

OLG Karlsruhe

Urteil

vom 27.08.2020

8 U 49/19

BGB § 642

Die Vorschrift des § 642 BGB erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien, die dem Gericht keine exakte Berechnung vorgibt (Umsetzung von BGH, IBR 2020, 229).

OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.08.2020 - 8 U 49/19

vorhergehend:

LG Mosbach, Urteil vom 18.04.2019 - 2 O 232/17

In dem Rechtsstreit

(...)

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 8. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. ###, die Richterin am Amtsgericht Dr. ### und den Richter am Oberlandesgericht ### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.08.2020

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mosbach vom 18.04.2019 - 2 O 232/17 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 46.614,61 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 14.04.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 53 % und die Beklagte zu 47 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 49 % und die Beklagte zu 51 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des von ihr zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der beklagten Stadt (nachfolgend: die Beklagte) restliche Vergütung und eine Entschädigung gemäß § 642 BGB im Zusammenhang mit einem Werkvertrag über die Ausführung von Parkettarbeiten.

Die Klägerin, die Dienstleistungen im Bereich der Bodenbelagsarbeiten anbietet, gab nach öffentlicher Ausschreibung am 28.09.2015 ein Angebot über die Erbringung von Parkettarbeiten für das Bauvorhaben der Beklagten: "Neubau einer Realschule in ###" unter Einbeziehung der VOB/B ab (Anl. K1). Die Beklagte nahm das Angebot innerhalb der am 05.11.2015 endenden Zuschlagsfrist am 26.10.2015 zu einer Gesamtauftragssumme von 178.912,08 Euro netto vor einem gewährten Preisnachlass i.H.v. 4,5 % an. In dem Auftragschreiben (Anl. K2) wurde als Ausführungsfrist der Zeitraum vom 09.05.2016 (Beginn) bis 08.07.2016 (Fertigstellung) festgelegt.

Während des gesamten vereinbarten Ausführungszeitraums konnte die Klägerin mit den Parkettarbeiten nicht beginnen, weil der Estrich - wie Messungen vom 09.05.2016, 09.06.2016 und 13.07.2016 ergeben hatten - wegen zu hoher Restfeuchte nicht belegreif war (Anl. K6 und K8). Die Klägerin führte die Parkettarbeiten erst ab dem 13.09.2016 aus. Die Endabnahme durch die Beklagte erfolgte am 16.02.2017 (Anl. K9). Mit Schlussrechnung vom 09.03.2017 (Anl. K 12) rechnete die Klägerin die Parkettarbeiten mit insgesamt 267.390,22 Euro brutto ab und beanspruchte von der Beklagten unter Berücksichtigung von geleisteten Abschlagszahlungen noch restliche 109.852,30 Euro. In der Schlussrechnung beanspruchte die Klägerin unter der Position "Annahmeverzug" eine Entschädigung nach § 642 BGB i.H.v. 73.036,24 Euro netto. Die Beklagte kürzte die Schlussrechnung unter anderem um den geltend gemachten Entschädigungsanspruch und um eine von der Klägerin beanspruchte Vergütung für Stundenlohnarbeiten i.H.v. 4.241,50 Euro netto.

Die Klägerin hat vorgetragen, es sei zu keiner Neuvereinbarung von Vertragsterminen gekommen. Die Klägerin habe die für das streitgegenständliche Bauvorhaben ursprünglich eingeplanten Mitarbeiter ###, ###, ### und ### während des gesamten vereinbarten Ausführungszeitraums vergeblich vorgehalten und weiterbezahlt. Sie habe von Anfang an mit diesen Mitarbeitern und nicht mit dem Einsatz von Subunternehmern geplant. Die Beauftragung eines Subunternehmers während der tatsächlichen Bauphase sei nur wegen des verzögerten Ausführungsbeginns und der damit einhergegangenen Umstrukturierungen notwendig geworden. Durch den Annahmeverzug habe die Klägerin lediglich die reinen Stoffkosten i.H.v. 70.862,11 Euro und Lohnnebenkosten i.H.v. 5.921,68 netto erspart. Außerdem habe sie durch anderweitigen Erwerb während des Annahmeverzuges 25.548,80 Euro netto erzielt, weil die genannten vier Mitarbeiter im relevanten Zeitraum insgesamt 512 Stunden an anderen Bauvorhaben gearbeitet hätten. Auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung stehe der Klägerin unter Berücksichtigung der dargelegten Ersparnisse und des dargelegten anderweitigen Erwerbs eine "von oben nach unten berechnete" Entschädigung in Höhe von 76.579,68 netto zu. Außerdem könne die Klägerin eine Vergütung für 71 Stunden Regiearbeiten i.H.v. 3.915,00 netto nebst Stoffkosten für diese Arbeiten i.H.v. 372,10 netto beanspruchen.

Die Klägerin hat (zuletzt) beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 91.478,18 nebst Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 87.451,24 seit dem 14.04.2017 sowie aus weiteren 10.756,64 seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, der Ausführungsbeginn sei im Einvernehmen mit der Klägerin verschoben worden. Danach hätte die Klägerin ab dem 14.08.2016 beginnen sollen, sie habe aber erst am 29.09.2016 begonnen und die Baustelle so unzureichend besetzt, dass die Arbeiten erst am 29.01.2017 abgeschlossen worden seien. Die Mitarbeiter ###, ###, ### und ### seien nicht für das Bauvorhaben der Beklagten eingeplant gewesen und dementsprechend nicht vorgehalten worden. Vielmehr habe die Klägerin von Beginn an vorgehabt, die streitgegenständliche Baustelle mit Subunternehmern - namentlich mit der Firma ### - zu besetzen. Zudem sei der Klägerin die zeitliche Verschiebung recht gewesen, da sie ohnehin Engpässe gehabt habe. Es sei der Klägerin auch jederzeit möglich gewesen, auf verschiedenen Baustellen eigenes Personal einzubinden und dafür die Zahl der Subunternehmer zu reduzieren.

Ein Anspruch aus § 642 BGB sei nicht schlüssig dargelegt, da es an einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung fehle und der Klägerin kein Schaden entstanden sei. Die Klägerin berücksichtige bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs zudem nicht den pauschalen Preisnachlass von 4,5 % und stelle in ihre Berechnung zu Unrecht Zulage- und Eventualpositionen ein, auf deren Beauftragung sie keinen Anspruch gehabt habe. Der kalkulatorische Ansatz der Klägerin sei daher um 11.677,26 Euro für die Position 3.1.2 (Zulage für stärkeres Parkett) und um 1.827,87 für die Position 7.3 (Stundenlohnarbeiten) zu reduzieren. Es sei auch kein Verrechnungslohn i.H.v. 49,90 Euro/h anzusetzen, da die Mitarbeiter der Klägerin einen solchen Lohn nicht bezögen. Der Entschädigungsanspruch sei auf der Grundlage des tatsächlichen Leistungsumfangs, wie er sich aus der geprüften Schlussrechnung ergebe, und nicht auf der Grundlage des Angebots der Klägerin zu berechnen.

Die Klägerin habe weder Stundenlohnarbeiten angezeigt, noch der Beklagten Rapportzettel übergeben. Die Rapportzettel seien nachträglich erstellt worden, die Beklagte habe dennoch 71 Stunden anerkannt. Stoffkosten seien nicht zu erstatten, da die Klägerin das abgerechnete Material benutzt habe, um Mängel am eigenen Gewerk auszubessern.

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen ###, ### und ### i.H.v. 33.730,03 Euro nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

Der Klägerin stehe ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB i.H.v. 29.703,70 Euro zu. Die Beklagte habe der Klägerin innerhalb des vereinbarten Ausführungszeitraums kein belegreifes Baufeld zur Verfügung gestellt, weshalb die Klägerin ihre Leistungen nicht erbringen können. Die vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen seien auch nicht nachträglich einvernehmlich abgeändert worden. Die Beklagte habe sich über die gesamte vertraglich vereinbarte Ausführungszeit in Annahmeverzug befunden, und die Klägerin habe - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - während des vertraglich vereinbarten Ausführungszeitraums Personal produktionslos für die Beklagte vorgehalten. Einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung durch die Klägerin habe es im Streitfall nicht bedurft.

Bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs sei davon auszugehen, dass § 642 BGB nur eine Entschädigung für Nachteile gewähre, die auf einem nutzlosen Bereithalten von Produktionsmitteln beruhen. Ausgangspunkt der Berechnung sei der dem Vertragsschluss zugrunde liegende Angebotspreis i.H.v. 178.912,28 Euro netto. Zu den Preisbestandteilen habe die Klägerin substantiiert unter Vorlage der Anlagen K 11 und K 15 vorgetragen und die Vergütungsanteile plausibel aufgeschlüsselt. Von der von der Klägerin kalkulierten Gesamtstundenzahl für die Ausführung der Parkettarbeiten von 1.654,10 Stunden seien aber nicht lediglich die 512 Stunden in Abzug zu bringen, in denen die Mitarbeiter der Klägerin bereits nach ihrem eigenen Vortrag bei anderen Bauvorhaben eingesetzt worden seien.

Vielmehr seien zusätzlich 190,35 Stunden in Abzug zu bringen, weil anzunehmen sei, dass die Mitarbeiter der Klägerin während des Zeitraums, in dem sie intern eingesetzt worden seien, in einer Fünftageweche gearbeitet hätten und nur in diesem Umfang entlohnt worden seien, sowie weitere 356,91 Stunden, in denen die Mitarbeiter der Klägerin aufgrund der Erledigung interner Aufgaben nicht produktionslos vorgehalten worden seien. Folglich seien die Mitarbeiter der Klägerin nur 594,84 Stunden produktionslos vorgehalten worden. Aus dieser Stundenzahl errechne sich unter Zugrundelegung eines - aus dem Mittellohn von 13,37 Euro, den Sozialkosten von 13,10 Euro und einem Zuschlag i.H.v. 66 % gebildeten - Verrechnungslohns i.H.v. 43,94 Euro ein Betrag i.H.v. 26.137,27 netto, der dem Entschädigungsanspruch zugrunde zu legen sei. Abzüglich des vereinbarten Nachlasses i.H.v. 4,5 % und zuzüglich der Umsatzsteuer ergebe sich der Entschädigungsbetrag von 29.703,70 Euro brutto.

Der Klägerin stehe außerdem ein Anspruch auf Vergütung von Stundenlohnarbeiten i.H.v. 4.026,33 Euro zu. Für angefallene Stoffkosten stehe der Klägerin hingegen keine Vergütung zu.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen, des Parteivorbringens und der Entscheidungsgründe im Einzelnen wird auf das von beiden Parteien mit der Berufung angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Diese Entscheidung haben beide Parteien mit der Berufung angegriffen.

Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Klägerin - unter Berücksichtigung einer Anpassung ihrer Angriffe und Neuberechnung des Entschädigungsanspruchs im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.01.2020 - VII ZR 33/19 - mit Schriftsatz vom 10.06.2020 - im Wesentlichen vor:

Das vom Landgericht als ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des § 642 BGB festgelegte Vorliegen eines tatsächlich entstandenen Nachteils sei das Ergebnis einer die Gesetzesbindung der Rechtsprechung verletzenden und deshalb nicht hinnehmbaren schöpferischen richterlichen Rechtsfortbildung. Die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme sei entbehrlich gewesen, da das produktionslose Bereithalten von Personal keine tatbestandliche Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB sei. Der Unternehmer trage auch nicht die Beweislast für vergebliche Vorhaltungen der Produktionsfaktoren.

Entgegen den Ausführungen des Landgerichts seien unter dem Gesichtspunkt des anderweitigen Erwerbs lediglich 25.548,80 Euro netto vor Nachlass (512 h x 49,90 Euro) abzugsfähig. Die Klägerin habe einen anderweitigen Erwerb nur im Umfang der 512 Stunden erzielt, in denen sie ihre vier Mitarbeiter bei anderen Bauvorhaben einsetzen können. Die weiteren Abzüge durch das Landgericht seien fehlerhaft erfolgt. Rechtsfehlerhaft ziehe das Landgericht 190,35 Stunden für Samstage ab. Es komme nicht darauf an, ob die Arbeitskräfte der Klägerin zur Samstagsarbeit verpflichtet gewesen seien. Wenn die Beklagte sich nicht im Annahmeverzug befunden hätte, wäre die Klägerin in die Lage gesetzt worden, die vereinbarte Vergütung im vertraglich vereinbarten Zeitraum umzusetzen. Ebenfalls rechtsfehlerhaft sei der Abzug von 356,91 Stunden für angebliche interne Aufgaben. Das Landgericht habe bei seinen Überlegungen übersehen, dass diese auf eine Zwangsbeglückung des Unternehmers hinausliefen. Die vom Landgericht als nützlich angerechneten Zeiträume hätten aber keinen anderweitigen Erwerb im Sinne eines zu berücksichtigenden Deckungsgeschäftes erwirtschaftet.

Der Klägerin stehe ein Entschädigungsanspruch i.H.v. 76.432,21 Euro brutto zu (II 80). Nach der Entscheidung des BGH vom 30.01.2020 sei die Entschädigung nicht - wie bislang von der Klägerin angenommen - "von oben nach unten" ähnlich einer Kündigungsabrechnung zu

bemessen, sondern nach der Vorhaltung von Produktionsmitteln während des Annahmeverzuges. Die vier Mitarbeiter ###, ###, ### und ### seien während der Dauer des Annahmeverzuges, der erst am 12.09.2016 geendet habe, insgesamt 1.254,10 Stunden produktionslos vorgehalten worden (im Einzelnen: II 77 ff.). Außerdem habe die Klägerin Geräte und Bauleitung produktionslos vorgehalten. Die Kosten hierfür würden bei der Klägerin über die Baustellengemeinkosten umgelegt und seien mit 9.447,33 Euro kalkuliert worden (im Einzelnen: II 77). Aus der produktionslosen Vorhaltung von Personal und Geräten ergebe sich ein Entschädigungsanspruch in Höhe von 76.432,21 Euro brutto (im Einzelnen: II 79 f.). Dabei sei bei den produktionslos vorgehaltenen vier Mitarbeitern ###, ###, ### und ### von einem Kalkulationslohn von 26,47 Euro/h, der sich aus einem Mittellohn von 13,37 Euro/h und Sozialkosten von 13,10 Euro/h zusammensetze, auszugehen. Auf die kalkulierten Kosten seien Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn, die mit insgesamt 47 % zu bemessen seien (allgemeine Geschäftskosten: 38 %, Wagnis und Gewinn: 9 %), vorzunehmen.

Die Klägerin beantragt zuletzt,

1. das Urteil des Landgerichts Mosbach vom 18.04.2019 - 2 0 232/17 - abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 46.728,51 Euro zuzüglich Zinsen i.H.v. neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.04.2017 zu zahlen;
2. hilfsweise den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Mosbach zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen;
2. das Urteil des Landgerichts Mosbach vom 18.04.2019 - 2 0 232/17 - insoweit aufzuheben, als die Beklagte in Ziffer 1 des Urteils verurteilt wurde, einen über 4.026,33 Euro nebst Zinsen hinausgehenden Betrag an die Klägerin zu zahlen und die weitergehende Klage der Klägerin abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil gegen die Berufungsangriffe der Klägerin und trägt zur Begründung ihrer Berufung und in Erwiderung auf die von der Klägerin vorgenommene Neuberechnung des Entschädigungsanspruchs im Wesentlichen vor:

Das Landgericht habe bereits verkannt, dass Voraussetzung für den Anspruch aus § 642 BGB das produktionslose Vorhalten von Produktionsmitteln auf der Baustelle sei. Bei § 642 BGB gehe es um die Entschädigung solcher Nachteile, die typischerweise durch das Brachliegen bzw. die Unproduktivität der auf der Baustelle befindlichen Personen und Maschinen entstünden. Ein solcher Nachteil habe vorliegend überhaupt nicht entstehen können, weil die Klägerin weder Produktionsmittel noch Personal auf der Baustelle gehabt habe. Die Klägerin habe in ihrem Betrieb keine Arbeitskräfte unproduktiv vorgehalten, da ihre Mitarbeiter beschäftigt gewesen seien. In diesem Zusammenhang habe das Landgericht die Aussage der Zeugin Eichhorn missverstanden und Beweisantritte der Beklagten außer Acht gelassen. Die Beklagte habe unter Beweisantritt vorgetragen, dass die Klägerin die Baustelle tatsächlich mit Subunternehmern abgearbeitet habe und nicht mit eigenem Personal, und dass die Klägerin von vornherein vorgesehen habe, die Firma ### als Subunternehmerin einzusetzen. Das Landgericht habe zudem die Aussage des Zeugen ### fehlerhaft gewertet und verkannt, dass es für die vier Mitarbeiter der Klägerin nach dessen Aussage mehr als genug zu tun gegeben

habe. Des Weiteren habe das Landgericht verkannt, dass zur Darlegung des Entschädigungsanspruchs eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung erforderlich sei.

Auch die Berechnung des Entschädigungsanspruchs durch das Landgericht sei falsch. Das Landgericht habe zunächst verkannt, dass die Entstehung eines konkreten Schadens Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch sei. Da die von der Klägerin benannten vier Mitarbeiter branchenüblich maximal 2.000,00 Euro brutto im Monat verdienten und somit der Klägerin unter Berücksichtigung der Arbeitgeberanteile lediglich monatliche Kosten von 2.600,00 Euro pro Arbeitnehmer entstünden, wäre bei den von dem Landgericht angenommenen 594,84 unproduktiven Arbeitsstunden ein maximaler Gesamtschaden von 9.666,15 Euro entstanden. Fehlerhaft sei auch die Berechnungsmethodik des Landgerichts, weil dieses von der kalkulierten Stundenzahl aus der Urkalkulation ausgegangen sei und nicht auf die tatsächlich produktionslosen Stunden abgestellt habe. Schließlich habe das Landgericht bei seiner Berechnung in fehlerhafter Weise Eventualpositionen, die nicht zur Ausführung gelangt seien, berücksichtigt und übersehen, dass die vertragliche Angebotssumme nicht 178.912,28 Euro netto, sondern unter Berücksichtigung des pauschalen Preisnachlasses von 4,5 % lediglich 170.861,22 Euro netto betrage. Das Landgericht hätte zudem nicht von der Auftragssumme ausgehen dürfen, weil sich der Vergütungsanspruch der Klägerin für die tatsächlich erbrachten Leistungen auf 150.003,69 reduziert habe.

Die neue Berechnung der Klägerin entspreche im Ergebnis einer Berechnung der Kündigungsvergütung nach § 649 S. 2 BGB a.F. und habe nichts mit der Realität zu tun. Sie beruhe auf einer Fiktion von angeblich unproduktiven Betriebsmitteln und Mitarbeitern und richte sich nicht nach der tatsächlichen Vergütung, sondern nach der kalkulierten Vergütung. Auch die in der Kalkulation angesetzten Baustellengemeinkosten und Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn seien nicht real. Da die Klägerin die Baustellengemeinkosten als Zuschlag auf die Einzelkosten der Teilleistung berechnet habe, fielen auf diese selbst keine Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn an.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat gemäß Verfügung vom 16.07.2020 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen ### und ###. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 11.08.2020 Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und teilweise begründet. Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt hingegen ohne Erfolg. Der Klägerin steht gegen die Beklagte im Zusammenhang mit der Erbringung von Parkettarbeiten für das Bauvorhaben "Neubau einer Realschule in ###" ein restlicher Zahlungsanspruch in Höhe von 46.614,61 Euro zu.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 01.01.2002 und bis zum 31.12.2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 S. 1, § 39 EGBGB.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte für erbrachte Stundenlohnarbeiten einen Werklohnanspruch gemäß § 631 Abs. 1 BGB i.H.v. 4.026,33 Euro einschließlich 19 % Umsatzsteuer. Die Zuerkennung dieses Anspruchs durch das Landgericht ist in Rechtskraft erwachsen, da die Beklagte das Urteil insoweit ausdrücklich nicht angegriffen hat (II 38).

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte außerdem einen Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB in Höhe von 42.588,28 Euro einschließlich 19 % Umsatzsteuer

a. Die Beklagte befand sich im Annahmeverzug, §§ 293 ff. BGB.

Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB setzt voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen einer Handlung, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, in Annahmeverzug gerät (BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19 -). Diese Voraussetzungen hat das Landgericht rechtsfehlerfrei bejaht. Das Landgericht hat aufgeführt, dass die Beklagte in Annahmeverzug geraten sei, weil sie der Klägerin während des gesamten vereinbarten Ausführungszeitraums vom 09.05.2016 bis 08.07.2016 kein belegreifes Baufeld zur Verfügung gestellt habe, so dass diese die vertraglich vereinbarten Parkettarbeiten nicht habe erbringen können. Die vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen seien auch nicht nachträglich einvernehmlich abgeändert worden.

Die Berufung der Beklagten stellt all dieses nicht infrage. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, bedurfte es gemäß § 296 BGB zur Begründung des Annahmeverzugs keines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots, weil für die von der Klägerin vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war. Der Annahmeverzug endete auch nach dem Vortrag der Beklagten (Klageerwiderung vom 02.03.2018, dort Seite 7; 175) frühestens in der zweiten Augustwoche 2016 (Kalenderwoche 32).

Dass dem Unternehmer durch den Annahmeverzug ein konkreter Nachteil oder Schaden entstanden ist, ist entgegen der Berufung der Beklagten keine Anspruchsvoraussetzung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB (BGH a.a.O. Rn. 40).

b. Der Entschädigungsanspruch der Klägerin beläuft sich der Höhe nach auf 42.588,28 Euro einschließlich Umsatzsteuer.

aa. § 642 BGB erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien (BGH a.a.O. Rn. 47). Die Vorschrift sieht keine exakte Berechnung des Entschädigungsanspruchs vor, sondern geht davon aus, dass der Tatrichter im Rahmen der erforderlichen Abwägung einen Ermessensspielraum hat. Er kann dabei auf die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 ZPO zurückgreifen (BGH a.a.O. Rn. 48). Im Ausgangspunkt ist die angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB daran zu orientieren, welche Anteile der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und allgemeinen Geschäftskosten auf die vom Unternehmer während des Annahmeverzuges unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen. Der Tatrichter hat daher festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist. Im Hinblick auf das Kriterium des anderweitigen Erwerbs hat der Tatrichter weiterhin zu prüfen, ob der Unternehmer seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs anderweitig - produktiv - eingesetzt hat oder einsetzen konnte. Die Darlegungs- und Beweislast für die in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Unternehmer als Anspruchsteuer (BGH a.a.O. Rn. 54 ff.).

bb. Nach den gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Feststellungen des Landgerichts und der ergänzenden Beweisaufnahme durch den Senat steht fest, dass die Klägerin während der Dauer des Annahmeverzugs Produktionsmittel, nämlich die vier Mitarbeiter ###, ###, ### und ###, sowie verschiedene Arbeitsgeräte, unproduktiv für das Bauvorhaben der Beklagten vorgehalten hat.

(1) Die Berufung der Beklagten rügt zu Recht, dass das Landgericht ihren Beweisantrag zu der Behauptung übergangen hat, die Klägerin habe von vornherein vorgesehen, einen Subunternehmer, die Firma ###, für die Parkettarbeiten einzusetzen (Schriftsatz vom 04.09.2018, dort Seite 3; I 181). Wäre dies so gewesen, hätte die Klägerin diese Mitarbeiter während des Annahmeverzugs der Beklagten nicht für das vorliegende Bauvorhaben

produktionslos vorgehalten. Soweit das Landgericht die von der Beklagten für ihre Beweisbehauptung benannten Zeugen ####, #### und #### und den von der Klägerin zum Beweis des Gegenteils benannten Zeuge ### (Schriftsatz vom 12.09.2018, dort Seite 3; I 193) nicht vernommen hat, beruht die Entscheidung daher auf einem Verfahrensfehler.

Da das Beweisthema eng umgrenzt ist und keine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderte, hat der Senat von einer Zurückverweisung der Sache gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen und die Zeugen zum Termin geladen. Nach der Vernehmung des Zeugen ### hat die Beklagte dessen Angaben zum Zeitpunkt seiner Beauftragung unstreitig gestellt. Der Zeuge ### hat ausgesagt, dass er von der Klägerin bezüglich des streitgegenständlichen Bauvorhabens in der ersten Augustwoche 2016 kontaktiert worden sei.

Nach dieser Aussage, deren Inhalt die Beklagte unstreitig gestellt hat, ist auszuschließen, dass die Klägerin bereits vor dem vereinbarten Ausführungsbeginn am 09.05.2016 vorgesehen hatte, die Firma #### als Subunternehmerin einzusetzen. Denn es ist davon auszugehen, dass die Klägerin mit dem Zeugen ### vor dem 09.05.2016 Kontakt aufgenommen hätte, wenn sie ernsthaft beabsichtigt hätte, dessen Firma ab diesem Zeitpunkt zu beschäftigen. Der Vernehmung der für dieses Beweisthema benannten und geladenen Zeugen ### und ### bedurfte es aus diesem Grund nicht.

(2) Nach den vom Landgericht aufgrund der Aussage des Zeugen ### getroffenen Feststellungen waren die Mitarbeiter ####, ####, #### und ### für das in Rede stehende Bauvorhaben eingeplant. Der Einsatz eines Subunternehmers war für dieses Bauvorhaben hingegen nicht geplant. Die vier Mitarbeiter konnten während des vertraglich vereinbarten Ausführungszeitraums nur zeitweise, nämlich im Umfang von 512 Stunden, bei anderen Bauvorhaben und ansonsten nur für interne Arbeiten im Betrieb der Klägerin eingesetzt werden.

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser von dem Landgericht getroffenen Feststellungen haben sich zwar daraus ergeben, dass das Landgericht den unter (1) genannten Beweisantrag der Klägerin übergangen hat. Diese Zweifel sind aber durch die Aussage des Zeugen ####, deren Inhalt die Beklagte unstreitig gestellt hat, ausgeräumt. Die Aussage des Zeugen ### steht im Einklang mit der Aussage des von dem Landgericht vernommenen Zeugen ### und stellt damit dessen Glaubwürdigkeit sowie die Richtigkeit seiner Angaben nicht infrage. Aus diesem Grund war eine vollständige Wiederholung der von dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht veranlasst. Sonstige Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen ### begründen könnten, die Klägerin habe während der Dauer des Annahmeverzugs die Mitarbeiter ###, ###, ### und ### für das Bauvorhaben der Beklagten vorgehalten, hat die Beklagte nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

Soweit die Beklagte mit der Berufung rügt, dass das Landgericht weitere Beweisangebote der Klägerin übergangen und insbesondere den Zeugen ### nicht zu der Behauptung vernommen habe, die Verschiebung des Ausführungszeitraums sei dem damaligen Projektleiter der Klägerin recht gewesen, weil dieser kein Personal" gehabt habe, um die Baustelle zu besetzen (Berufungsbegründungsschrift, dort Seite 6), lautete die durch den Zeugen ### unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten in der Klagerwiderungsschrift vom 02.03.2018 (dort Seite 7; I 75) dahin, dass dem damaligen Projektleiter der Klägerin die Verschiebung "durchaus recht" gewesen sei, da "er" - wie er selbst gesagt habe "ohnehin viel zu tun" habe. Die von der Beklagten in der Klagerwiderungsschrift unter Beweis gestellte Behauptung bezieht sich nur auf den damaligen Projektleiter der Klägerin, hat für das Beweisthema keinen Beweiswert und stellt die Richtigkeit der Aussage des Zeugen ####, die Klägerin habe die Mitarbeiter ####, ####, #### und ### für das Bauvorhaben der Beklagten vorgehalten, nicht in Frage. Sie unterscheidet

sich inhaltlich erheblich von der erstmals in zweiter Instanz vorgetragenen streitigen Behauptung der Klägerin, dem damaligen Projektleiter der Klägerin sei die Verschiebung recht gewesen, weil dieser kein Personal gehabt habe, um die Baustelle zu besetzen.

Der Senat hat auf diesen Umstand im Senatstermin hingewiesen und der Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die mündlich vorgetragene Auffassung des Beklagtenvertreters, der erstinstanzliche Vortrag der Beklagten sei im Sinne ihres zweitinstanzlichen Vortrags zu verstehen gewesen, ist aus den dargelegten Gründen nicht richtig. Dies hätte die Beklagte bei sorgfältiger Prozessführung auch erkennen können. Eines gerichtlichen Hinweises bedurfte es nicht, weil für das Landgericht nicht erkennbar war, dass die Beklagte ihrem erstinstanzlichen Vortrag einen vom Wortlaut abweichenden Wortsinn beimessen wollte. Der zweitinstanzliche Sachvortrag und Beweisantritt der Beklagten stellt ein neues Verteidigungsmittel dar, das gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen ist. Insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 HS 2 ZPO erkennbar nicht vor.

(3) Nach dem Ergebnis der von dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme hat die Klägerin außerdem mehrere Geräte, nämlich eine Unterflursäge, eine Bandschleifmaschine, eine Kappsäge für Sockelleisten, eine Randschleifmaschine sowie weitere Kleingeräte während des Annahmeverzugs produktionslos vorgehalten.

Der erstmals im Berufungsverfahren erfolgte neue Sachvortrag der Klägerin zu den von ihr unproduktiv vorgehaltenen Geräten ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zuzulassen, weil die erstmalige Geltendmachung im Berufungsverfahren nicht auf einer Nachlässigkeit der Klägerin beruht. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 10.06.2020 eine Neuberechnung des Entschädigungsanspruchs auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.01.2020 - VII ZR 33/19 - vorgenommen, in der dieser erstmals konkrete Maßstäbe für die - bislang nicht hinreichend geklärte - Bemessung der Entschädigung nach § 642 BGB entwickelt hat. Die Klägerin ist vor dieser Neuberechnung davon ausgegangen, dass die Entschädigung ähnlich wie der Vergütungsanspruch des Unternehmers gemäß § 648 BGB bei freier Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller zu bemessen und lediglich ein Abzug für ersparte Aufwendungen von der vereinbarten Vergütung vorzunehmen sei. Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung klargestellt, dass die Entschädigung nicht in dieser Weise zu berechnen ist (BGH a.a.O. Rn. 49). Vor dem Hintergrund, dass die Bemessung der Entschädigung nach § 642 BGB bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht geklärt war und die Klägerin bis dahin nicht darauf hingewiesen wurde, wie die Entschädigung richtigerweise zu ermitteln ist, liegen damit die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vor.

Der ###, der für das streitgegenständliche Bauvorhaben als Projektleiter tätig war, hat in seiner Vernehmung vor dem Senat ausgesagt, dass für das konkrete Bauvorhaben Bandschleifmaschinen, Randschleifmaschinen, Kappsägen, Unterflursägen und verschiedene Kleingeräte benötigt worden seien. Diese Geräte seien für das konkrete Bauvorhaben vorgehalten und im Werkzeugraum an einem speziell markierten, dem Bauvorhaben konkret zugeordneten Abstellplatz etwa 14 Tage vor dem geplanten Baubeginn bis zur Kalenderwoche 30 aufbewahrt worden. Die Geräte hätten dort ebenso wie das Baumaterial während der gesamten Zeit gelagert. Sie seien deshalb vorgehalten worden, weil es sich um ein kleineres Bauvorhaben in der Nähe des Sitzes der Klägerin gehandelt habe, für das der Zeuge mit eigenem Personal geplant habe.

Der Senat hält diese Aussage für glaubhaft. Die Aussage des Zeugen ist in sich stimmig und nachvollziehbar; Veranlassung, die Richtigkeit der Aussage des Zeugen ### infrage zu stellen, besteht nicht. Der Senat hält es für plausibel, dass die Klägerin die für das Bauvorhaben benötigten Geräte während des gesamten vereinbarten Ausführungszeitraums und darüber

hinaus bis zur Kalenderwoche 30 vorgehalten hat, weil nicht genau feststand, wann der Estrich belegreif wird, und die Klägerin wegen dieser Unsicherheit damit rechnen musste, dass die Geräte jederzeit benötigt werden könnten. Bei den von dem Zeugen ### beschriebenen Geräten handelt es sich um die Geräte, für deren Vorhaltung die Klägerin gemäß ihrer Neuberechnung im Schriftsatz vom 10.06.2020 eine Entschädigung beansprucht.

(4) Dass die Klägerin darüber hinaus einen Bau- und Projektleiter, namentlich den vom Landgericht vernommenen Zeugen ###, während des Annahmeverzugs produktionslos vorgehalten hat, kann nach den gesamten Umständen und der Aussage des Zeugen ### demgegenüber nicht angenommen werden.

Der Zeuge hat zwar glaubhaft ausgesagt, dass er in der in Rede stehenden Zeit etwas weniger als vorher gearbeitet habe, weil ja ein Projekt weggefallen sei. Allerdings ergibt sich aus den weiteren Ausführungen des Zeugen, dass dieser gleichwohl samstags immer im Büro war. Auch wenn der Zeuge diese Samstagsarbeit nicht als richtige Arbeit bezeichnete, geht der Senat davon aus, dass der Zeuge nicht unnötig im Büro erschienen ist, sondern deshalb, weil seine Stellung und die ihm anvertrauten Aufgaben seine Anwesenheit erforderten. Schon deshalb vermag der Senat nicht festzustellen, dass die Klägerin während des Annahmeverzugs der Beklagten einen Bau- und Projektleiter produktionslos vorgehalten hat.

Hinzu kommt, dass der Zeuge ### unstreitig nicht von Anfang an als Bau- und Projektleiter für das streitgegenständliche Bauvorhaben vorgesehen war. Vielmehr übernahm der Zeuge ### - wie dieser in seiner Vernehmung vor dem Landgericht ausgesagt hat (I 429) - die Bau- und Projektleitung von dem zunächst für das Projekt zuständigen Bauleiter ###, nachdem dieser krankheitsbedingt ausgeschieden war. Nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten (Klageerwiderung vom 02.03.2018, dort Seite 7; 175) nahm der Bauleiter ### noch am 09.06.2016 - mithin rund vier Wochen nach Beginn des vertraglich vereinbarten Ausführungszeitraums - einen Baustellentermin zur Feststellung der Belegreife des Estrichs wahr.

Der Zeuge ### wurde demzufolge durch den Annahmeverzug der Beklagten nur um eine von ihm zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben übernommene weitere Aufgabe entlastet. Das spricht ebenso wie die von dem Zeugen geschilderte Samstagsarbeit gegen die Annahme, dass der Zeuge während des Annahmeverzugs der Beklagten produktionslos vorgehalten wurde.

Dass der vormalige Bauleiter ### produktionslos vorgehalten wurde, macht die Klägerin nicht geltend. Davon könnte nach der Aussage des Zeugen ### auch nicht ausgegangen werden, weil diese nahelegt, dass die bei der Klägerin beschäftigten Bau- und Projektleiter auch beim Ausfall einzelner Projekte genügend andere Arbeiten im Rahmen ihrer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu erledigen hatten.

(5) Dass die Klägerin die Produktionsmittel nicht auf der Baustelle bereithielt, ist unerheblich.

Ein produktionsloses Bereithalten von Produktionsmitteln erfordert nicht, dass die Produktionsmittel auf der Baustelle brachliegen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (BGH a.a.O. Rn. 42). Das setzt nach Sinn und Zweck des § 642 BGB voraus, dass der Unternehmer die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben des Bestellers so bereithält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden können, nicht aber, dass die Produktionsmittel während der Dauer des Annahmeverzugs auf die Baustelle verbracht und ausschließlich dort bereitgehalten werden. Abgesehen davon, dass die Bereithaltung von Produktionsmitteln auf der Baustelle in vielen Fällen mit unnötigem Aufwand verbunden und nicht praktikabel wäre, steht sie auch

dem im Interesse des Bestellers liegenden Bemühen des Unternehmers entgegen, die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel anderweitig produktiv einzusetzen, um die vom Besteller geschuldete Entschädigung möglichst gering zu halten.

(6) Für die Feststellung, dass die Klägerin für das Bauvorhaben der Beklagten Produktionsmittel produktionslos vorgehalten hat, bedurfte es auch keiner bauablaufbezogenen Darstellung durch die Klägerin.

Dass an dem Bauvorhaben der Beklagten wegen der Restfeuchte des Estrichs keine Parkettarbeiten möglich waren, ist offensichtlich und unstreitig. Damit ist klar, dass die von der Klägerin vorgehaltenen Arbeitskräfte und Geräte während der gesamten Dauer des Annahmeverzugs nicht an dem Bauvorhaben zum Einsatz kommen konnten.

cc. Der Senat schätzt den zeitlichen Umfang, in dem die Klägerin die vier Mitarbeiter ###, ###, ### und ### produktionslos für die Beklagte vorgehalten hat, auf 817,89 Arbeitsstunden.

(1) Nach den von dem Zeugen ### in seiner Vernehmung vor dem Landgericht bestätigten Darlegungen der Klägerin wurden die genannten vier Mitarbeiter in dem vertraglich vereinbarten Ausführungszeitraum vom 09.05.2016 bis 08.07.2016 insgesamt 1.142,10 Stunden für das Bauvorhaben der Beklagten produktionslos vorgehalten. Hierbei ist berücksichtigt, dass die genannten vier Mitarbeiter insgesamt 512 Stunden bei anderen Bauvorhaben eingesetzt werden konnten.

Das Landgericht ist auf der Grundlage der Darlegungen der Klägerin und der Aussage des Zeugen ### bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs davon ausgegangen, dass die Mitarbeiter ###, ###, ### und ### nicht über die von der Klägerin angegebenen 512 Stunden hinaus bei anderen Bauvorhaben tätig waren, sondern nur für die Erledigung interner Aufgaben eingesetzt werden konnten. Da die Beweisaufnahme nicht ergeben hat, dass die Klägerin schon für den ursprünglich vereinbarten Ausführungszeitraum vorgesehen hatte, die Firma ### als Subunternehmerin mit der Durchführung der streitgegenständlichen Parkettarbeiten zu beauftragen, besteht kein vernünftiger Grund, die Richtigkeit der Darlegungen der Klägerin und der Aussage des Zeugen ### und der darauf beruhenden Feststellungen des Landgerichts in Zweifel zu ziehen. Der von der Klägerin dargelegte Umfang der Arbeitszeit, in der die genannten Mitarbeiter für die streitgegenständlichen Arbeiten vorgehalten wurden, beinhaltet zugleich die Behauptung, dass für diese Arbeiten insgesamt 1.654,10 (= 1.142,10 + 512) Arbeitsstunden veranschlagt waren. Dass dieser Ansatz unrealistisch ist, ist weder dargetan noch ersichtlich. Er ergibt sich aus der der Beklagten vor Vertragsschluss bekannt gegebene Kalkulation der Klägerin (Anlage K 11).

Der Senat ist in freier Beweiswürdigung davon überzeugt, dass die Klägerin - wie diese im Rahmen der Neuberechnung ihres Entschädigungsanspruchs im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.01.2020 - VII ZR 33/90 - geltend gemacht hat - während des Annahmeverzugs, der über den vertraglich vereinbarten Ausführungszeitraum hinaus bis zum Eintritt der Belegreife des Estrichs im September 2016 andauerte, die beiden Mitarbeiter ### und ### in den Kalenderwochen 28, 29 und 30 weitere 112 Stunden für das Bauvorhaben der Beklagten vorhielt. Da der Auftrag fortbestand und die Klägerin mit dem jederzeitigen Fortgang der Arbeiten rechnen musste, ist es plausibel, dass die Klägerin zwei der vier für das Bauvorhaben vorgesehenen Mitarbeiter weiterhin solange vorhielt, bis diese auf anderen Bauvorhaben, für die sie ebenfalls eingeplant waren, benötigt wurden und bis feststand, dass die Klägerin die Arbeiten für das Bauvorhaben der Beklagten wegen der eingetretenen Verzögerung nicht mehr mit eigenem Personal, sondern nur noch mit einem Subunternehmer ausführen konnte. Letzteres war erst in der 30. Kalenderwoche der Fall, als die Parteien vereinbarten, einen Trocknungsschliff durchzuführen, und der Zeuge ### die Firma ### mit diesem Trocknungsschliff beauftragte. Der Zeuge ### hat ausgeführt, dass er

in der 30. Kalenderwoche mit dem Zeugen ### Kontakt wegen des Trocknungsschliffs aufgenommen habe und dass der Zeuge ### sich bereit erklärt habe, diesen Trocknungsschliff zu machen. Von da an habe er entschieden, die Geräte "auch" (ebenso wie seine "Leute", was der Zeuge wörtlich ausgesagt hat, aber versehentlich nicht protokolliert worden ist) nicht mehr vorzuhalten.

Da sich die Höhe der Entschädigung nicht nach der vertraglich vereinbarten Ausführungszeit, an der sich die Klägerin bei ihrer erstinstanzlichen Berechnung orientiert hat, sondern nach der Dauer des Annahmeverzugs richtet, erhöht sich der für die Bemessung des Entschädigungsanspruchs zu berücksichtigende Umfang der Vorhaltung von Personal folglich auf 1.254,10 Stunden. Der neue Sachvortrag der Klägerin im Berufungsverfahren zur produktionslosen Vorhaltung ihrer Mitarbeiter im Umfang von weiteren 112 Stunden ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen. Auf die Ausführungen unter bb. (3) wird Bezug genommen.

(2) Von den 1.254,10 Stunden, die die Klägerin die vier Arbeitnehmer ###, ###, ### und ### produktionslos vorhielt, können der Bemessung des Entschädigungsanspruchs nur 1.090,52 Stunden zugrunde gelegt werden, weil davon auszugehen ist, dass die Klägerin die genannten Arbeitnehmer während der Dauer des Annahmeverzugs nicht mehr als 40 Wochenarbeitsstunden beschäftigen musste.

Da der Unternehmer gemäß § 642 Abs. 1 BGB nur eine angemessene Entschädigung für die während des Annahmeverzugs des Bestellers unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel verlangen kann, kann die zu entschädigende unproduktive Arbeitszeit nicht danach bemessen werden, wie viele Wochenarbeitsstunden die Arbeitnehmer ohne den Annahmeverzug an dem Bauvorhaben des Bestellers gearbeitet hätten. Macht der Unternehmer - wie im Streitfall - geltend, dass er die für das Bauvorhaben vorgesehenen Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs nicht oder jedenfalls überwiegend nicht produktiv einsetzen konnte, muss die unproduktive Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer zur Vermeidung unangemessener Ergebnisse vielmehr danach bemessen werden, in welchem zeitlichen Umfang der Unternehmer die Arbeitnehmer für ihre unproduktive Tätigkeit nach den gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen beschäftigen und vergüten musste (vgl. Jurgeleit in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 7 Rn. 78).

Zwar bemisst sich die angemessene Entschädigung für die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel im Grundsatz nach den auf sie entfallenden Anteilen aus der vereinbarten Gesamtvergütung und kommt es nicht auf die tatsächlichen Kosten der Bereithaltung dieser Produktionsmittel an (BGH a.a.O. Rn. 51 und 54). Dem wird aber schon dadurch Rechnung getragen, dass die Berechnung der auf das unproduktiv bereitgehaltene Personal entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung anhand der von dem Unternehmer kalkulierten Lohnkosten je Arbeitsstunde einschließlich der Zuschläge für Sozialkosten, allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn (dazu nachfolgend unter dd.) vorzunehmen ist. Könnte der Unternehmer neben den kalkulierten Lohnkosten auch noch einen Ausgleich für vertraglich und tariflich nicht geschuldete Überstunden seines während des Annahmeverzugs nicht produktiv beschäftigten Personals beanspruchen, würde er dadurch einen nicht gerechtfertigten Vorteil erlangen und den Besteller ungerechtfertigt benachteiligen.

Da die Klägerin beim zeitlichen Umfang der produktionslosen Vorhaltung der vier Arbeitnehmer ###, ###, ### und ### bei insgesamt veranschlagten 1.654,10 (= 1.142,10 + 512) Arbeitsstunden für 9 Kalenderwochen von einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 46 Stunden ausgegangen ist, nach den vorstehenden Ausführungen aber nur eine Entschädigung für die Vorhaltung dieser Arbeitnehmer im Umfang von 40 Wochenarbeitsstunden beanspruchen kann, sind der Berechnung des

Entschädigungsanspruchs von den tatsächlich vorgehaltenen 1.254,10 Arbeitsstunden lediglich 1.090,52 Arbeitsstunden zugrunde zu legen (1.254,10 x 40/46).

(3) Von diesen 1.090,52 Arbeitsstunden, ist ein weiterer Abzug für die Zeit vorzunehmen, in der die genannten Arbeitskräfte bei der Klägerin produktiv für die Erledigung interner Aufgaben eingesetzt werden konnten. Der Senat bemisst den Umfang dieser produktiven Tätigkeit im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage der Angaben, die der Zeuge ### in seiner Vernehmung vor dem Landgericht gemacht hat und denen das Landgericht - soweit es sich nicht um bloße Wertungen des Zeugen handelt - auch gefolgt ist, insgesamt mit einem Viertel der Arbeitszeit, welche die Klägerin die vier Arbeitnehmer für das Bauvorhaben der Beklagten vorhielt. Folglich sind für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs im Ergebnis nur 817,89 Arbeitsstunden (1.090,52 x 3/4) als unproduktive Arbeitszeit in Ansatz zu bringen.

Der Einsatz der für die Ausführung der Arbeiten vorgesehenen Arbeitnehmer für innerbetriebliche Aufgaben kann jedenfalls dann nicht als unproduktives Bereithalten von Produktionsmitteln angesehen werden, wenn die Erledigung der innerbetrieblichen Aufgaben im Interesse des Unternehmers liegt (Althaus NZBau 2018, 643, 644). Das ist regelmäßig der Fall, wenn es sich um notwendige Arbeiten handelt, die unabhängig von dem Annahmeverzug des Bestellers erledigt werden mussten und zu deren Erledigung der Unternehmer eigene Arbeitskräfte einsetzen oder fremde Arbeitskräfte hinzuziehen musste.

Ausgehend von den Angaben des Zeugen ### schließt sich der Senat der Bewertung des Landgerichts an, dass der Einsatz der vier Arbeitskräfte ###, ###, ### und ### für interne Werkzeugreinigungsarbeiten im Wesentlichen notwendig und somit für die Klägerin produktiv war sowie dass der Umfang der Tätigkeit der Arbeitskräfte während des Annahmeverzugs, der auf diese Arbeiten entfällt, wie von dem von der Klägerin benannten Zeugen ### ausdrücklich angegeben mit 1/8 zu veranschlagen ist.

Der Senat schließt sich auch der Bewertung des Landgerichts an, dass die übrigen Tätigkeiten der genannten vier Mitarbeiter während des Annahmeverzugs - Renovierungs-, Instandsetzungs-, Aufräum- und Inventurarbeiten - nicht ausschließlich zu Beschäftigungszwecken erfolgt sind, sondern zumindest in geringem Umfang - namentlich die Inventurarbeiten - notwendig waren und erledigt werden mussten. Der Senat folgt dem Landgericht aber nicht darin, dass diese Tätigkeiten im Umfang von 1/4 als notwendig und damit produktiv anzusehen sind. Vielmehr geht der Senat aufgrund der Aussage des Zeugen ### davon aus, dass die genannten Tätigkeiten für die Klägerin überwiegend nicht erforderlich, sondern bestenfalls nützlich waren, und deshalb nicht - auch nicht durch andere Beschäftigte - ausgeführt worden wären, wenn die Klägerin die vier Mitarbeiter für das Bauvorhaben der Beklagten oder für einen Füllauftrag hätte einsetzen können. Der Senat veranschlagt den Anteil an diesen Tätigkeiten, der im Interesse der Klägerin lag und sich aus diesem Grund auf die Höhe der Entschädigung anspruchsmindernd auswirkt, daher wie die Werkzeugreinigungsarbeiten nur mit 1/8 der unter (2) ermittelten 1.090,52 Arbeitsstunden.

dd. Auf der Grundlage des unter cc. festgestellten Umfangs der vergeblichen Bereithaltung von Produktionsmitteln während der Dauer des Annahmeverzugs ergibt sich ein Entschädigungsanspruch der Klägerin in Höhe von 42.588,28 Euro einschließlich 19 % Umsatzsteuer.

(1) Bei der Ermittlung der auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Anteile der vertraglich vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten ist von der Angebotssumme in Höhe von 178.912,27 (vor dem Preisnachlass in Höhe von 4,5 %) und nicht von der Schlussrechnungssumme in Höhe von 150.003,69 Euro auszugehen. Es ist daher auf die Preisbestandteile der Kalkulation der

Klägerin (Anlage K 11) abzustellen, die dem von der Beklagten angenommenen Einheitspreisangebot vom 28.09.2015 zugrunde liegt. In welchem Umfang die Klägerin die beauftragten Leistungen tatsächlich ausführte, kann entgegen der Berufung der Beklagten bei der Bemessung der angemessenen Entschädigung keine Berücksichtigung finden.

Dies entspricht nicht nur dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Berechnungspraxis vor dem Hintergrund, dass es Fälle gibt, in denen auf den tatsächlich ausgeführten Leistungsumfang schon deshalb nicht abgestellt werden kann, weil der Vertrag noch vor (vollständiger) Ausführung der vereinbarten Leistungen vorzeitig beendet wird. Es ist auch deshalb sachgerecht, auf die Preisbestandteile der Kalkulation des dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Angebots abzustellen, weil der Unternehmer seine Entscheidung über den Umfang der vorzuhaltenden Produktionsmittel in der Regel an dem bei Vertragsschluss vorausgesetzten Leistungsumfang orientieren muss. Nachträgliche Änderungen des Leistungsumfangs kann der Unternehmer bei seinen Dispositionen nur berücksichtigen, wenn er diese im Zeitpunkt des Annahmeverzugs bereits kennt. Davon kann zumindest in den Fällen nicht ausgegangen werden, in denen der Unternehmer - wie im Streitfall - im Zeitpunkt der Vorhaltung der Produktionsmittel mit der Ausführung der vertraglichen Leistung noch nicht begonnen hat.

Dass die Klägerin ihr Angebot erkennbar falsch kalkuliert hätte und von einem unrichtigen Leistungsumfang sowie unrichtigen Mengenangaben ausgegangen wäre, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ergibt die Gegenüberstellung von Angebot (Anl. K1) und Schlussrechnung (Anl. K 12), dass der im Vergleich zum Angebot geringere Schlussrechnungsbetrag im Wesentlichen auf den nachträglichen Wegfall von einzelnen Leistungen und nicht auf erkennbar grundlegend fehlerhafte Mengenangaben im Einheitspreisangebot zurückzuführen ist.

Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der Beklagten, bei der Berechnung der Entschädigung dürften letztlich nicht beauftragte Eventualpositionen nicht berücksichtigt werden (189 f.), ist unbeachtlich. Die im Angebot der Klägerin unter Position 3,1.2 vorgesehene Zulage für ein stärkeres Parkett betrifft nur Materialkosten. Diese sind nicht Gegenstand der von der Klägerin beanspruchten Entschädigung. Dass durch die Verwendung eines weniger massiven Parketts weniger Arbeitsaufwand und damit niedrigere Lohnkosten anfallen, hat die Beklagte nicht behauptet und ist zudem fernliegend. Dass die Klägerin die unter Position 7.3 vorgesehenen Stundenlohnarbeiten in dem dort veranschlagten (maßvollen) Umfang nicht für erforderlich halten durfte, ist nicht ersichtlich.

(2) Ausgehend von der Preiskalkulation der Klägerin beläuft sich der auf die vergebliche Bereithaltung der vier Arbeitnehmer ###, ###, ### und ### entfallende Anteil an der Gesamtvergütung ohne Berücksichtigung der Zuschläge für Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten auf 21.649,55 Euro netto.

Dieser Betrag errechnet sich aus dem Umfang der unproduktiven Tätigkeit dieser Arbeitnehmer von 817,89 Arbeitsstunden und dem von der Klägerin nachvollziehbar dargelegten Kalkulationslohn für diese Arbeitnehmer von 26,47 Euro je Arbeitsstunde. Der Kalkulationslohn setzt sich zusammen aus dem Mittellohn von 13,37 Euro je Arbeitsstunde und Sozialkosten von 13,10 Euro. Der von der Klägerin angegebene Mittellohn von 13,37 ist ohne weiteres plausibel. Dass die Arbeitgeberanteile an der Sozialversicherung, die Beiträge an die Berufsgenossenschaften einschließlich der gesetzlichen Unfallversicherung sowie freiwillige Leistungen des Arbeitgebers umfassenden Sozialkosten von der Klägerin zu hoch angesetzt seien, macht die Beklagte - der die Angaben zur Preisermittlung der Klägerin in dem Formblatt KEV 180.1 (Anl. K 11, auch als Formblatt 221 bezeichnet) mit Schreiben der Klägerin vom 06.10.2015 (Anl. K 15) und damit bereits vor Auftragserteilung am 26.10.2015 mitgeteilt worden waren - nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich.

(3) Den auf die vergeblich vorgehaltenen Geräte entfallenden Anteil an der Gesamtvergütung hat die Klägerin für den geltend gemachten Vorhaltungszeitraum von 10 Kalenderwochen mit 5.650,00 Euro angegeben (Schriftsatz vom 10.06.2020, dort Seite 5; II 79) und dazu vorgetragen, dass diese Kosten in der Preiskalkulation in den mit 19 % auf die Lohnkosten kalkulierten Baustellengemeinkosten enthalten seien. Das ist plausibel. Die Beklagte, der - wie oben dargelegt - die Angaben zur Preisermittlung der Klägerin in dem Formblatt KEV 180.1 (Anl. K 11) mit Schreiben der Klägerin vom 06.10.2015 (Anl. K 15) und damit bereits vor Auftragserteilung am 26.10.2015 mitgeteilt worden waren, macht auch nicht geltend, dass die Baustellengemeinkosten mit 19 % auf die Lohnkosten zu hoch angesetzt seien. Der Senat veranschlagt den auf die vergeblich vorgehaltenen Geräte entfallenden Anteil an der Gesamtvergütung daher mit 5.650 Euro netto.

(4) Die angemessene Entschädigung für die vergebliche Bereithaltung von Produktionsmitteln umfasst auch die in der Vergütung enthaltenen Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn (BGH a.a.O. Rn. 54). Insoweit ergibt sich ein weiterer Betrag von 10.175,29 Euro.

Die Klägerin hat die genannten Anteile bei der Aufschlüsselung der Angebotssumme in dem Formblatt KEV 180.1 (Anlage K 11) als prozentuale Zuschläge auf die Lohn- und Stoffkosten angegeben. Danach erhob sie bei der Kalkulation der Angebotssumme einen Zuschlag auf den Kalkulationslohn von 38 % für allgemeine Geschäftskosten und einen weiteren Zuschlag auf den Kalkulationslohn von 9 % für Wagnis und Gewinn. Auf die Stoffkosten erhob sie einen Zuschlag von 8 % für allgemeine Geschäftskosten und von 9 % für Wagnis und Gewinn.

Diese Preiskalkulation, die der Beklagten - wie oben dargelegt - bei Auftragserteilung bekannt war, ist in sich stimmig und rechnerisch nachvollziehbar. Sie entspricht, wie die Zeugin ### in ihrer Vernehmung vor dem Landgericht ausgesagt hat (I 413), der jahrelangen Praxis der Klägerin. Der Senat hat daher - wie schon das Landgericht - keine Bedenken, die von der Klägerin kalkulierten Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten und für Wagnis und Gewinn der Bemessung des Entschädigungsanspruchs zugrunde zu legen.

Ob die von der Klägerin angegebenen Zuschläge unter Berücksichtigung der tatsächlichen allgemeinen Geschäftskosten und dem von der Klägerin tatsächlich erzielten Gewinn zutreffend ermittelt wurden, spielt bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB - anders als bei der Bemessung des Vergütungsanspruchs nach § 650c Abs. 1 BGB (vgl. dazu Kniffka in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 4 Rn. 301 ff.) - keine Rolle. Bei § 642 BGB geht es nicht um eine Vergütungsanpassung, sondern um eine Entschädigung des Unternehmers für unproduktiv bereitgehaltene Produktionsmittel, die sich nach der vereinbarten und nicht nach der angemessenen Vergütung bemisst. Anders als die Beklagte meint, bedarf es daher keiner Klärung, ob die von der Klägerin angesetzten Zuschläge gemessen an den tatsächlichen Betriebskosten der Klägerin und den von ihr erzielten Umsätzen zutreffend sind.

Unter Berücksichtigung der Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten und für Wagnis und Gewinn in Höhe von insgesamt 47 % (= 38 % + 9 %) beläuft sich der auf die vergebliche Bereithaltung der vier Arbeitnehmer ###, ###, ### und ### entfallende Anteil an der Gesamtvergütung der Klägerin damit auf 31.824,84 E netto (= 21.649,55 E + 47 %).

Auf den auf die vergeblich vorgehaltenen Geräte entfallenden Anteil an der Gesamtvergütung in Höhe von 5.650,00 kann die Klägerin hingegen - entgegen ihrer Berechnung in dem Schriftsatz vom 10.06.2020, dort Seite 6 II 80) - keine Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten und für Wagnis und Gewinn beanspruchen, weil sie die Vergütung nach ihren eigenen Darlegungen und ausweislich der Aufschlüsselung der Angebotssumme in dem Formblatt KEV 180.1 (Anl. K 11) in der Weise kalkulierte, dass sie die Gerätekosten - ebenso

wie die Kosten der Bauleitung - über die Baustellengemeinkosten umlegte. Die Baustellengemeinkosten wiederum hat die Klägerin bei der Preisermittlung nicht als eigenständige Kostenposition, sondern als Zuschlag i.H.v. 19 % auf die Lohn- und Stoffkosten geltend gemacht. Da die Klägerin bei der Ermittlung des Gesamtpreises nicht mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten und für Wagnis und Gewinn auf die von den Baustellengemeinkosten umfassten Kostenbestandteile kalkulierte, können diese Zuschläge auch nicht bei den Vergütungsanteilen für die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel berücksichtigt werden.

(5) Ersparte Aufwendungen bei den Lohnkosten hat die Klägerin in der Weise berücksichtigt, dass sie die ausweislich der Angaben zur Preisermittlung (Formblatt KEV 180.1; Anl. K 11) in ihrer Preiskalkulation enthaltenen Lohnnebenkosten in Form eines Zuschlags von 26,80 % auf den Mittellohn von 13,37 Euro pro Arbeitsstunde bei der Berechnung der Entschädigung nicht beansprucht. Die in der Preiskalkulation der Klägerin so bezeichneten Lohnnebenkosten umfassen nach dem Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 28.09.2018; 1 207 ff.) Fahrtkosten der Mitarbeiter zu den Bauvorhaben und Zuschläge für Samstagsarbeit. Dass die Klägerin bezogen auf die vorgehaltenen Produktionsmittel weitere Ersparnisse hatte, behauptet die Beklagte nicht konkret und ist auch sonst nicht ersichtlich.

(6) Da sich die angemessene Entschädigung an der vereinbarten Vergütung orientiert, ist der vertraglich vereinbarte Preisnachlass von 4,5 % auch bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs zu berücksichtigen. Nach alledem beläuft sich der Entschädigungsanspruch ausgehend von dem auf die vergebliche Bereithaltung der vier Arbeitnehmer ###, ###, ### und ### entfallenden Anteil an der kalkulierten Gesamtvergütung von 31.824,84 Euro netto und dem auf die vergeblich vorgehaltenen Geräte entfallenden Anteil an der kalkulierten Gesamtvergütung von 5.650,00 Euro netto sowie unter Berücksichtigung des vereinbarten Nachlasses von 4,5 % auf 35.788,47 netto (= 31.824,84 + 5.650,00 Euro - 1.686,37 Euro). Zuzüglich 19 % Umsatzsteuer ergibt sich damit ein Betrag von 42.588,28 Euro brutto.

3. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 Abs. 2 BGB. Der Anspruch aus § 642 BGB hat Entgeltcharakter (BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05 -, BGHZ 175, 118-123, Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 642 Rn. 5).

4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

5. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat hat unter Berücksichtigung der in der Grundsatzentscheidung des BGH vom 30.01.2020 -VII ZR 33/19 - genannten Maßstäbe eine tatrichterliche Abwägungsentscheidung getroffen. Soweit der Senat im Rahmen dieser Abwägungsentscheidung eine Konkretisierung der zu berücksichtigenden Maßstäbe vorgenommen hat, beruht diese auf den Besonderheiten des Einzelfalles.