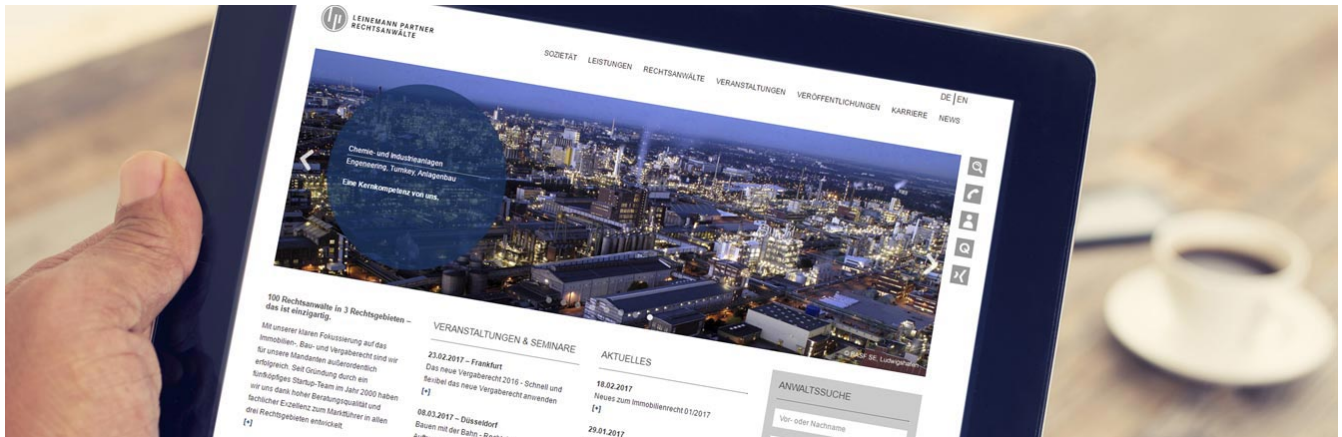




Neues zum Baurecht 02/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 2. Ausgabe 2019 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollten Sie hierzu weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).

Leinemann Partner Rechtsanwälte als Deutschlands führende Kanzlei im Bau- und Vergaberecht stellen regelmäßig eine Sammlung der aktuellen Vorschriften für die Baubeteiligten zur Verfügung.

Unsere beliebte Textsammlung "Baurecht 2019" ist erschienen. Die Textsammlung enthält auch in der Neuauflage alle relevanten Regelwerke, die bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen und vertragsrechtlich für die Realisierung von Bauprojekten von Bedeutung sind. Das Buch ist nicht im Buchhandel, sondern nur direkt über unsere [Website](#) erhältlich.

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Deborah Koch, Hamburg

Pauschalhonorarvereinbarung formunwirksam: Ingenieur kann nach Mindestsätzen abrechnen!

Danilo Rosendahl, Berlin

Vorsicht bei Vertragsstrafenregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen!

Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Schluss mit der Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?

Rasmus Gersch, Hamburg

Zur Höhe der Entschädigung nach § 642 BGB



Deborah Koch, Hamburg

Pauschalhonorarvereinbarung formunwirksam: Ingenieur kann nach Mindestsätzen abrechnen!

OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.11.2018, 13 U 258/17

Erkennen Bauherr und Architekt nicht, dass die zwischen ihnen mündlich getroffene Pauschalhonorarvereinbarung formunwirksam ist, ist die Geltendmachung des restlichen Honoraranspruchs auf Basis der Mindestsätze der HOAI nicht treuwidrig.

Der Kläger (Ingenieur) macht gegen die Beklagte (Bauherrin) einen restlichen Vergütungsanspruch aus einem zwischen den Parteien mündlich geschlossenen Ingenieurvertrag für die Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 8 für die Gewerke Heizung und Sanitär geltend.

Die Parteien haben auf der Grundlage des „Leistungsbildvorschlags“ ein Pauschalhonorar in Höhe von EUR 57.000,00 netto vereinbart.

In der Folgezeit entstand Streit zwischen den Parteien über die Zahlung von Abschlagsrechnungen. Schlussendlich hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung von rund EUR 27.000,00 verklagt. Zur Begründung verweist der Kläger unter anderem darauf, dass die mündlich getroffene Pauschalhonorarvereinbarung formunwirksam sei. Die Beklagte hält dem entgegen, dass der Kläger sich widersprüchlich verhalte und treuwidrig handle, indem er sich nun auf die Formunwirksamkeit der Honorarvereinbarung berufe.

Das erstinstanzliche Gericht hatte die Klage des Klägers in vollem Umfang abgewiesen.

Der Kläger verfolgt mit der eingelegten Berufung seinen erstinstanzlichen Zahlungsantrag in Höhe von EUR 13.512,45 weiter und hat nach Erstellung und Einreichung einer Schlussrechnung die Klage um weitere EUR 14.070,63 erweitert.

Der Senat erteilt den Einwänden der Beklagten eine Absage. Hierzu führt er aus, dass beide Parteien offenkundig die Formunwirksamkeit der mündlich getroffenen Pauschalhonorarvereinbarung verkannt haben. Wenn der Fachingenieur sich nun auf die Formunwirksamkeit der mündlichen Vereinbarung beruft, ist das kein treuwidriges Verhalten, das einen Vertrauensschutz zu Gunsten der Bauherrin auslöst. Vor diesem Hintergrund erscheine die Geltendmachung des restlichen Vergütungsanspruches auf der Grundlage einer Schlussrechnung unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht als treuwidrig.

Im Übrigen sei die Schutzwürdigkeit der Beklagten jedenfalls insoweit nicht ersichtlich, als der geltend gemachte Restvergütungsanspruch auf der Grundlage einer Schlussrechnung das unwirksam vereinbarte Pauschalhonorar nicht übersteigt.

Fazit

Im Ergebnis mag die Entscheidung des Senats zwar zutreffend sein, weil die von dem Ingenieur geltend gemachte Restvergütung auf Grundlage der Berechnung nach HOAI-Mindestsätzen das ursprünglich vereinbarte Pauschalhonorar nicht übersteigt. Jedoch zeigt diese Entscheidung wiederum, dass die Instanzgerichte die vom BGH in ständiger Rechtsprechung (Urteil vom 27.10.2011, Az. VII ZR 163/10; Urteil vom 22.04.2010, Az. VII 48/07) aufgestellten Kriterien zur Bindungswirkung von Honorarvereinbarungen eher restriktiv anwenden. Danach kann sich der Architekt nicht auf die Unwirksamkeit einer Honorarvereinbarung berufen, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Der Auftraggeber muss auf die abschließende Honorarberechnung vertrauen dürfen, (2) er muss auch tatsächlich hierauf vertraut haben und (3) sich deshalb in einer Weise auf die abschließende Berechnung eingerichtet haben, (4) dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann.

Immer wieder unternehmen Architekten den Versuch, sich nachträglich, d. h. lange nach Abschluss einer Honorarvereinbarung ggf. sogar in einem öffentlichen Vergabeverfahren, auf die Unwirksamkeit dieser zu berufen, um dann nach (höheren) Mindestsätzen abzurechnen.

Wie die Vielzahl der Entscheidungen der Instanzgerichte zeigt, ist dieses Vorgehen der Architekten oftmals von Erfolg gekrönt. Dabei verkennen die Gerichte jedoch, dass die Regelung des § 7 HOAI 2009 („Honorarvereinbarung“) dem Schutz des Auftraggebers und nicht des Architekten dienen soll.



Danilo Rosendahl, Berlin

Vorsicht bei Vertragsstrafenregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen!

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe ist eine in den AGB des Auftraggebers (AG) vorformulierte Vertragsstrafenregelung unwirksam, wonach die von dem Auftragnehmer (AN) zu zahlende Vertragsstrafe für die schuldhafte Überschreitung vereinbarter Zwischenfristen nicht auf Grundlage der zum Zeitpunkt des Ablaufs der Zwischenfrist tatsächlich zu erbringenden Werkleistung, sondern an Hand der Netto-Schlussrechnungssumme zu berechnen ist. In diesem Zusammenhang sei auch die Kumulation einzelner Vertragsstrafen unwirksam. Sofern die Vertragsstrafe für die Überschreitung der Zwischenfristen inhaltlich, optisch und sprachlich nicht hinreichend von der Vertragsstrafe für die Überschreitung des Gesamtfertigstellungstermins trennbar ist, sei die gesamte Vertragsstrafenregelung unwirksam.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.12.2018 – 8 U 55/17

Der AG beauftragt den AN mit der Installation von Sanitär- und Heizungsanlagen in einem Neubauvorhaben gegen eine Vergütung in Höhe von EUR 220.000,00. In diesem Zusammenhang haben die Parteien verbindliche Zwischenfristen und einen Gesamtfertigstellungstermin vereinbart. Ausweislich der von dem AG vorformulierten AGB hat der AN an den AG eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2% der Netto-Schlussrechnungssumme pro Tag schuldhafter Überschreitung dieser Fristen, allerdings maximal begrenzt auf 5% der Netto-Schlussrechnungssumme, zu zahlen und zwar unabhängig davon, ob eine Zwischenfrist und/oder der Gesamtfertigstellungstermin überschritten wird. In dem Vertrag werden die Zwischenfristen und der Gesamtfertigstellungstermin nicht benannt, sondern ausschließlich auf den vereinbarten Bauzeitenplan verwiesen. Nach Abschluss der Arbeiten legt der AN die Schlussrechnung und fordert von dem AG offenen Restwerklohn in Höhe von ca. EUR 66.000,00. Der AG rechnet u. a. mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von ca. 12.300,00 auf, weil der AN sowohl einige Zwischenfristen als auch den Gesamtfertigstellungstermin überschritten hat.

Das Urteil

Die Aufrechnung bleibt ohne Erfolg; der AN muss keine Vertragsstrafe zahlen. Das OLG Karlsruhe vertritt die Auffassung, die Vertragsstrafenregelung sei insgesamt unwirksam.

1.) Zunächst führt das OLG Karlsruhe unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH und anderer Oberlandesgerichte aus, dass die Vertragsstrafenregelung den AN unangemessen benachteilige, weil für die Berechnung der Vertragsstrafe wegen schuldhafter Überschreitung einer Zwischenfrist auf den Gesamtwert des Auftrages (0,2% bzw. max. 5% der Netto-Schlussrechnungssumme)

abgestellt werde und nicht auf den Wert der zum Zeitpunkt des Ablaufs der Zwischenfrist tatsächlich rückständigen Werkleistungen (vgl. BGH, Urt. v. 06.12.2012 – VII ZR 133/11; OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.03.2010 – 13 U 201/10; OLG Celle, Urt. v. 13.07.2005 – 7 U 17/05; OLG Jena, Urt. v. 10.04.2002 – 7 U 938/01). In einem solchen Fall könnte die vereinbarte Höchststrafe nach verhältnismäßig kurzen Zeiträumen bereits vollständig verwirkt sein. Der AG profitiere dann im Zuge der Absicherung von Zwischenfristen auf Kosten des AN davon, dass der AN später noch weitere Leistungen erbringt, deren Zweck nicht die Einhaltung der vorangegangenen Zwischenfristen sei. Mit einer solchen Regelung sei kein angemessenes Gleichgewicht der wechselseitigen Interessen des AN und des AG gewahrt.

2.) Des Weiteren meint das OLG Karlsruhe unter Verweis auf OLG Köln, Urt. v. 17.08.2010 – 3 U 69/09; OLG Hamm, Urt. v. 10.02.200 – 21 U 85/98 und OLG Bremen, Urt. v. 07.10.1986 – 1 U 151/85, die Regelung sei auch deshalb unwirksam, weil sie die Kumulation der Tagessätze zulasse. Wird die Vertragsstrafe an die Überschreitung mehrerer aufeinanderfolgender Fristen geknüpft, könne sich ein Tagessatz, der für sich genommen noch nicht unangemessen hoch sei, infolge einer Kumulation zu einem unangemessen hohen Tagessatz wandeln. Überschreitet der AN beispielsweise die erste Zwischenfrist um zehn Werktage, hätte der AN nicht nur hierfür eine Vertragsstrafe zu zahlen. Dieser erste Verzug würde möglicherweise auch ohne Hinzutreten weiterer Verzögerungen dazu führen, dass auch die daran anschließende zweite Zwischenfrist und der Gesamtfertigstellungstermin jeweils um zehn Werktage überschritten werden. Auch für diese Überschreitungen müsste der AN Vertragsstrafe zahlen. Der AN hätte letztlich eine Vertragsstrafe von 30 Tagessätzen zu zahlen, obgleich sich die Fertigstellung des Bauvorhabens insgesamt nur um zehn Werktage verzögert hat. Dies würde zu einer faktischen Verdreifachung des vereinbarten Tagessatzes von 0,2% der Netto-Schlussrechnungssumme und damit zu einem unangemessen hohen Tagessatz führen.

3.) Ferner führt das OLG Karlsruhe aus, die gesamte Vertragsstrafenregelung sei unwirksam, weil die Unwirksamkeit der Vertragsstrafe für die Zwischenfristen auf die Vertragsstrafe für die Fertigstellungsfrist durchschlage. Eine andere Auslegung sei nur dann zulässig, wenn die Vertragsstrafe für den Fertigstellungstermin nach der Vertragsgestaltung eine eigenständige Regelung darstelle, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Zwischenfristen getrennt sei (unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 27.11.2013 – VII ZR 371/12). Dies hat das OLG Karlsruhe im vorliegenden Fall verneint, weil der Bauvertrag selbst keine Termine bestimmt. Vielmehr werde sowohl hinsichtlich der Zwischenfristen als auch hinsichtlich des Gesamtfertigstellungstermins einheitlich auf den dem Bauvertrag beiliegenden Bauzeitenplan verwiesen, in dem die einzelnen Fristen aufgeführt sind.

Fazit

Der AG ist daher gut beraten, die Vertragsstrafe durch eine Individualvereinbarung der mit erheblichen Risiken behafteten AGB-Kontrolle zu entziehen oder aber zumindest detaillierte und differenzierende Regelungen zu treffen. In diesem Zusammenhang sollten die jeweiligen (Zwischen-)Fristen im Vertrag aufgelistet, die Vertragsstrafe für die Zwischenfristen inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für den Fertigstellungstermin getrennt, die Kumulation der Vertragsstrafen ohne Hinzutreten weiterer Umstände ausgeschlossen und insbesondere die Höhe der Vertragsstrafen an Hand des Wertes der zum Zeitpunkt des Ablaufs der jeweiligen Fristen tatsächlich rückständigen Werkleistungen bemessen werden.



Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Schluss mit der Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.01.2019 - 29 U 183/17 (nicht rechtskräftig)

Auf Basis der zum Werkvertragsrecht ergangenen Rechtsprechungsänderung des BGH hat nunmehr das OLG Frankfurt (Urteil vom 21.01.2019 - 29 U 183/17) entschieden, dass auch der Käufer einer mangelhaften Sache seinen Schaden nicht auf Grundlage der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen kann, wenn er die Sache im mangelbehafteten Zustand behält. Dies soll insbesondere dann gelten, wenn die fiktiven Mängelbeseitigungskosten den Sachwert des Gebäudes erreichen oder übersteigen. Ebenso wie im Werkvertragsrecht sei auch im Kaufrecht aus Gründen des allgemeinen vertraglichen Schadensrechts eine Abrechnung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten mit dem Verbot der Überkompensation unvereinbar.

Zum Sachverhalt: Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag über eine Immobilie. Nach der Übergabe des Grundstücks stellten die klagenden Käufer fest, dass Teile des Gebäudes massiv vom Holzbock und vom Kellerschwamm befallen waren. Sie ließen ein Privatgutachten erstellen, das die Mängel bestätigte und eine Kostenschätzung zur Sanierung der Mängel enthielt. Anhand von Indizien war davon auszugehen, dass der Verkäufer Kenntnis von den Mängeln hatte. Eine Haftung wegen arglistigen Verschweigens der Mängel kam daher in Betracht. Die Käufer haben das Gebäude bezogen und mit den Renovierungsarbeiten begonnen. Mit der Erhebung der Klage sollten die vom Privatgutachter ermittelten fiktiven Mängelbeseitigungskosten als Schaden beim Verkäufer eingefordert werden.

Das OLG Frankfurt hat jedoch durchgreifende Bedenken gegen eine Schadensberechnung anhand der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten und hebt das Urteil des LG Frankfurt unter Zulassung der Revision auf. Nach Ansicht der OLG Frankfurt sei die Zulässigkeit einer Abrechnung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten eine Frage des allgemeinen Schadensrechts, die sich für das Kaufrecht in gleicher Weise stelle wie für das Werkvertragsrecht. Der für das Kaufrecht zuständige 5. Zivilsenat des BGH habe in der Vergangenheit stets ausgesprochen, dass der Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht und im Werkrecht inhaltsgleich sei (vgl. BGH, Urteil vom 15.06.2012 - V ZR 198/11). Aus dieser Bewertung folge, dass auch hinsichtlich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eine Differenzierung nicht überzeuge. Dies gelte insbesondere für die Frage einer möglichen Überkompensation durch Zuerkennung von fiktiven Mängelbeseitigungskosten. Eine solche, vom Grundsatz des allgemeinen Schadensrechts nicht gedeckte Besserstellung des Geschädigten infolge des Ausgleichs der mangelhaften Leistung könne insbesondere bei der Veräußerung einer Immobilie ohne Herstellungsverpflichtung im Fall von

Sachmängeln auftreten, wenn der Ersatzbetrag anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werde. Dies sei insbesondere dann nicht sachgerecht im Sinne des allgemeinen Schadensrechts, wenn die Nacherfüllung zwar hohe Kosten verursache, aber nicht zu einer nachhaltigen Wertsteigerung der Sache führe.

Fazit

Hat der BGH in seinem Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17) ausdrücklich offen gelassen, ob die neu aufgestellten Grundsätze auch im Kaufrecht Anwendung finden, überträgt das OLG Frankfurt die zum Werkvertragsrecht ergangene Entscheidung nunmehr mit guten Argumenten auf das Kaufrecht. Das OLG Düsseldorf hatte kurz zuvor (Urteil vom 09.10.2018, 24 U 194/17) noch anders entschieden. Abzuwarten bleibt, wie die für das Kaufrecht zuständigen Senate des BGH mit dieser Problematik umgehen werden.



Rasmus Gersch, Hamburg

Zur Höhe der Entschädigung nach § 642 BGB

KG, Urteil vom 29.01.2019 - 21 U 122/18

Im Anschluss an das wegweisende Urteil des BGH vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) zum Anwendungsbereich des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB versucht nun das Kammergericht mit seinem Urteil vom 29.01.2019, die Bemessungsgrundlage dieses Anspruchs weiter herauszuarbeiten. Danach steht dem Auftragnehmer, der während und aufgrund des Annahmeverzugs des Auftraggebers die Vergütung aus dem gestörten Werkvertrag nicht wie vorgesehen erwirtschaften kann, für diesen Umsatznachteil keine Entschädigung aus § 642 BGB zu.

Im Einzelnen:

Ein Auftraggeber (AG) beauftragte einen (AN) unter Einbeziehung der VOB/B mit der Ausführung von Trockenbauarbeiten. Der im Vertrag vorgesehene Baubeginn wurde vom AG um mehrere Monate verschoben. Der AN ist der Auffassung, er habe gegen den AG gemäß § 642 BGB einen Entschädigungsanspruch hinsichtlich des Umsatzes, der ihm dadurch entgangen sei, dass ihm der AG das Baugrundstück nicht zum vorgesehenen Termin baureif zur Verfügung gestellt habe. Aufgrund dessen habe er seine Leistungen nicht innerhalb der Vertragsfristen ausführen und die hierfür vorgesehene Vergütung in diesem Zeitraum erwirtschaften können. Auch wenn er diese Leistungen habe zeitlich verschoben nachholen können und müssen, ändere dies nichts daran, dass ihm die Möglichkeit endgültig genommen sei, innerhalb des vertraglich vorgesehenen Zeitfensters die vereinbarte Vergütung zu erwirtschaften. Ihm sei in der Zeit des Nachholens wegen der Bindung seiner Produktionsmittel an den Vertrag mit dem AG die Möglichkeit genommen worden, Umsatz aus anderen Aufträgen zu erzielen. Die Höhe seines Anspruchs (ca. EUR 200.000) ermittelt der AN in der Form, dass er von seiner Vergütung, soweit sie auf die Leistung entfällt und nicht innerhalb der vorgesehenen Fristen erwirtschaftet werden konnte, die durch die Nichtleistung ersparten Material- und Gerätekosten abzieht. Der AG zahlt nicht, so dass der AN Klage erhebt.

Das KG weist die Klage ab. Zwar sei ein Mitwirkungsverzug des AG durch die nicht erfolgte Zurverfügungstellung des Baugrundstücks gegeben. Dieser habe auch dazu geführt, dass der AN während der Dauer des Verzugs die vertraglich vereinbarte Vergütung nicht habe erwirtschaften können. Dieser – vom AN ausschließlich geltend gemachte – zeitbezogene Umsatzverlust sei jedoch kein nach § 642 BGB ersatzfähiger Nachteil:

Nach dem BGH (Urt. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17) sei dem AN nicht jeder annahmeverzugsbedingte Nachteil zu erstatten. Vielmehr könne der AN nach § 642 BGB nur eine Entschädigung dafür verlangen, dass er seine Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung während des

Annahmeverzugs vergeblich vorhalte. Dieser Anspruch sei vergütungsähnlich, so dass der AN gewissermaßen ein Entgelt für das vergebliche Bereithalten der Produktionsmittel erhalte.

Ein Anspruch gemäß § 642 BGB bestehe zudem nur dann, wenn dem AN durch den Annahmeverzug tatsächlich ein Nachteil im Sinne einer Kostenerhöhung als Bemessungsgrundlage für den Anspruch entstanden sei. Ein Annahmeverzug des AG führe jedoch nicht automatisch zu einem Umsatzverlust, weil der AN seine Produktionsmittel - insbesondere seine Arbeitskräfte - in der Regel auf anderen Baustellen einsetzen könne, sodass eine Kostenerhöhung in diesem Fall nicht eintrete. Es sei daher nicht gerechtfertigt, dem AN unabhängig von der Darlegung konkreter Kostenerhöhungen/Vorhaltekosten die zu seinen Gunsten stärker pauschalierte und somit in aller Regel deutlich höhere Entschädigung für Umsatznachteile zuzusprechen.

Schließlich sei auch der AGK-Deckungsbeitrag keine Kostenposition, die einen nach § 642 BGB erstattungsfähiger Nachteil darstellen würde, weil ein AN seinen Geschäftsbetrieb nicht nur für ein Projekt vorhalte. Der allgemeine Geschäftsbetrieb eines AN diene immer auch dazu, dass frühere Aufträge abgerechnet und neue akquiriert werden und somit die Fortsetzung des Unternehmens sichergestellt werde. Damit fehle es an einem Vorhalten des allgemeinen Geschäftsbetriebs in Bezug auf einen konkreten (gestörten) Vertrag. Zudem könne an der Höhe des Deckungsbeitrags nicht abgelesen und somit auch nicht überprüft werden, in welchem Umfang der AN Produktionsmittel seines allgemeinen Geschäftsbetriebs im Annahmeverzug des AG vorgehalten habe.

In seiner Entscheidung weist das KG zudem darauf hin, dass in der Mitteilung des AG von den annahmeverzugsbegründenden Umständen eine Anordnung i.S.d. § 1 Abs. 3 VOB/B liege. Dies helfe dem AN aber deshalb nicht weiter, weil die dargelegten Umsatzverluste auch keine Mehrkosten im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B darstellen würden. Auch für diesen Anspruch müsse der AN die Produktionsmittel darlegen, die er während des Annahmeverzugs vergeblich vorgehalten habe.

Fazit

Gegen die Entscheidung des KG wurde – die zugelassene – Revision eingelegt. Es bleibt daher zu hoffen, dass der BGH in Kürze klärt, wie die Höhe des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB berechnet wird. Es geht dabei insbesondere um die Beantwortung der Frage, ob dies analog einer freien Kündigung „von oben nach unten“ (vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerb) oder „von unten nach oben“ (anhand tatsächlicher Vorhaltekosten) erfolgt.

Nach dem Wortlaut des § 642 BGB bestimmt sich die Entschädigung einerseits nach der Höhe der vereinbarten Vergütung und andererseits nach demjenigen, was der AN infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder anderweitig erwirbt. Auf dieser Grundlage ist es gut vertretbar, dass die Entschädigung nicht nach tatsächlichen Vorhaltekosten, sondern – entgegen dem KG – kalkulatorisch auf Grundlage der vereinbarten Vergütung berechnet wird. Ansonsten würde vom o.g. Wortlaut des § 642 BGB („Höhe der vereinbarten Vergütung“) nicht mehr viel übrig bleiben. Das Urteil des BGH vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) gibt insoweit keine Hilfestellung. Der BGH klärt in diesem lediglich den zeitlichen Anwendungsbereich des § 642 BGB und spricht von einer Kompensation für die vergebliche Vorhaltung von Produktionsmitteln während des Annahmeverzugs. Zur Erforderlichkeit eines – vom KG geforderten – tatsächlichen Nachteils des AN hat er sich nicht geäußert. Vielmehr dürfte es auf der Hand liegen, dass ein ausgebliebener Umsatzerlös i.d.R. einen sogar erheblicher Nachteil für den AN darstellt.

Mit seiner Ansicht dahingehend, dass Umsatzverluste auch nicht im Rahmen des § 2 Abs. 5 VOB/B auszugleichen seien, bleibt sich das KG zudem treu. Bereits in seinem Urteil vom 10.07.2018 (21 U 30/17) hatte es die Auffassung vertreten, dass für den Anspruch aus § 2 Abs. 5/6 VOB/B die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten maßgebend seien und die Urkalkulation nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung der Kostendifferenz sei.