

Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/859a7589-cf71-39bf-90f0-80df904ef43b>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Björn Retzlaff
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 1036 - 1051 (Heft 6)
Verlag	Werner Verlag

Retzlaff, BauR 2023, 1036

Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I



von Björn Retzlaff, Berlin *

Nach der Kündigung eines Werkvertrags steht dem Unternehmer in vielen Fällen die „große“ Kündigungsvergütung zu. Das bedeutet, er hat Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich seiner ersparten Aufwendungen und desjenigen, was er durch die „anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft“ erworben hat.

Über den zweiten Abzugsposten, den anderweitigen Erwerb, herrscht in Rechtsprechung und Literatur bemerkenswerte Unklarheit. Der vorliegende Beitrag untersucht in seinem Teil I die Frage, wann ein Werkunternehmer nach einer Kündigung anderweitigen Erwerb erzielt hat. In Teil II (im nächsten Heft) wird dargestellt, wie dieser anderweitige Erwerb der Höhe nach zu ermitteln und abzurechnen ist.

I. Einleitung

1. Die „große“ Kündigungsvergütung

Die Kündigung eines Werkvertrags hat die Folge, dass der Unternehmer diejenigen Leistungen, auf die sich die Kündigung bezieht, nicht mehr erbringen muss. Hatte der Unternehmer mit den Arbeiten schon begonnen und damit schon einen Teil der Vergütung verdient,¹ führt die Kündigung zur Aufteilung der im Vertrag vereinbarten

Leistungen, nämlich in erbrachte Leistungen (im Folgenden auch *EL* abgekürzt) und nicht erbrachte Leistungen bzw. nicht mehr zu erbringende Leistungen (im Folgenden auch *NEL* abgekürzt). Von einer Teilkündigung spricht man, wenn die Leistungspflicht des Unternehmers nicht hinsichtlich sämtlicher Leistungen, die im Zeitpunkt der Kündigung noch offen sind, beendet werden soll, sondern nur hinsichtlich eines Teils hiervon, während der Unternehmer hinsichtlich anderer *NEL* noch in der Pflicht bleibt.²

Die Kündigung eines Werkvertrags kann sich unterschiedlich auf die Vergütung des Unternehmers auswirken. Sie kann dazu führen, dass er nur noch Anspruch auf Vergütung seiner *EL* hat. Dieser insbesondere § 645 Abs. 1 Satz 1 und § 648a Abs. 5 BGB vorgesehene Fall wird hier als „kleine“ Kündigungsvergütung bezeichnet. Hat der Unternehmer nach der Kündigung weiterhin Anspruch auf die vollständige vereinbarte Vergütung – auch soweit sie die *NEL* abgilt – abzüglich ersparter Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs, so wird dies als „große“ Kündigungsvergütung bezeichnet. Sie ist als Kündigungsfolge in § 648 und § 650f Abs. 5 BGB vorgesehen.

Große und kleine Kündigungsvergütung unterscheiden sich nicht nur der Höhe nach, sondern auch in der Beweislast, wenn der Leistungsstand des Unternehmers umstritten ist: Kann der Unternehmer nur die kleine Kündigungsvergütung beanspruchen, so hat er seinen Leistungsstand, also den Umfang seiner *EL*, darzulegen und zu beweisen. Steht ihm hingegen die große Kündigungsvergütung zu, kommt es auf den von ihm erreichten Leistungsstand nicht unmittelbar an, denn schließlich hat er Anspruch auf die gesamte vereinbarte Vergütung, auch soweit sie die *NEL* erfasst. Der Leistungsstand ist nur indirekt von Bedeutung, da der Umfang der *NEL* in der Regel von Relevanz für die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb des Unternehmers ist. Im Streitfall hat aber der Besteller die Höhe dieser Abzugsposten zu beweisen.³ Somit ist die große Kündigungsvergütung für den Unternehmer nicht nur deshalb günstiger, weil sie mehr Vergütungspositionen umfasst, sondern auch wegen der für ihn besseren Beweislastverteilung im Höhenstreit.

In welchen Fällen dem Unternehmer die große Kündigungsvergütung zusteht, ist im Gesetz teilweise missverständlich geregelt. Ausdrücklich

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1037>>

vorgesehen ist sie nach der freien Kündigung eines Werkvertrags durch den Besteller (§ 648 BGB) und nach der Kündigung des Unternehmers gem. § 650f Abs. 5 BGB. Darüber hinaus ist aber zu Recht anerkannt, dass dem Unternehmer die große Kündigungsvergütung auch dann zusteht, wenn er den Werkvertrag aus einem wichtigen Grund kündigt, den der Besteller zu vertreten hat.⁴ Die Unternehmerkündigung aus § 650f Abs. 5 BGB ist nur ein Sonderfall dieser Regel,⁵ die auch in § 326 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt. In § 648a Abs. 5 BGB n.F. hat der Gesetzgeber diese Erkenntnis übersehen, indem bei der Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund generell die kleine Kündigungsvergütung als Rechtsfolge vorgesehen ist. Diese Norm ist folglich entgegen ihrem Wortlaut dahin auszulegen, dass der Unternehmer, wenn er den Vertrag berechtigt wegen eines vom Besteller zu vertretenden Grundes kündigt, Anspruch auf die große Kündigungsvergütung hat.⁶

2. Der anderweitige Erwerb

Die große Kündigungsvergütung zeichnet sich also dadurch aus, dass dem Unternehmer auch die Vergütung *NEL* zusteht, er sich hiervon aber ersparte Aufwendungen (im Folgenden auch mit *EA* abgekürzt) abziehen

lassen muss und dasjenige, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Dieser zweite Abzugsposten wird im Folgenden kurz als anderweitiger Erwerb bezeichnet (auch mit AWE abgekürzt). Dabei muss man aber im Hinterkopf behalten, dass dies in zweifacher Hinsicht eine Vereinfachung darstellt: Tatsächlich spricht das Gesetz nicht von AWE im Allgemeinen, sondern nur vom Erwerb *aus der anderweitigen Verwendung des Produktionsmittels Arbeitskraft*.⁷ Außerdem hat sich der Unternehmer nicht nur den *tatsächlich erzielten* AWE abziehen zu lassen, sondern auch „böswillig“ unterlassenen .

a) Situation in der Rechtsprechung

Nach der Wahrnehmung des Verf. spielt der AWE in Rechtsstreitigkeiten um die Kündigungsvergütung gegenwärtig meistens keine Rolle. Das dürfte damit zusammenhängen, dass es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine konkreten Vorgaben gibt, wie dieser Begriff auf einen konkreten Fall anzuwenden ist. Zwar betont der BGH, der Unternehmer habe vorzutragen, „welchen anderweitigen Erwerbs er sich anrechnen lassen muss“. ⁸ Wann AWE aber tatsächlich vorliegt und wie er der Höhe nach zu ermitteln ist, hat der BGH aber bislang nicht näher entschieden, er hat sich lediglich auf die negative Aussage beschränkt, der Unternehmer müsse jedenfalls nicht „seine gesamte Geschäftsstruktur offen legen“. ⁹ Diese vagen Aussagen haben dazu geführt, dass sich in Abrechnungen und Prozessvortrag von Werkunternehmern in aller Regel überhaupt keine Angaben zu AWE finden und auch die meisten Entscheidungen von Instanzgerichten hierauf nicht eingehen, geschweige denn einen Abzug aus diesem Grund vornehmen.¹⁰

Eine solche Rechtsprechungspraxis ist nicht überzeugend. Vielmehr steht zu erwarten, dass ein gekündigter Unternehmer durch die kündigungsbedingte Freisetzung seiner Arbeitskräfte jedenfalls im Regelfall in einem gewissem Umfang AWE erzielen kann. Die Möglichkeit hierzu hängt nicht nur von der wirtschaftlichen Lage im Betrieb des Unternehmers, also seiner Auslastung, ab, sondern auch davon, ob ein Vertrag eher zu Beginn oder gegen Ende seiner Ausführungszeit gekündigt wird. Je früher die Kündigung erfolgt, desto umfangreicher sind die hierdurch vom Vertrag freigestellten Produktionskapazitäten, die das Potential bilden, mit denen der Unternehmer anderweitig Umsatz erzielen kann¹¹ – wenn es auch vielleicht nicht in vollem Umfang aktiviert werden kann.¹²

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1038<<>>

Erst recht problematisch ist die faktische Ausblendung von AWE in Kündigungsprozessen, wenn man sich die wirtschaftliche Situation in den vergangenen Jahren vor Augen hält. Sie hat zu einer hohen Auslastung der meisten am Markt tätigen Bauunternehmern und auch der Werkunternehmer in anderen Branchen geführt. Je stärker ausgelastet aber ein Unternehmen ist, desto weniger plausibel ist seine Behauptung, nach der Kündigung eines Werkvertrags mit den freigestellten Produktionskapazitäten keinen AWE erzielt zu haben.

b) „Füllauftrag“, Vollausslastung und Rentabilitätsvermutung

Im Zusammenhang mit der Prüfung von AWE wird häufig der Begriff des „Füll-“ oder „Ersatzauftrags“ verwendet. Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass dieser Begriff zur Klärung der Frage, ob ein Unternehmer AWE erzielt hat, untauglich ist. Stattdessen kann der Begriff des AWE nur dann sinnvoll

angewendet werden, wenn im Ausgangspunkt von der durchgängigen vollständigen Auslastung der Produktionskapazitäten eines Werkunternehmers ausgegangen wird. Dieser *Grundsatz der Vollausslastung* dürfte insbesondere in den letzten Jahren auch der Betriebssituation der meisten Werkunternehmer, insbesondere der Bauunternehmer, entsprochen haben. Der Grundsatz findet seine Rechtfertigung aber nicht in dieser makroökonomischen Realität, sondern darin, dass nur mit seiner Hilfe der Rechtsbegriff des anderweitigen Erwerbs sinnvoll in der Praxis angewendet werden kann.¹³

Im Interesse einer praktikablen Ermittlung von AWE bedarf es noch einer weiteren Grundannahme für die Ermittlung des AWE, nämlich einer *Rentabilitätsvermutung*. Damit ist die Vermutung gemeint, dass ein Unternehmer durch den Einsatz seiner Arbeitskräfte jedenfalls die hierdurch verursachten zeitbezogenen Kosten decken kann.

3. Gang der Untersuchung

Der Gang der vorliegenden Untersuchung ist wie folgt:

Zunächst wird die Bedeutung der beiden Abzugsposten der großen Kündigungsvergütung – ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb – erläutert.¹⁴ Sodann wird die Frage behandelt, wann ein Werkunternehmer dem Grunde nach anderweitigen Erwerb erzielt hat.¹⁵

Sodann wird dargestellt, wie sich dieser der Höhe nach beziffern lässt¹⁶ und welche Schlussfolgerungen sich hieraus für die Abrechnung der großen Kündigungsvergütung und die Erstdarlegungslast des Unternehmers in Rechtsstreitigkeiten ergeben.¹⁷

Schließlich werden die gewonnenen Erkenntnisse auf einige Gerichtsentscheidungen der jüngeren Vergangenheit angewendet.¹⁸

Die Untersuchung ist um einen anschaulichen Sprachstil bemüht. Allerdings erfordert ihr nicht ganz einfaches Thema eine mitunter etwas sperrige und vielleicht ungewohnte Terminologie. Um den Umgang mit ihr zu erleichtern, werden für häufig verwendete Begriffe auch im Fließtext Abkürzungen verwendet. Von besonderer Bedeutung werden die Begriffe der kündigungsbedingt entfallenen *Vertragsdauer (EVD)* und der kündigungsbedingt entfallenen *Arbeitslast (EAL)* sein.

Auch wenn die nachfolgende Untersuchung etwas länger sein mag: An ihrem Ende wird eine einfache Vorgehensweise stehen, mit der der AWE eines Werkunternehmers sachgerecht in der Praxis bestimmt werden kann. Sie wird es insbesondere erlauben, den AWE zu ermitteln, ohne „außervertragliche Umstände“ klären zu müssen, die die Rechtsbeziehungen des gekündigten Unternehmers zu anderen Auftraggebern betreffen, wie insbesondere: Über welche anderen Aufträge verfügte der Unternehmer bei und nach der Kündigung noch? Wann wurden ihm diese erteilt? Welche zeitliche Flexibilität bestand bei ihrer Abarbeitung? Welche Umsätze konnte der Unternehmer dort erzielen? Diese Fragen, die häufig mit dem Begriff des „Füllauftrags“ in Verbindung gebracht werden, können im Rechtsstreit um eine Kündigungsvergütung – wenn überhaupt – nicht mit vertretbarem Aufwand aufgeklärt werden, geschweige denn, dass der beweisbelastete Besteller hierzu Näheres vortragen könnte. Es wird sich zeigen, dass dies in aller Regel auch gar nicht erforderlich ist, weil sie irrelevant sind.

II. Abgrenzung von ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb

Die große Kündigungsvergütung hat das Ziel, den gekündigten Unternehmer so zu stellen wie er stünde, wenn der Vertrag ohne Kündigung durchgeführt worden wäre. Daher erhält der Unternehmer die volle vereinbarte Vergütung, allerdings muss er sich diejenigen Vorteile abziehen lassen, die ihm nur aufgrund der Kündigung entstanden sind. Diese kündigungsbedingten Vorteile fasst das Gesetz unter zwei Begriffen, nämlich den ersparten Aufwendungen und den des anderweitigen Erwerbs.¹⁹

Hinter diesen beiden Abzugsposten steht der Unterschied zwischen den variablen Kosten und den Fixkosten der kündigungsbedingt weggefallenen Leistungen.

1. Variable Kosten oder Fixkosten?

Soweit der Unternehmer, dem die Kündigung eines Werkvertrags erklärt wird, Kosten der Leistungen, die er nicht mehr erbringen soll, noch vermeiden kann, handelt es sich um variable Kosten.

Beispiel 1:

Der Besteller B hat dem Unternehmer U mit dem Werkvertrag A 1 beauftragt. U hat die beauftragten Leistungen zum Teil bereits erbracht, zum anderen Teil noch nicht. Für seine noch nicht erbrachten Leistungen NEL benötigt U den Baustoff S 1. Der Besteller B kündigt den Vertrag. U hat S 1 noch nicht gekauft.

In Reaktion auf die Kündigung kann U auf den Kauf von S 1 verzichten und so die hierdurch bedingten Kosten vermeiden. Somit sind die Kosten von S 1 im Beispiel 1 variable Kosten von NEL.

Soweit der Unternehmer Kosten der kündigungsbedingt entfallenen Leistungen nicht mehr vermeiden kann, handelt es sich um Fixkosten.

Beispiel 2:

Für die Ausführung der NEL im Beispiel 1 benötigt U außerdem den Baustoff S 2, den er im Zeitpunkt der Kündigung bereits gekauft hatte.

Beispiel 3:

Um die gekündigten Leistungen aus dem Vertrag A 1 auszuführen, hätte U seine fest angestellten Mitarbeiter M 1 und M 2 noch über einen Zeitraum von weiteren drei Wochen hinweg 60 Stunden lang einsetzen müssen. Nach der Kündigung von A 1 kündigt U die Arbeitsverträge mit M 1 und M 2 seinerseits

nicht.

Das im Beispiel 3 in Rede stehende Produktionsmittel ist die Arbeitskraft der angestellten Arbeitnehmer des Unternehmers. Wird ein Werkvertrag gekündigt, muss der Unternehmer seine Mitarbeiter nicht mehr für die Leistungen einsetzen, die kündigungsbedingt weggefallen sind. Der Zeitraum, in dem die Mitarbeiter diese Leistungen hätten erbringen müssen, wird im Folgenden als *entfallene Vertragsdauer* oder kurz *EVD* bezeichnet. Nimmt man im Beispiel 3 an, dass U die Gehälter von M 1 und M 2 während EVD nicht mehr durch Kündigung der Arbeitsverhältnisse hätte reduzieren können,²⁰ handelt es sich bei diesen Gehältern bezogen auf die kündigungsbedingt entfallenen Leistungen um Fixkosten.

Das Begriffspaar der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs zielt darauf ab, die Vorteile, die dem Unternehmer durch die Kündigung des Werkvertrags entstehen, in angemessener Form²¹ zu erfassen und dabei diese unterschiedlichen Kostenarten zu berücksichtigen:

Soweit der Unternehmer im Beispiel 1 den Kauf von S 1 noch vermeiden kann, erspart er kündigungsbedingt Aufwendungen, die ihm bei Durchführung des

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1040<<>>

Vertrags entstanden wären. Deshalb muss er sich den Betrag dieser Ersparnis von der Vergütung der nicht erbrachten Leistungen abziehen lassen.

In den Beispielen 2 und 3 gibt es eine solche Ersparnis hingegen nicht. Die dort betrachteten und durch die NEL bedingten Kosten von S 2, M 1 und M 2 reduzieren sich aufgrund des kündigungsbedingten Wegfalls von Leistungen nicht, sondern bleiben gleich.

Dennoch können U im Beispiel 3 durch die Kündigung des Vertrags A 1 Vorteile bei der Nutzung seiner Arbeitskräfte entstanden sein. Schließlich hat die Kündigung dazu geführt, dass M 1 und M 2 während der entfallenen Vertragsdauer EVD nicht mehr für A 1 eingesetzt werden müssen. Kann U sie nun stattdessen für einen anderen Auftrag A 2 einteilen und dort mit ihnen Umsatz erzielen, kann dies ein Vorteil sein, der ihm nur aufgrund der Kündigung von A 1 entsteht. Unter dieser Bedingung ist es gerechtfertigt, dass sich U das, was er durch den Einsatz von M 1 und M 2 für A 2 erwirtschaftet, als AWE auf seine große Kündigungsvergütung anrechnen lassen muss.

Zwischenergebnis 1: Mit anderweitigem Erwerb meint das Gesetz also Vorteile, die der Unternehmer mit Produktionsmitteln erwirtschaftet, die er für die gekündigten Leistungen nicht mehr benötigt, deren Kosten er aber nicht mehr einsparen konnte, die also Fixkosten der entfallenen NEL darstellen.

2. Anderweitiger Erwerb ist zeitabhängig zu verstehen

Im Beispiel 3 zeigt sich, dass zur Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmer AWE erzielt, eine *zeitabhängige Betrachtung* erforderlich ist:

Im Beispiel 3 hätte U seine Mitarbeiter M 1 und M 2 auch dann für andere Aufträge einsetzen können, wenn A 1

nicht gekündigt worden wäre, nämlich spätestens dann, wenn er den ungekündigten Auftrag A 1 vollständig abgearbeitet hätte. Von *kündigungsbedingtem* anderweitigem Erwerb kann somit nur die Rede sein, wenn U *innerhalb der entfallenen Vertragsdauer EVD* anderweitigen Umsatz mit M 1 und M 2 erzielt. Die EVD beträgt im Beispiel 3 drei Wochen. Das, was U *nach* diesen drei Wochen mit M 1 und M 2 erwirtschaftet, kann nicht auf die Kündigung zurückgehen und kann deshalb auch nicht auf die Kündigungsvergütung anzurechnen sein. Damit stellt die EVD eine zeitliche Begrenzung für den AWE dar, also ein Ausschluss- oder Negativkriterium.²²

Die umgekehrte Frage, ob alles, was U mit dem anderweitigen Einsatz von M 1 und M 2 innerhalb der EVD erwirbt, als AWE anzurechnen ist – ob die EVD also auch ein *Positivkriterium* ist – wird noch zu untersuchen sein.²³

Zwischenergebnis 2: Anderweitiger Erwerb kann nur innerhalb der entfallenen Vertragsdauer EVD erwirtschaftet werden. Damit ist nicht gesagt, dass alles AWE ist, was der Unternehmer mit den Mitarbeitern, die er für den gekündigten Vertrag einsetzen wollte, innerhalb dieser Zeitspanne erwirtschaftet.

Retzlauff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1041 <<>>

3. Anderweitiger Erwerb aus anderen Produktionsmitteln als der Arbeitskraft?

Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss sich der Unternehmer nur solchen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen, den er mit *seiner Arbeitskraft* erzielt. Mit diesem Begriff meint das Gesetz nicht nur die Arbeitskraft eines Einzelunternehmers, sondern auch diejenige etwaiger angestellter Mitarbeiter, wobei der Unternehmer selbst eine natürliche Person, Personengesellschaft oder juristische Person sein kann.

Darüber hinaus kann eine Kündigung neben den Arbeitskräften auch andere Produktionsmittel eines Unternehmers freisetzen, deren Kosten bezogen auf die Kündigung für den Unternehmer fix sind.

So hat U im Beispiel 2 bereits das Material S 2 gekauft, das er für A 1 nach der Kündigung nicht mehr benötigt. Da er die Kosten von S 2 nicht mehr einsparen kann, handelt es sich bei ihnen bezogen auf die Vertragskündigung um Fixkosten. U könnte S 2 aber für einen anderen Auftrag verwenden. Ebenso kann bei einem Unternehmer der Einsatz von eigenen Geräten aufgrund einer Kündigung entfallen. Setzt er diese Geräte während der EVD nun für einen anderen Vertrag ein, so erwirtschaftet er mit einem weiteren nicht (mehr) einsparfähigen Produktionsmittel AWE.

Derartige Vorteile aus der anderweitigen Verwendung von bezahltem Material oder Gerät muss sich der Unternehmer nach dem Wortlaut des Gesetzes aber nicht anrechnen lassen. Der Beschränkung auf die Anrechnung von AWE aus der Verwendung von Arbeitskraft dürfte eine typisierende Betrachtung zugrunde liegen:

Der Einkauf von Material kann eher zurückgestellt und damit eingespart werden als die Einstellung von Arbeitskräften. Und sollte es im Einzelfall doch schon gekauft sein, kann es der Unternehmer Zug um Zug gegen Zahlung der Kündigungsvergütung dem Besteller übergeben. Das Problem des AWE stellt sich dann nicht.

Bei Geräten gilt: Arbeitet der Unternehmer mit kurzfristig angemieteten Geräten, kommt auch hier die Einsparung weiterer Kosten durch die Kündigung des Mietvertrags in Betracht, sodass sich die Frage des AWE auch dann nicht stellt.²⁴ Setzt der Unternehmer hingegen eigenes Gerät ein, wird sein Gerätepark wegen der Notwendigkeit zum Vorhalt von Ersatz häufig größer sein, als es die maximale Arbeitskapazität seines Unternehmens erfordert, die in aller Regel durch den teureren Produktionsfaktor Arbeit bestimmt sein dürfte. In einem solchen Fall eines „Geräteparks mit Puffer“ entsteht dem Unternehmer kein AWE, wenn die für einen Auftrag benötigten Geräte kündigungsbedingt freigestellt werden. Denn dann ist U auch in der EVD zuzubilligen, für die Abarbeitung anderer Aufträge vorrangig auf die Ersatzvorhaltung in seinem Gerätepark und nicht die kündigungsbedingt freigesetzten Geräte aus A 1 zurückzugreifen.²⁵

Diese Überlegungen sind nicht zwingend, aber sie rechtfertigen es, am Wortlaut des Gesetzes festzuhalten und im Rahmen der großen Kündigungsvergütung nur AWE aus der anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft zu berücksichtigen.

Zwischenergebnis 3: AWE ist nur insoweit auf die große Kündigungsvergütung anzurechnen, wie ihn ein Unternehmer mit kündigungsbedingt freigesetzten Arbeitskräften erzielt. AWE, der mit anderen kündigungsbedingt freigesetzten Produktionsmitteln erzielt wird (insbesondere Material oder Gerät), ist gemäß dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu berücksichtigen.

4. Ausweitung der Abzugsposten wegen Nebenpflichtverletzung

Allerdings ist es möglich, die Abzugsposten der großen Kündigungsvergütung – EA und AWE – aus anderem Grund auszuweiten, nämlich wenn der Unternehmer es unterlassen hat, nach der Vertragskündigung Einsparmöglichkeiten zugunsten des Bestellers zu nutzen. Dadurch kann der Unternehmer eine vertragliche Nebenpflicht verletzen und sich gegenüber dem Besteller schadensersatzpflichtig machen. Dies führt dazu, dass der Besteller die Dolo-agit-Einrede (§ 242 BGB) gegenüber dem Anteil der großen Kündigungsvergütung erheben kann, der durch den Nichtabzug der einsparfähigen Aufwendung bedingt ist. Im Einzelnen:

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1042<<>>

a) Materialkosten: Einsparung möglich

Löst der Unternehmer für eine bereits entfallene Leistung noch *nach* der Kündigung eine Materialbestellung aus, hätte er diese Kosten vermeiden können. Hier kann der Besteller der großen Kündigungsvergütung die Dolo-agit-Einrede entgegenhalten, soweit der Unternehmer diese Möglichkeit zur Einsparung nicht genutzt hat.

Ob ein Unternehmer verpflichtet ist, eine im Zeitpunkt der Kündigung *bereits getätigte* Materialbestellung kostensenkend zu stornieren, hängt vom Einzelfall ab. Ihm wird eine angemessene Reaktionszeit zuzubilligen sein, sodass bspw. die Nichtnutzung einer noch für zwei Tagen bestehenden Möglichkeit zur kostenfreien Stornierung nicht zwangsläufig eine Pflichtverletzung bedeuten muss.

b) Nachunternehmervergütung: Einsparung möglich

Hat der Unternehmer mit der weggefallenen Leistung seinerseits einen Nachunternehmer beauftragt, muss er diesem grundsätzlich binnen einer angemessenen Reaktionszeit kündigen, um dessen Nachunternehmervergütung auf die große Kündigungsvergütung abzusenken. Diese Absenkung führt beim Hauptunternehmer sodann zu ersparten Aufwendungen, die er an seinen Besteller durchreichen muss.

c) Kosten von Arbeitnehmern: Einsparungen in der Regel nicht möglich

Hingegen ist der Unternehmer in aller Regel nicht verpflichtet, Dienst- oder Arbeitsverträge mit Mitarbeitern zu kündigen, die er für den gekündigten Vertrag einsetzen wollte.²⁶ Eine Nebenpflicht zur Kostensenkung kann es für einen Unternehmer nämlich nur geben, wo sie unter Berücksichtigung der Verhältnisse seines Betriebs sachgerecht ist. Ein Unternehmer stellt seine Arbeitnehmer aber in der Regel für längere Zeiträume ein. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Hürden vor der Entlassung von Arbeitskräften ist es einem Unternehmer gar nicht möglich, hierdurch kurzfristig nach der Kündigung eines Werkvertrags einen Kostensenkungseffekt zu erzielen. Denn selbst wenn betriebsbedingte Kündigungen möglich sein sollten, heißt das nicht, dass an die gekündigten Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung keine Zahlungen mehr geleistet werden müssten. Vielmehr laufen Gehaltszahlungen zumindest während der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist weiter, zudem wird häufig eine zusätzliche Abfindung gezahlt. Zudem ist die Entlassung von Arbeitskräften als Reaktion auf die Kündigung eines Werkvertrags in aller Regel wirtschaftlich nicht sinnvoll. Denn steigt die Auslastung des Betriebs wieder, muss der Unternehmer für die zuvor entlassenen Kräfte wieder neue finden und einarbeiten, was vor allem in Zeiten des Fachkräftemangels misslingen kann und in jedem Fall zusätzlichen Aufwand bedeutet.

Daraus folgt: Kündigt der Unternehmer nach der Kündigung seines Werkvertrags nicht seinerseits die Arbeitsverträge mit seinen Arbeitnehmern, hat er insoweit weder Aufwendungen erspart, noch wäre er dazu gegenüber dem Besteller verpflichtet gewesen. Somit handelt es sich bei den Kosten seiner Arbeitskräfte bezogen auf die kündigungsbedingt weggefallenen Leistungen um Fixkosten, bei denen sich der Unternehmer nur AWE anrechnen lassen muss, sofern er diesen erwirtschaftet.

III. Wann ist anderweitiger Erwerb dem Grunde nach anrechnungsfähig?

Nachdem nun der abstrakte Begriff geklärt ist, soll die Frage untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass ein gekündigter Unternehmer dem Grunde nach AWE erzielt hat. Als Ausgangsfall dient das folgende

Beispiel 4:

Der Besteller B hat den Unternehmer U mit dem Auftrag A 1 beauftragt. Gegenstand des Vertrags sind Werkleistungen zu einer Vergütung von 120.000 € (im Folgenden: 120 t €). Durch die vollständige

Vertragserfüllung würden U Kosten i.H.v. 100 t € entstehen, die er wie folgt plausibel kalkuliert hat:

Arbeit:	40 t €
Geräte:	20 t €
Material:	40 t €
Einzelkosten der Teilleistung gesamt:	100 t €
Zuschlag für AGK und Gewinn:	20 t €
Vergütung:	120 t €

Somit errechnet sich für U ein vertraglicher Zuschlagsfaktor von $120:100 = 1,2$.

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1043<<>>

Beispiel:

Die Arbeitskosten von 40 t € hat U wie folgt kalkuliert: Zur Erfüllung des Vertrags muss er seine Arbeitskräfte für insgesamt 1.000 Stunden einsetzen, wobei er die Kosten die ihm durch den Einsatz eines Arbeiters pro Stunde entstehen, mit einem „Kalkulationsmittellohn“ von 40 € ansetzt.

Die vollständige Abarbeitung des Vertrags hätte 50 Tage gedauert. Am Ende von Tag 30 und bei einem Leistungsstand von 60 % kündigt B den Vertrag ohne wichtigen Grund, sodass U die große Kündigungsvergütung zusteht. Die Vergütung für die erbrachten Leistungen EL beträgt somit 60 % von 120 t €, also 72 t €, die Vergütung NEL vor Abzug von EA und AWE beläuft sich auf 48 t €.

Nach der Kündigung setzt U seine für A 1 benötigten Arbeitskräfte für den Auftrag A 2 ein.

Es stellt sich nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe sich U den Umsatz aus dem Vertrag A 2 auf seine Kündigungsvergütung aus A 1 anrechnen lassen muss.

Dazu soll zunächst der Sonderfall untersucht werden, dass dem Unternehmer der neue Auftrag A 2 nur deshalb angeboten wurde, weil ihm zuvor der Auftrag A 1 gekündigt wurde.²⁷ Danach geht es um den Regelfall, in dem diese Besonderheit nicht vorliegt.²⁸

1. Umsatz aus einem kündigungsbedingt angebotenen „Füllauftrag“

Es kann sein, dass dem Unternehmer U der neue Auftrag A 2 nur deshalb angeboten wird, *weil* ihm zuvor der Auftrag A 1 gekündigt worden ist.

Beispiel 5 („Trostpflaster“):

Der Besteller B, der mehrere Bauvorhaben hat, kündigt A 1 und bietet U „als Ausgleich für den gekündigten

Vertrag“ den Auftrag A 2 an. U nimmt den Auftrag A 2 an.

Beispiel 6 („Nachunternehmer ersetzt Hauptunternehmer“):

Der Besteller B beauftragt den Hauptunternehmer H mit Bauleistungen, H vergibt sie an seinen Nachunternehmer U weiter, dieser Nachunternehmervertrag ist der Vertrag A 1. B und H geraten in Streit, B kündigt H. Notgedrungen kündigt sodann H dem U, wobei sich H auf keinen Kündigungsgrund berufen kann. Somit hat U einen Anspruch auf die große Kündigungsvergütung aus A 1 gegen H. Da B einen anderen Unternehmer für die Fortführung der Leistungen des gekündigten H benötigt, bietet er U die Weiterarbeit als sein Auftragnehmer an. U nimmt an und schließt mit B den neuen Werkvertrag A 2.

In beiden Beispielen wurde dem U, der die große Kündigungsvergütung beansprucht, der weitere Auftrag A 2 nur angeboten, weil zuvor A 1 gekündigt wurde. Aus Sicht von U ließe sich vereinfacht sagen: Im Beispiel 5 hat A 2 denselben Besteller, aber einen anderen Inhalt als A 1, im Beispiel 6 hat A 2 umgekehrt einen anderen Besteller, aber denselben Inhalt als der Rest von A 1. In jedem Fall sind die Vorteile, die U aus A 2 entstehen, durch die Kündigung von A 1 bedingt.²⁹ Aus diesem Grund mag A 2 damit als „Füllauftrag“ oder „Ersatzauftrag“ bezeichnet werden.

Aber *in welcher Höhe* soll der Umsatz, den U mit A 2 erzielt auf die große Kündigungsvergütung aus A 1 angerechnet werden?

Der Begriff des Füllauftrags hilft hier nicht weiter. Das zeigen die nachfolgenden Überlegungen:

Angenommen im Beispiel 5 beträgt die Vergütung, die U mit der vollständigen Abarbeitung von A 2 erzielt, 300 t €: Welche Konsequenzen hätte das für seine Kündigungsvergütung aus A 1? Klar ist, dass die 300 t € nicht in voller Höhe auf die Gesamtvergütung aus A 1 anzurechnen sein können, die ja – vor Abzug von EA und AE – maximal 120 t € beträgt. U erhielte dann aus A 1 überhaupt nichts mehr.

Ist es richtig, die Vergütung aus A 2 vollständig auf die Vergütung NEL aus A 1 abzuziehen, die sich vor Abzug von EA und AWE auf 48 t € beläuft? Damit würde sich U's Vergütung NEL aus A 1 auf 0 und die große Kündigungsvergütung insgesamt auf 72 t € reduzieren.

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1044<<>>

Eine solche vollständige Tilgung der Vergütung NEL aus A 1 durch Anrechnung der sie übersteigenden Anrechnung der Vergütung aus A 2 wäre nur gerechtfertigt, wenn sie erforderlich ist, um die Vorteile zu kompensieren, die U durch die kündigungsbedingte Freistellung seiner Produktionsmittel für A 1 entstehen. Angesichts des Beispiels 4 ist das aber zweifelhaft:

Da die Kündigung von A 1 am Ende von Tag 30 und bei einem Leistungsstand von 60 % erfolgte, sind U's Arbeiter für die restlichen 400 Stunden verteilt auf die nachfolgenden 20 Tage (EVD = Tage 31 bis 50 des geplanten Bauablaufs von A 1) freigestellt. Diese 400 Stunden sind die *kündigungsbedingt entfallene Arbeitslast EAL*.³⁰ Auch wenn U mit A 2 beauftragt wurde, ist damit keineswegs gesagt, dass er seine von A 1 freigestellten Arbeitskräfte ohne Zeitverlust bereits am Tag 31 auf dem neuen Auftrag einsetzen konnte, vielmehr kann es sein, dass ihm dies erst nach einiger Zeit möglich ist. So könnte der Arbeitsbeginn bei A 2 zum Beispiel einen Vorlauf von zehn Tage erfordern; er würde dann an Tag 41 erfolgen.³¹ Dieser organisatorische Vorlauf für die anderweitige Verwendung von Arbeitskräften wird hier als *Umsetzphase* bezeichnet.

Nimmt man im Beispiel 4 eine Umsetzphase von zehn Tagen an und prüft sodann in chronologischer Reihenfolge, also von Tag 31 an, ob U nach der Kündigung von A 1 AWE erzielt haben kann, so gilt:

a) Tage 31 bis 40: Keine Anrechnung

Mögen die Vorteile, die U aus dem Vertrag A 2 zieht, auch eine kausale Folge der Kündigung von A 1 sein, da er diesen Auftrag in den Beispielen 5 und 6 als Ausgleich für die Kündigung erhielt: Während der Umsetzphase, also den Tagen 31 bis 40, verschaffte er U keine anderweitige Verwendungsmöglichkeit für seine Arbeitskräfte. Solange die Umsetzphase organisatorisch bedingt ist, kann sie auch nicht als böswillige Unterlassung anderweitigen Erwerbs gewertet werden. Dann ist es aber auch nicht gerechtfertigt, die Vergütung NEL, soweit sie bei ungekündigtem Vertrag während der Tage 31 bis 40 erwirtschaftet worden wäre, unter Hinweis auf die Existenz eines „Füllauftrags“ zu mindern. Vielmehr ist die Vergütung NEL dann *unter anderem* ein Entgelt dafür, dass U trotz der Kündigung von A 1 an Tag 30 den Vorhalt der hierfür benötigten Arbeitskräfte während der Tage 31 bis 40 nicht mehr beenden konnte, obgleich ihm der Auftrag A 2 erteilt wurde.

Dieses Ergebnis ist auch in Anbetracht von § 642 BGB gerechtfertigt. Denn wegen des kündigungsbedingt fruchtlosen Vorhalts seiner Arbeitskräfte während der Umsetzphase könnte U von B keine Entschädigung aus dieser Rechtsgrundlage beanspruchen. Dazu müsste B während der Umsetzphase in Annahmeverzug gegenüber U geraten sein. Das ist aber nicht der Fall, da B's Mitwirkungsobliegenheiten mit der Kündigung des Vertrags am Tag 30 erlöschen. Somit ist U als Ausgleich für den fruchtlosen Vorhalt seiner Arbeitskräfte in der Umsetzphase nach der Kündigung auf die große Kündigungsvergütung angewiesen.³²

b) Tage 41 bis 50: Anrechnung ja, aber in welcher Höhe?

Dem Grunde nach gerechtfertigt ist die Anrechnung des Umsatzes aus dem Auftrag A 2, soweit U ihn mit von A 1 freigestellten Arbeitskräften während der Tage 41 bis 50 erzielt. Daraus folgt aber *keine vollständige periodengetreue Anrechnung* des Umsatzes, den U mit A 2 in den Tagen 41 bis 50 erwirtschaftet auf die Vergütung NEL soweit sie mit dem ungekündigten A 1 in diesem Zeitabschnitt angefallen wäre.

Dafür gibt es (mindestens) zwei Gründe:

aa) Der Produktionsmitteleinsatz in A 2 kann höher sein

So ist es möglich, dass U für A 2 mehr Arbeitskräfte und mehr Geräte einsetzt und deshalb dort einen höheren Umsatz pro Tag generiert als mit A 1.

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1045<<>>

bb) Dem Unternehmer kann die Vergütung NEL für nicht mehr einsparfähiges Material oder Gerät

entgehen

Außerdem ist zu beachten, dass die Vergütung, die U mit A 1 in den Tagen 41 bis 50 generiert hätte, nicht nur den Einsatz seiner Arbeitskräfte, sondern auch den seiner anderen Produktionsmittel abdeckt. Es kann aber sein, dass U den Kauf des Materials, das er für die NEL aus A 1 benötigte, nicht mehr vermeiden konnte.³³ In diesem Fall sind von der Vergütung NEL aus A 1 keine ersparten Materialkosten abzuziehen, vielmehr muss U als Ausgleich für diese Kosten der entsprechende Teil der Vergütung NEL erhalten bleiben. Er würde ihm aber zumindest teilweise genommen, müsste er sich auf die Vergütung NEL der Tage 41 bis 50 in voller Höhe die Vergütung aus dem „Füllauftrag“ A 2 anrechnen lassen.

c) Ab Tag 51

Ab Tag 51 wäre die Anrechnung des anderweitigen Erwerbs, den U mit A 2 erzielt, generell nicht gerechtfertigt. Denn auch wenn der Auftrag A 1 nicht gekündigt worden wäre, hätte U ihn dann abgeschlossen gehabt.³⁴ Somit ist ab dem Tag 51 die EVD abgelaufen, die die zeitliche Obergrenze für die Anrechnung von AWE markiert.³⁵

Zwischenergebnis 4: Selbst wenn dem Unternehmer nach der Kündigung von A 1 ein Auftrag A 2 erteilt wird, der zweifellos eine Folge der Kündigung ist und damit als „Füllauftrag“ bezeichnet werden mag,³⁶ ist damit nicht geklärt, in welchem Umfang es sich bei dem Umsatz aus A 2 um anrechenbaren AWE handelt.

2. Umsätze aus allen sonstigen alternativen Aufträgen

Nun sollen die sehr viel häufigeren Fälle betrachtet werden, in denen sich nicht feststellen lässt, dass dem Unternehmer der Auftrag A 2, mit dessen Abarbeitung er alternativ zu dem gekündigten Vertrag A 1 Umsatz erzielt, als Folge der Kündigung angeboten wurde. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden.

Einerseits gibt es den Fall, dass A 2 dem Unternehmer nach der Kündigung von A 1 angeboten wird, aber – anders als in den Beispielen 5 und 6 – ohne dass ein Zusammenhang mit der Kündigung erkennbar wäre:

Beispiel 7:

Zunächst wie Beispiel 4. Am Tag 35 bietet der Besteller B 2, der in keiner Beziehung zu B 1 steht, U den Auftrag A 2 mit einer Vergütung von 40 t € an. Die Abarbeitungszeit von A 2 beträgt 20 Tage. U nimmt an und führt A 2 von Tag 41 an aus. Als U gegenüber B 1 die große Kündigungsvergütung aus A 1 abrechnet, meint B 1, U müsse sich die Vergütung aus A 2 als anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. U widerspricht: Die Vergütung aus A 2 sei kein anderweitiger Erwerb. Er hätte diesen Vertrag auch dann annehmen und ausführen können, wenn A 1 nicht gekündigt worden wäre, da nicht alle seine Kapazitäten durch A 1 gebunden waren.

In diesem Beispiel ist A 2 dem Unternehmer nicht als Folge der Kündigung von A 1 *angeboten* worden. Allenfalls

U's Fähigkeit, den neuen Auftrag A 2 *anzunehmen* oder ihn ab Tag 41 – also innerhalb der EVD – *vorgezogen abzuarbeiten*, könnten durch die Kündigung von A 1 bedingt sein, nämlich durch die damit einhergehende Freisetzung von Produktionskapazitäten.

Außerdem gibt es die Fälle, in denen nicht einmal die Annahme des Auftrags A 2, sondern *allein* die vorgezogene Abarbeitung des Auftrags innerhalb der EVD durch die Kündigung bedingt sein kann.

Beispiel 8:

Wie Beispiel 4. *Schon vor der Kündigung* war U neben A 1 durch unterschiedliche andere Besteller mit den Aufträgen A 2 bis A 14 beauftragt, die er nach Abschluss von A 1 nach- oder nebeneinander abarbeiten wollte. Nach der Kündigung von A 1 am Tag 30 nimmt U zu einigen seiner Auftraggeber Kontakt auf. Es ergibt sich, dass der Beginn von Auftrag A 2 vorgezogen werden kann. So beginnt U am Tag 41 mit der Abarbeitung von A 2.

Retzlauff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1046<<>>

In diesem Fall war U, anders als im Beispiel 7, im Zeitpunkt der Kündigung bereits mit dem Auftrag A 2 beauftragt. Die Kündigung von A 1 kann also keine Bedingung für den Abschluss des Auftrags A 2, sondern nur für das Vorziehen seiner Abarbeitung gewesen sein.

Wann stellt der Umsatz aus A 2 in den Beispielen 7 und 8 nun AWE dar, der auf die Kündigungsvergütung aus A 1 anzurechnen ist?

a) Einwände gegen die Anrechnung des Umsatzes aus A 2

Dazu soll zunächst untersucht werden, welche Gegenargumente U gegen eine solche Anrechnung vorbringen könnte und ob diese berechtigt wären. Es geht hier um drei Einwände: Den Einwand der Unterauslastung in der EVD,³⁷ den Einwand der möglichen Kapazitätserhöhung³⁸ und den Einwand der gestreckten Erfüllung.³⁹ Ausgangspunkt ist wiederum das Beispiel 4.

aa) Der Einwand der Unterauslastung in der EVD

Es könnte sein, dass in U's Betrieb die Kapazitäten, die er für die Abarbeitung von A 2 benötigt, jedenfalls während der EVD – also bis zum Tag 50 – auch ohne die Kündigung von A 1 frei gewesen wären.

Beispiel 9:

Für die Abarbeitung von A 1 benötigte U drei Arbeitnehmer, für die Abarbeitung von A 2 ebenfalls drei Arbeitskräfte. Im gesamten hier untersuchten Zeitraum (Tage 1 bis 50) hätte U, auch wenn A 1 nicht gekündigt worden wäre, für drei Mitarbeiter seines Unternehmens keine Einsatzmöglichkeit gehabt.

In diesem Fall wäre U's Betrieb im gesamten untersuchten Zeitraum nicht ausgelastet gewesen. Die Unterauslastung betrug bis zur Kündigung am Tag 30 drei Arbeitnehmer, und erhöhte sich dann ab Tag 31 um die drei kündigungsbedingt freigestellten Kräfte aus A 1 auf insgesamt sechs. Ab Tag 41 benötigt U dann wieder drei Arbeitskräfte für den neuen bzw. vorgezogenen Auftrag A 2.

In dieser Situation ist es U zuzubilligen, für die Erledigung von A 2 vorrangig auf seine ohnehin freien Kräfte zurückzugreifen und nicht diejenigen, die erst durch die Kündigung von A 1 freigestellt wurden. Denn AWE liegt nur dann vor, wenn es *feststeht*, dass der Umsatz *nur* dank der kündigungsbedingt freigesetzten Produktionsmittel erwirtschaftet werden konnte. Daran fehlt es, solange der Unternehmer auch ohne die Kündigung nicht vollständig ausgelastet gewesen wäre. Deshalb wäre der Umsatz aus A 2 im Beispiel 9 nicht auf die große Kündigungsvergütung anzurechnen.

Um sich auf die Unterauslastung seines Betriebs berufen zu können, ist ein rein zahlenmäßiges Verständnis angezeigt, das die Dispositionsfreiheit des Unternehmers berücksichtigt:

Beispiel 10:

Im Beispiel 9 hatte U die Mitarbeiter M 1 bis M 3 für A 1 eingesetzt, M 4 bis M 6 waren ohne Einsatz. Nach der Kündigung von A 1 setzte U die Mitarbeiter M 1 bis M 3 für den neuen Auftrag A 2 ein, M 4 bis M 6 blieben weiter ohne Einsatz.

Auch in dem Beispiel 10 stellt der mit A 2 in der EVD erzielte Umsatz keinen AWE dar. Für diesen Befund genügt es, dass der Überhang von drei Mitarbeitern, für den U keinen Einsatz hatte, in EVD betragsmäßig erhalten blieb. Dass U für A 2 die von A 1 freigestellten M 1 bis M 3 nutzte, ist unerheblich solange es jedenfalls auch möglich gewesen wäre, statt ihrer M 4 bis M 6 einzusetzen, da diese die gleiche Qualifikation aufweisen. Ein böswilliges Unterlassen von AWE liegt in einem solchen Personaleinsatz, für den es die unterschiedlichsten betriebsinternen Gründe geben kann, nicht.⁴⁰

bb) Der Einwand der möglichen Kapazitätserhöhung

Hierzu das folgende

Beispiel 11:

U wäre wegen des gesamten untersuchten Zeitraums (Tage 1 bis 50) vollständig ausgelastet gewesen. Erst durch die Kündigung von A 1 am Tag 30 wurden die hierfür benötigten Arbeits-

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1047 <<>>

Beispiel:

kräfte M 1 bis M 3 freigesetzt, die U dann von Tag 34 an für A 2 einsetzte. U macht geltend, dass er den mit

A 2 erzielen Umsatz dennoch auch ohne die Kündigung von A 1 während der EVD, also von Tag 34 bis 50, hätte erwirtschaften können, nämlich indem er den Nachunternehmer NU eingeschaltet hätte.

Diese Argumentation gegen die Anrechnung des AWE, den U durch den Einsatz von M 1 bis M 3 für A 2 während der EVD (= Tage 34 bis 50) erzielt, verfängt grundsätzlich nicht. Es mag sein, dass U diesen Umsatz auch ohne die Kündigung und somit ohne M 1 bis M 3 hätte erzielen können, indem er NU beauftragt hätte. Durch diese Beauftragung wären ihm aber zusätzliche Kosten entstanden. Die Kündigung eröffnete U die Möglichkeit, innerhalb der EVD weiteren Umsatz *ohne solche Zusatzkosten* zu generieren, indem er auf die Mitarbeiter zurückgreift, die er nicht mehr für A 1 benötigte. Diese anderweitige Nutzung einer Fixkostenposition ist der Grund für die Anrechnung von AWE. Die unabhängig davon bestehende Möglichkeit einer kostenverursachenden Kapazitätserweiterung ändert hieran nichts.⁴¹

cc) Der Einwand der gestreckten Erfüllung

Hierzu das folgende

Beispiel 12:

Zunächst wie Beispiel 4. Am Tag 35 bietet der Besteller B 2, der in keiner Verbindung zu B 1 steht, U den Auftrag A 2 mit einer Vergütung von 40 t € an. Die Abarbeitungszeit von A 2 beträgt 20 Tage. U nimmt an und führt A 2 von Tag 41 an aus. Als U gegenüber B 1 die große Kündigungsvergütung aus A 1 abrechnet, meint B 1, U müsse sich die Vergütung aus A 2 als anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. U argumentiert dagegen: Ohne die Kündigung von A 1 wäre sein Betrieb innerhalb der EVD bis zum Tag 50 zwar in der Tat ausgelastet gewesen, er hätte aber auch dann A 2 ausführen können. Dazu hätte er entweder die Ausführung von A 2 oder von einem anderen Auftrag aus seinem Bestand in die Zukunft verschieben und dann bei Gelegenheit mit freien Kapazitäten abarbeiten können. Deshalb habe er im Ergebnis nicht mehr Umsatz erzielt als ihm ohne die Kündigung von A 1 möglich gewesen wäre. Folglich könne die Vergütung aus A 2 kein AWE sein, der auf die Vergütung aus A 1 anzurechnen ist.

Während U im Beispiel 9 geltend macht, er hätte den Umsatz aus A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 *innerhalb der EVD* erzielen können, da er nicht vollständig ausgelastet war, behauptet er im Beispiel 12, dazu zwar nicht innerhalb der EVD, aber zu einem nicht näher bestimmten Zeitpunkt *nach der EVD* in der Lage gewesen zu sein, ggf. nach der Umstellung anderer Aufträge. Da sich U somit darauf beruft, dass er die Vergütung aus A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 hätte erwirtschaften können, wenn man nur einen hinreichend langen über die EVD hinausgehenden Zeitraum betrachtet, wird diese Argumentation als *Einwand der (zeitlich) gestreckten Erfüllung* bezeichnet.

Dieser Einwand ist in zwei Formen möglich:

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1048<<>>

(1) Gestreckte Erfüllung bei durchgängiger Vollauslastung

Der Unternehmer könnte sich selbst dann auf die Möglichkeit der gestreckten Erfüllung berufen, wenn sein Betrieb nicht nur in der EVD, sondern auch in der Zukunft durchgängig vollständig ausgelastet ist. Das würde bedeuten, dass ohne die Kündigung von A 1 der Auftrag A 2 zwar nicht in eine Lücke in der Auftragsabarbeitung hätte eingeschoben werden können, da eine solche nicht existiert, die anstehenden künftigen Aufträge wären aber nach Maßgabe ihrer Terminflexibilität in die Zukunft verschoben worden. Ohne die Kündigung von A 1 hätte sich somit nur der Umfang der noch offenen Arbeitslast (AL) aus den Bestandsaufträgen, die U wie eine Bugwelle oder einen Auftragspuffer vor sich herschiebt, um die AL aus A 2 vergrößert. Diese Arbeitslast wäre aber ebenso wie die AL aus allen anderen Bestandsaufträgen nach und nach erledigt worden.

In dieser Form ist das Argument der gestreckten Erfüllung kein valider Einwand gegen die Anrechnung des Umsatzes aus A 2 auf die Vergütung aus A 1: Ein zusätzlicher Umsatz, der nur bei Betrachtung einer unabsehbaren Zeitstrecke (also für „t gegen unendlich“) durch ein Unternehmen erwirtschaftet werden kann, ist kein wirtschaftlicher Wert. Ein solcher Wert entsteht dem Unternehmer nur dann, wenn sich ihm die Möglichkeit eröffnet, zusätzlichen Umsatz ohne zusätzliche Kosten⁴² zu erwirtschaften, ohne dass dafür ein unendlicher Zeitraum durchlaufen werden muss.

(2) Gestreckte Erfüllung bei Unterauslastung nach der EVD

Stattdessen könnte U vorbringen, er hätte auch ohne die Kündigung von A 1 den Umsatz aus A 2 erwirtschaften können, ohne dass dazu die unabsehbare Zukunft in Betracht gezogen werden muss. Zwar wäre er ohne die Kündigung innerhalb der EVD vollständig ausgelastet gewesen, aber *in absehbarer Zeit nach diesem verhältnismäßig kurzen Zeitraum* hätten sich in seinem Betrieb immer wieder Phasen aufgetan, in denen er nicht vollständig ausgelastet gewesen wäre. In diesen hätte er dann den durch A 2 bedingten zusätzlichen Umsatz erwirtschaften können.

Beispiel 13:

Wie Beispiel 12. Dieses Mal behauptet U nicht, dass sein Betrieb auf unabsehbare Zeit hinaus vollständig ausgelastet gewesen wäre, sondern nur noch für ca. drei Monate nach dem Ende der EVD, also bis Tag 140. Danach, innerhalb der Tage 141 bis 180 wäre er nicht voll ausgelastet gewesen und hätte A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 ausführen können. B 2, der Besteller von A 2, wäre mit einer solchen Verschiebung von den Tagen 41 ff. auf die Tage 141 ff. auch einverstanden gewesen.

Beispiel 14:

Wie Beispiel 13. Auch hier wäre U innerhalb der Tage 141 bis 180 nicht voll ausgelastet gewesen. Allerdings hätte er A 2 nicht in dieser Phase ausführen können, da B 2 nicht bereit war, so lange zu warten. U hätte A 2 also in jedem Fall auf die Tage 41 ff., also in die EVD, vorziehen müssen. Allerdings führte er in der Zeit ab Tag 41 noch die Aufträge A 3 bis A 5 parallel in seinem Unternehmen aus. Die Besteller von A 3 und A 4 waren zeitlich flexibel und wären damit einverstanden gewesen, dass die Abarbeitung ihrer Aufträge in die Phase Tage 141 bis 180 verschoben werden.

Vergleicht man die Umsatzsituation von U mit und ohne die Kündigung von A 1 in diesen beiden Beispielen so zeigt sich:

Betrachtet man nur den Zeitraum bis Tag 50, also dem Ende der EVD, hat die Kündigung von A 1 zu zusätzlichem Umsatz bei U geführt, nämlich den Umsatz aus A 2, soweit U ihn in die EVD einschieben konnte, was ihm ohne die Kündigung nicht möglich gewesen wäre. In diesem zusätzlichen Umsatz, der noch zu beziffern wäre, läge AWE. Sobald man aber den Blick weitet und den Zeitraum bis Tag 180 betrachtet, entfällt dieser Vorteil wieder. Denn in beiden Beispielen hätte U bis dahin freie Kapazitäten aktivieren können und so den zusätzlichen Umsatz auch ohne die Kündigung aus A 1 erwirtschaften können.

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1049<<>>

Die beiden Beispiele zeigen, dass diese nachträgliche Erwirtschaftung des kündigungsbedingt vorgezogenen Umsatzes zwei Voraussetzungen hat: In U's Betrieb müssen in absehbarer Zeit freie Kapazitäten auftreten und sein Auftragsbestand muss eine terminliche Flexibilität aufweisen, die eine Verschiebung des zusätzlichen Umsatzes in die Zukunft zugelassen hätte. In puncto Flexibilität unterscheiden sich die Beispiele: In Beispiel 13 war B 2 flexibel, sodass sein Auftrag nach Tag 141 ff. verschoben werden konnte. In Beispiel 14 war es nicht, aber die Flexibilität von U's anderen Auftraggebern ließ sozusagen einen „Termins-Ringtausch“ zu. In beiden Beispielen hätte U im Zeitraum bis Tag 180 betragsmäßig aber auch ohne die Kündigung von A 1 dieselben Umsätze erzielt wie mit der Kündigung.

Ein kündigungsbedingter AWE ist bei einem hinreichend langen Betrachtungszeitraum somit in beiden Beispielen nicht feststellbar. Folglich darf in diesen beiden Beispielen, der AWE, den U mit A 2 innerhalb der EVD erzielt, nicht auf seine Kündigungsvergütung angerechnet werden.

b) Zusammenfassung: Einwand der Unterauslastung

Nicht alle, sondern nur einige der unter a) aufgeführten Einwände gegen die Anrechnung des Umsatzes aus A 2 sind valide, nämlich diejenigen, in denen sich der Unternehmer darauf bezieht, dass seine Arbeitskräfte entweder innerhalb der EVD⁴³ oder in absehbarer Zeit danach⁴⁴ nicht vollständig ausgelastet gewesen wären. Denn soweit solche freien Kapazitäten bestanden, hätte U den Umsatz aus A 2 mit ihnen und auch ohne die Kündigung erzielen können, sodass der Mehrumsatz kein kündigungsbedingter Vorteil und also kein AWE ist. Dieses in der Sache erfolgreiche Gegenargument eines Unternehmers gegen die Anrechnung von AWE wird im Folgenden auch als *Einwand der Unterauslastung* bezeichnet. Er ist sozusagen der Sammelbegriff der den *Einwand der Unterauslastung in der EVD* und den *Einwand der gestreckten Erfüllung bei Unterauslastung nach der EVD* zusammenfasst. Ausgeschieden aus diesem Sammelbegriff sind der Einwand der Kapazitätserhöhung und der Einwand der gestreckten Erfüllung bei durchgängiger Vollauslastung, die sich beide nicht als tragfähige Argumente gegen die Anrechnung von AWE erwiesen haben.

Zwischenergebnis 5: In dem Umfang, in dem die Arbeitskräfte des gekündigten Unternehmers in der EVD oder in absehbarer Zeit danach nicht vollständig ausgelastet waren, war der Umsatz, den er mit den kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräften innerhalb der EVD mit einem anderen Vertrag erzielte, kein AWE (Einwand der Unterauslastung).

3. Der Grundsatz der Vollausslastung

Der Einwand der Unterauslastung ist zwar ein valides Argument gegen die Anrechnung von AWE, aber er bringt ein Problem mit sich:

a) Das Bedürfnis für den Grundsatz der Vollausslastung

Könnte sich ein Unternehmer gegen die Anrechnung von AWE einfach mit der Behauptung verteidigen, er hätte den zusätzlichen Umsatz aus A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 in absehbarer Zeit nachholen können, da sein Betrieb dann vorübergehend nicht vollaussgelastet gewesen wäre, könnte es niemals zum Abzug von AWE kommen. Denn der Besteller, der nach allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für den AWE trägt, könnte den Einwand der Unterauslastung praktisch nicht widerlegen. Es wäre schon schwierig genug für den Besteller, vorzutragen und unter Beweis zu stellen, dass die ihm namentlich nicht bekannten Arbeitskräfte des Unternehmers innerhalb der EVD tatsächlich beschäftigt und also nicht unterausgelastet waren. Wie die Ausführungen unter III.2.a) cc) (2) gezeigt haben, ist der Einwand der Unterauslastung auch valide, soweit er die absehbaren Zeiträume nach der EVD einbezieht und sich auf die Möglichkeit der gestreckten Erfüllung beruft. Um ihn in dieser Form zu widerlegen, müsste der Besteller also außerdem darlegen und beweisen, dass die ihm nicht bekannten Mitarbeiter des Unternehmers *auch nach der EVD* zu keiner Zeit beschäftigungslos waren oder zumindest dass der Auftragsbestand des Unternehmers nicht hinreichend flexibel war, damit der in der EVD eingeschobenen Umsatz aus A 2 – und sei es nach einem „Termin-Ringtausch“ – in einen

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1050<<>>

absehbaren unterausgelasteten Zeitraum hätte verschoben werden können.

Es liegt auf der Hand, dass dem Besteller derartige Darlegungen schlechthin nicht möglich sind.

Diese Konsequenz kann vom Gesetz nicht gewollt sein, weil sonst ein Abzug von AWE allein aufgrund von Schwierigkeiten der Rechtsanwendung nur in seltenen Ausnahmefällen möglich wäre.⁴⁵

Aus diesem Grund ist es geboten, die Abrechnung der großen Kündigungsvergütung unter den Grundsatz der Vollausslastung zu stellen. Dies bedeutet: Bei der Abrechnung ist im Grundsatz, gleichsam als Nullhypothese, davon auszugehen, dass der Unternehmer sowohl in der EVD als auch in der absehbaren Zeit danach⁴⁶ durchgängig voll ausgelastet gewesen wäre.

b) Die Folgen des Grundsatzes der Vollausslastung

Dieser Ausgangspunkt hat die folgende Konsequenz: Ein vollständig ausgelasteter Unternehmer kann seine durch eine Kündigung freigestellten Arbeitskräfte im Zweifel sofort auf einen anderen Auftrag A 2 umsetzen und mit ihnen dort Umsatz erzielen. Er verfügt im Zweifel nicht über andere unterausgelastete Arbeitskräfte, auf die er vorrangig zurückgreifen könnte, ebenso erfordert die Umsetzung im Zweifel keinen organisatorischen Vorlauf („Umsetzphase“). Und da der Unternehmer nicht nur innerhalb der EVD, sondern auch danach im Grundsatz

als volla ausgelastet gilt, kann er sich im Zweifel auch nicht darauf berufen, dass er A 2 ohne die Kündigung in absehbarer Zeit nachgeholt hätte. Denn auch auf diese gestreckte Erfüllung kann sich der Unternehmer nur berufen, wenn es in seinem Betrieb in absehbarer Zukunft Phasen der Unterauslastung gegeben hätte, wovon im Zweifel eben nicht auszugehen ist.

Damit hat der Grundsatz der Vollausslastung zwei Folgen: 1. Es ist im Ausgangspunkt anzunehmen, dass der Unternehmer die gesamte kündigungsbedingt entfallene Arbeitslast EAL⁴⁷ für den AWE nutzen konnte. 2. Es ist im Ausgangspunkt anzunehmen, dass der Unternehmer den im AWE liegenden zusätzlichen Umsatz ohne die Kündigung von A 1 nicht erwirtschaftet hätte.

c) Interessengerechte Lösung

Der Grundsatz der Vollausslastung ist eine interessengerechte Annahme. Er führt nicht dazu, dass ein Unternehmer, der behauptet nach einer Kündigung keinen AWE erzielt zu haben, nicht gehört würde. Vielmehr kann sich der gekündigte Unternehmer weiterhin darauf berufen, dass sein Unternehmen innerhalb der EVD oder danach nicht ausgelastet war, sodass er entweder die EAL nicht für AWE nutzen konnte bzw. auch ohne die Kündigung dieselben Umsätze erzielt hätte. Der Grundsatz der Vollausslastung hat nur die Konsequenz, dass es nicht damit getan ist, die Möglichkeit der absehbaren Unterauslastung in den Raum zu stellen, sondern dass der Unternehmer sie mit Tatsachen unterfüttern muss. Dazu genügt es, dass der Unternehmer Zeiträume innerhalb oder nach der EVD aufzeigt, in denen seine Mitarbeiter beschäftigungslos waren, was grundsätzlich durch tabellarische Aufstellungen geschehen kann. In dem Umfang der so dargestellten freien Kapazitäten ist die grundsätzlich anzunehmende Vollausslastung widerlegt. Damit zeigen die freien Kapazitäten zugleich an, in welchem Umfang der Unternehmer die EAL nicht für die Erwirtschaftung von AWE nutzen konnte bzw. dass inwieweit er AWE auch ohne die Kündigung hätte erwirtschaften können.⁴⁸ Zwar hat der Unternehmer damit einen gewissen Dokumentations- und Darlegungsaufwand zu erbringen, um den Abzug des auf Grundlage der gesamten EAL berechneten AWE von seiner Kündigungsvergütung zu vermeiden. Dieser Aufwand ist aber mit dem Alternativszenario zu vergleichen, in dem der Grundsatz der Vollausslastung nicht zur Anwendung kommt. Dann fiel es dem Besteller als Externem zu, die Möglichkeit der Unterauslastung im Betrieb des Unternehmers zu widerlegen, was praktisch überhaupt nicht möglich ist.

Somit ist der Grundsatz der Vollausslastung eine notwendige Folge des Rechtsbegriffs des ander-

Retzlaff: Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil I - BauR 2023 Heft 6 - 1051 <<

weitigen Erwerbs, der nur mit diesem Grundsatz in der Rechtsanwendungspraxis operabel wird.

Jedenfalls in den vergangenen Jahren dürften die meisten Bau- und sonstigen Werkunternehmer aufgrund unterschiedlicher Faktoren (Konjunktur, Fachkräftemangel) auch tatsächlich weitgehend volla ausgelastet gewesen sein. Diese faktische Situation ist aber allenfalls ein (vielleicht auch nur vorübergehendes) Hilfsargument für den Grundsatz der Vollausslastung. Die tragende Begründung für diesen Grundsatz ist logischer Natur: Wenn das Gesetz den Abzugsposten des AWE vorsieht, dann wird ein solcher Abzugsposten nur mit dem Grundsatz der Vollausslastung praktisch handhabbar.

Die genaue rechtliche Qualität des Grundsatzes der Vollausslastung ist dabei nicht vorgegeben. Vieles spricht dafür, dass er – anders als die noch zu behandelnde Rentabilitätsvermutung – keine gegen den Unternehmer

wirkende Rechtsvermutung ist, die die Beweislast umkehrt, sondern nur eine Vorgabe, die die Erstdarlegung des Unternehmers bei der Abrechnung der großen Kündigungsvergütung kennzeichnet, genau wie die sonstigen Vorgaben, die der Bundesgerichtshof für deren Abrechnung gemacht hat.⁴⁹ Die Folge eines solchen Verständnisses wäre, dass wenn ein Unternehmer die Unterauslastung seines Betriebs darlegt, der dies bestreitende Besteller die Beweislast für die Unrichtigkeit des vom Unternehmer präsentierten Zahlenwerks trüge. Ein solches Ergebnis wäre stimmig, da die Beweislast beim anderen Abzugsposten der großen Kündigungsvergütung, den ersparten Aufwendungen, ebenso verteilt ist.⁵⁰

Zwischenergebnis 6: Bei der Abrechnung eines gekündigten Werkvertrags ist vom Grundsatz der Vollauslastung auszugehen, weil der Rechtsbegriff des anderweitigen Erwerbs nur so praktisch angewendet werden kann. Dieser Grundsatz hat zwei Konsequenzen:

1. Es ist im Ausgangspunkt anzunehmen, dass der Unternehmer *mangels Unterauslastung* die gesamte kündigungsbedingt entfallene Arbeitslast EAL für den AWE nutzen konnte.
2. Es ist im Ausgangspunkt anzunehmen, dass der Unternehmer *mangels Unterauslastung* den im AWE liegenden zusätzlichen Umsatz ohne die Kündigung von A 1 nicht erwirtschaftet hätte.

* Vorsitzender Richter am Kammergericht.

¹ ... was meistens, aber nicht immer der Fall ist.

² § 648a Abs. 2 BGB regelt die Teilkündigung nur für den Sonderfall, dass sie aus wichtigem Grund erklärt wird.

³ BGH, Urt. v. 05.05.2011 – VII ZR 181/10; Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97.

⁴ BGH, Urt. v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03.

⁵ ... denn hier hat der Besteller ebenfalls den Kündigungsgrund zu vertreten.

⁶ Dass der Unternehmer in diesem Fall gem. § 648a Abs. 6 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen den Besteller haben mag, lässt das Bedürfnis hierzu nicht entfallen, da bei einem Schadensersatzanspruch die Beweislast für den Unternehmer ungünstiger ist als bei der großen Kündigungsvergütung. Auch bei der Zinshöhe kommt der Unterschied zwischen einem Vergütungs- bzw. Entgelt- und einem Schadensersatzanspruch zum Tragen, vgl. § 288 Abs. 1 und 2 BGB.

⁷ Von AWE, der mit anderen Produktionsmitteln erzielt wird, also insb. mit Geräten oder Material, ist nicht die Rede.

⁸ BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, Rdnr. 21; Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, Rdnr. 9; Urt. v. 06.03.1997 – VII ZR 47/96.

- ⁹ BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, Rdnr. 17.
- ¹⁰ Der Verf. kann sich hier selbst nicht ausnehmen, vgl. das von ihm stammende Urt. des Kammergerichts v. 15.06.2016 – 21 U 140/17, Rdnr. 46 ff. Die dortigen Ausführungen zum AWE und seiner Abrechnung hält der Verf. nicht mehr für zutreffend, vgl. VI. 2. (Teil II).
- ¹¹ Dieses Potential wird unten als entfallene Arbeitslast (EAL) bezeichnet, vgl. IV.1 (Teil II).
- ¹² Dies wird unten als eingeschränkte Aktivierung der EAL bezeichnet werden, vgl. IV. 1 b) (Teil II).
- ¹³ Vgl. III.3. Er handelt sich nur um einen Grundsatz für die Erstdarlegung der Kündigungsvergütung. Der Unternehmer kann ihn widerlegen, wenn er tatsächlich nicht voll ausgelastet war.
- ¹⁴ Unten II.
- ¹⁵ Unten III.
- ¹⁶ Unten IV.
- ¹⁷ Unten V.
- ¹⁸ Unten VI.
- ¹⁹ Dabei geht es allerdings nur um den anderweitigen Erwerb aus der kündigungsbedingt freigesetzten Arbeitskraft, nicht aus anderen Produktionsmitteln geht, vgl. unten II. 3.
- ²⁰ Dies liegt nahe, da eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse schon wegen der hierfür bestehenden rechtlichen Hürden und Fristen keine zeitnahe Wirkung erzielen könnte, insb. nicht innerhalb von EVD. Zudem wäre die Kündigung von Arbeitskräften in einer Zeit des Fachkräftemangels wirtschaftlich unsinnig. Der Umstand allein, dass U die Arbeitnehmer im Beispiel 3 auch tatsächlich nicht kündigte, dürfte für die Einstufung ihrer Gehälter als Fixkosten allerdings nicht maßgeblich sein. Dafür dürfte nicht die tatsächliche Vermeidung, sondern die wirtschaftlich sinnvolle Vermeidbarkeit einer Kostenposition nach der Kündigung maßgeblich sein.
- ²¹ Nicht unbedingt vollständig, vgl. II. 3.
- ²² Die Bestimmung der EVD kann im Einzelfall schwierig sein. Im Beispiel 3 ist sie mit drei Wochen vorgegeben, aber was gilt, wenn die für die restliche Abarbeitung des Vertrags erforderliche Zeit unklar ist? Kommt es auf die Restdauer des Vertrags bei ungestörtem Ablauf an oder sind etwaige Störungen zu berücksichtigen? Wie auch sonst bei der Ermittlung von Nachtrags- oder Kündigungsvergütungen dürfte gelten: Letztlich zählen die Abläufe und Kosten, zu denen es tatsächlich gekommen wäre, wenn nicht gekündigt worden wäre („hypothetische tatsächliche Entwicklung“), diese können aber solange mit den geplanten bzw. kalkulierten Abläufen und Kosten veranschlagt werden, wie nicht etwas Abweichendes dargelegt oder bewiesen ist. Würde die EVD mit Blick auf die hypothetische Auswirkung von Störungen des Bauablaufs länger angesetzt – was zur potentiellen Ausweitung anrechenbarer Umsätze zu Lasten des Unternehmers führt – müsste dieser sich zugleich auf eine hypothetische Entschädigung aus § 642 BGB berufen können. Diese beiden hypothetischen Effekte würden sich teilweise oder sogar vollständig gegenseitig neutralisieren. Im Ergebnis wäre die Berücksichtigung von Störungen während der EVD damit sehr aufwändig, führt aber – wenn überhaupt – nur zu einer begrenzten Anpassung des Zahlenwerks. In der Praxis wird sie sich deshalb zumeist nicht lohnen, wenngleich es den Parteien eines Rechtsstreits natürlich freigestellt ist, hierzu vorzutragen. In der vorliegenden Untersuchung bleibt dieser Aspekt im Interesse einer praxisnahen Vereinfachung allerdings

unberücksichtigt: Die EVD wird stets im Sinne der restlichen Einsatzdauer bei regulärer Vertragserfüllung verstanden, mögliche Ausweitungen durch Störungen bleiben außer Betracht.

²³ Vgl. III. 2.a).

²⁴ Der Unternehmer hat seine Gerätekosten dann variabilisiert.

²⁵ Soweit eine Überkapazität besteht, die Produktionsmittel eines Unternehmers also nicht voll ausgelastet sind, kommt AWE nicht in Betracht, vgl. die kündigungsbedingte Freisetzung von Arbeitskraft bei Unterauslastung eines Unternehmens, dazu III.2.a)aa).

²⁶ BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, Rdnr. 14.

²⁷ Hierzu sogleich III. 1.

²⁸ Hierzu unten III. 2.

²⁹ ... wenngleich dies nicht im Sinne einer strengen Kausalität, sondern einer wertenden Gesamtbeurteilung zu verstehen ist.

³⁰ Dazu näher unter IV.1.a).

³¹ Insb. in der Sonderkonstellation „Nachunternehmer ersetzt Hauptunternehmer“ (Beispiel 6) kann es allerdings zu einem nahtlosen Weiterarbeiten von U kommen; zwingend ist dies aber auch dort nicht.

³² Dabei gilt die große Kündigungsvergütung nicht gezielt den Vorhalt der Produktionsmittel in der Umsetzphase nach Kündigung ab, sie umfasst zwar die Deckungsanteile der Vergütung für den Vorhalt der benötigten Produktionsmittel, geht aber über die Deckung dieser Vorhaltekosten hinaus. Gleichwohl wäre es widersinnig, von dieser Vergütung einen Abzug vorzunehmen, wenn der Unternehmer in der Umsetzphase seine für NEL benötigten Arbeitskräfte zwangsläufig weiter für A 1 vorhält. Es gilt umgekehrt: Gerade wegen dieses Vorhalts, für den er keine Entschädigung aus § 642 BGB beanspruchen kann, steht ihm insoweit die große Kündigungsvergütung zu.

³³ Vgl. oben Beispiel 2.

³⁴ Bei Störungen des Bauablaufs hätte die Erledigung von A 1 möglicherweise länger gedauert, dann hätte U den ungekündigten Vertrag nicht bis zum Ende von Tag 50 abschließen können. Diese Möglichkeit sollte für den Regelfall aber außer Betracht bleiben, vgl. oben II. 2, Fn. 22.

³⁵ Vgl. oben II.2.

³⁶ Vgl. die Beispiele 5 und 6.

³⁷ Dazu aa).

³⁸ Dazu bb).

³⁹ Dazu cc).

40

S.a. unten IV. 1 b) aa) (Teil II).

⁴¹ In dem Urte. des Kammergerichts v. 15.06.2018 – 21 U 140/17, das der Verf. der vorliegenden Untersuchung als Einzelrichter verfasst hat, heißt es in Rdnr. 51: „Dabei sollte die Möglichkeit der Vergütungsminderung aufgrund anderweitigen Erwerbs von vornherein nicht überbewertet werden. Denn insbesondere bei Bauunternehmen, die einen Auftrag nicht oder jedenfalls nicht immer im eigenen Betrieb ausführen, sondern an Nachunternehmer weiter vergeben, wird die Fähigkeit zur parallelen Abarbeitung von Bauvorhaben nicht durch die eigenen Produktionskapazitäten begrenzt. Dann ist es aber keineswegs selbstverständlich, sondern eine Ausnahme, wenn ein Unternehmen einen Auftrag nur dank der mit der Kündigung verbundenen Freisetzung von Produktionsmitteln ausführen kann und also kündigungsbedingt anderweitigen Erwerb erzielt. Bei einem Bauvertrag verhält es sich also anders als bei einem Arbeits- oder Dienstvertrag, wo der erzielbare Umsatz pro Zeiteinheit typischerweise durch die Arbeitskraft des Leistungserbringers limitiert ist, sodass deren Freisetzung im Annahmeverzug des Dienstberechtigten dort sehr viel eher anderweitigen Erwerb ermöglichen kann (vgl. § 615 S. 2 BGB).“ Diese Überlegung geht von der Prämisse aus, die Anrechenbarkeit von AWE setze voraus, dass der Umsatz dem Unternehmer nur dank der Kündigung möglich war. Dann würde die Möglichkeit der Kapazitätserweiterung der Anrechnung von AWE aber eigentlich immer entgegenstehen und diesen Abzugsposten damit praktisch obsolet machen. Entscheidend ist aber eben nicht die Ermöglichung des Umsatzes als solche, sondern die kostenneutrale Ermöglichung durch kündigungsbedingt brachliegende Arbeitskraft. Das wird in dem Urteil an der zitierten Stelle übersehen. Der Verf. kann deshalb an der dort zum Ausdruck kommenden Ansicht nicht festhalten. S.a. VI. 1. (Teil II).

⁴² ...Nämlich mit den ohnehin bereits für A 1 bereitgestellten und nicht mehr einsparfähigen Produktionsmitteln.

⁴³ Vgl. III. 2. a) aa), Beispiele 9 und 10.

⁴⁴ Vgl. III. 2. a) cc) (2), Beispiel 13 und 14.

⁴⁵ ... nämlich den Fällen eines kündigungsbedingten alternativen Vertragsangebots.

⁴⁶ Damit ist im Zweifel die Zeit bis zum Tag der Verhandlung der Vertragsparteien über die Kündigungsvergütung bzw. bis zur Entscheidung darüber in einem Rechtsstreit gemeint.

⁴⁷ Vgl. unten IV. 1.a) (Teil II).

⁴⁸ Vgl. III. 2. a) cc) (2), Beispiel 13 und 14.

⁴⁹ Vgl. BGH, Urte. v. 26.10.2000 – VII ZR 99/99; Urte. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99. Dabei ist die Detailtiefe, mit der diese Vorgaben anzuwenden sind, abhängig vom Informationsinteresse des Auftraggebers im Einzelfall.

⁵⁰ BGH, Urte. v. 05.05.2011 – VII ZR 181/10; Urte. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97.