den die Vorschriften der Berechnung des Schadensersatzanspruchs nach §§ 249 ff. BGB nicht anwendbar sind.**

Ob hieraus die Konsequenz geschlussfolgert werden kann, dass eine bauablaufbezogene Darstellung auch nach Auffassung des BGH nicht mehr notwendig ist für den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB, bleibt allerdings wegen der jüngsten Entscheidung des BGH vom. 10.01.2018 (sie oben) problematisch

Nach der jüngsten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 07.06.2016 – 23 U 149/13- IBRRS 2019, 2153 - gegen die eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH erfolglos eingereicht wurde (Beschl. v. 07.11.2018 – VII ZR 180/18) verbleibt es wohl dabei, dass ein Anspruch auf Entschädigung wegen Annahmeverzugs des Auftraggebers gem. § 642 BGB der Auftragnehmer im Einzelnen konkret darzulegen hat, dass die Mehrkosten auf einer vom Auftraggeber zu verantwortenden Bauzeitverlängerung beruhen. Dem Auftragnehmer, der sich durch Obliegenheitsverletzungen des Auftraggebers behindert fühlt, ist es zuzumuten, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergibt. Die Behinderung ist Grundlage der Haftung aus § 642 BGB.

Achtung:

Diese Auffassung vertritt auch das OLG Oldenburg Urt. v. 20.08.2019-2 U 81/19 in seiner jüngsten Entscheidung vom, abgedruckt IBR 2019, 603. Gegen diese Entscheidung ist NZB zum BGH eingelegt – AZ VII ZR 192/19.

Nun gibt es zu diesem Thema eine weitere Entscheidung des OLG Braunschweig vom 15.06.2017 – 8 U 59/16, gegen das eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGB zurückgewiesen wurde (BGH Beschl. v. 18.09.2019 – VII ZR 156/17

1. Verlangt der AN eine Entschädigung nach § 642 BGB wegen einer Bauzeitverzögerung, muss er die unterlassene Mitwirkungshandlung des AG, den Annahmeverzug und dessen Dauer darlegen.
2. Einer bauablaufbezogenen Darstellung bedarf es nicht, wenn für die vertragliche geschuldeten Leistungen in dem betreffenden Verzögerungszeitraum ein absoluter Baustopp herrschte.
3. Der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB umfasst die verzugsbedingten Nachteile des AN. Dazu gehören auch die Gerätestillstandskosten.

Schadensumfang:

Nach der Rechtsauffassung des KG in der Entscheidung vom 10.01.2017 – 21 U 14/16, soll dem Unternehmer eine Entschädigung zustehen im gesamten Umfang, indem dem Unternehmer durch den Annahmeverzug ein Vermögensnachteil entstanden ist, bezogen auf den Annahmeverzug. Danach sollen auch erfasst sein Zusatzkosten, die dem Unternehmer entstanden sind aufgrund Preiserhöhungen seiner Materiallieferanten und etwaige Lohnsteigerungen bis zum Ende der tatsächlichen Bauzeit.

Diese Auffassung wird allerdings vom BGH verneint (BGH 26.10.2017 – VII ZR 16/17)

Mehrkosten durch Material- oder Lohnkostensteigerungen, die zwar durch den Annahmeverzug des Auftraggebers, aber erst nach Beendigung des Annahmeverzuges bis zur Beendigung der Baumaßnahme anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Leistung, sind nicht vom Entschädigungsanspruch erfasst.

Grund:

Der Wortlaut § 642 BGB nennt für die Entschädigung nur für die Dauer des Verzug, nicht für jedoch dessen Auswirkungen auf den weiteren Bauablauf.

Beispiel:

*In der Zeit, indem Annahmeverzug vom 15.04. bis 15.05. bestand, sind weder die Materialkosten gestiegen noch die Lohnkosten, sondern erst danach, werden **nicht vom Entschädigungsanspruch erfasst***

[anders OLG Düsseldorf BauR 1983, 473; Kniffka/Koebler Kompendium des BauR 4. Aufl. 8. Teil Rn. 38, wie BGH: OLG Köln NJW-RR 2004, 818; Ingenstau/Korbion VOB 20. Aufl. § 6 Abs. 6 Rdn 63; Beck'scher VOB Kommentar 3. Aufl. § 6 Abs. 6 Rdn 163]

Die **Höhe der Entschädigung** ermittelt sich nach den maßgeblichen Preisbestandteilen gemäß der vereinbarten Vergütung (§ 642 Abs. 2 BGB) und umfasst auch die in dieser Vergütung erfassten Anteile für **Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten** (BGH Ur. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

Zu beachten ist auch die Entscheidung des KG Ur. v. 29.01.2019 – 21 U 122/18; IBRRS 2019, 0357: **-vgl. hierzu die Revisionsentscheidung des BGB v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19 am Ende dieses Rundbriefs besprochen**

Wenn der Unternehmer wegen des Annahmeverzugs des Auftraggebers die Vergütung aus dem gestörten Werkvertrag nicht wie vorgesehen erwirtschaften kann, steht ihm aber für diesen Umsatznachteil keine Entschädigung nach § 642 BGB zu.

Ausgangspunkt ist die vom Unternehmer erstellte Kalkulation. Soweit diese **nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht** – insbesondere, weil sie in der Vergütung enthaltene Deckungsbeiträge und Gewinnanteile ausweist, die in Anbetracht der Vertragsdurchführung nicht realistisch sind – ist sie in einem Rechtsstreit entsprechend zu korrigieren. Das Gericht kann diese nach § 287 Abs. 1 ZPO schätzen und Berichtigungen vornehmen.

Zu erstatten sind daher

- die hypothetischen Kosten ohne den Annahmeverzug, mithin die Personalkosten, und die Gerätekosten
- die in den Einzelpreisen enthaltenen Anteile für Gewinn, Wagnis und AKG. Da sich nicht ohne Weiteres in den EP erkennen lässt, in welchem Umfang sie Deckungsbeiträge für die Einzelkosten der Teilleistungen, die AKG und Gewinn enthalten muss, die Vergütung in diese Bestandteile zerlegt werden, um die Kostenpositionen zu isolieren, die sich verzugsbedingt geändert haben und die Grundlage für die Ermittlung der Anspruchshöhe sind
- die Lagerkosten für gekaufte aber noch nicht verbaute Materialien sind für die Dauer des Verzugs ebenfalls zu erstatten, ggfls. gemäß § 304 BGB.

Tipp:

Die Entschädigungskosten nicht einfach pauschal in die Rechnung einstellen, sondern Vorstehendes unbedingt zu beachten, da andernfalls der Anspruch zur Höhe nach unschlüssig ist und die Klage aus diesem Grund abgewiesen wird.

Nunmehr ist eine weitere neue Entscheidung des BGH ergangen – Urte. v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19, auf die Revision zur KG-Entscheidung vom 29.01.2019 – 21 U 122/18 (vgl. oben)

Hier nun die wesentlichen Feststellungen des BGH:

- a. durch den Wortlaut in § 642 BGB „angemessene Entschädigung“ wird klargestellt, dass es sich beim 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 ist. (insoweit Bestätigung der Entscheidung BGH Urte. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17 Rn.27)
- b. Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung angefallen sind, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, von Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst sind (Bestätigung BGH Urte. VII ZR 16/17)
- c. Bei der Bemessung der Entschädigung ist die Höhe der vereinbarten Vergütung zu berücksichtigen, also auch in der vereinbarten Vergütung enthaltener **Anteil für Gewinn, Wagnis, Allgemeine Geschäftskosten** sowie auch eine angemessene Entschädigung für die während des Annahmeverzugs die Bereitstellung für **Personal, Geräte, Kapital**

(Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung)- Bestätigung BGH Urt. VII ZR 16/17)

- d. Es besteht kein Anspruch darauf, dass dem Unternehmer der gesamte Nachteil auszugleichen ist, der durch die während des Annahmeverzugs nicht mögliche Erwirtschaftung der Vergütung entstanden ist.
- e. **Danach orientiert sich die angemessene Entschädigung darn, welche Anteile der vereinbarten Vergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und Allgemeinen Geschäftskosten auf die vom Unternehmer während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen**
- f. *Dies hat der Tatrichter festzustellen und die hierauf entfallenden Anteile der Gesamtvergütung hat er zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist.*
- g. **Die Darlegungs- und Beweislast für die in § 642 BGB genannten Kriterien trägt der Unternehmer als Anspruchsteller, der die Tatsachen für die vom Tatrichter vorzunehmenden Abwägungsentscheidung beizubringen hat.**

Erstellt am 21.11.2017, ergänzt Oktober 2018, 08.02.2019, 23.07.2019, 04.09.2019 u. 18.12.2019 u. 22.03.2020

Rechtsanwalt – Notar a.D.

Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht

Erk Winkelmann