



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Björn Retzlaff
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 1168 - 1180 (Heft 7)
Verlag	Werner Verlag

Retzlaff, BauR 2023, 1168

Der anderweitige Erwerb und seine Ermittlung – Teil II



von Björn Retzlaff, Berlin*

Fortsetzung des Beitrags aus dem letzten Heft.

IV. In welcher Höhe ist anderweitiger Erwerb anzurechnen?

Anderweitiger Erwerb ist also der Umsatz, den der Unternehmer durch die Verwendung der kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräfte seines Unternehmens⁵¹ innerhalb der EVD mit anderen Aufträgen erzielt, *gleichgültig wann und aus welchem Grund ihm diese anderen Aufträge erteilt wurden.*

Daraus folgt, dass es sich bei dem anzurechnenden AWE um ein Produkt handelt, das sich aus zwei Faktoren zusammensetzt: Dem *Zeitfaktor T*, also der kumulierten Gesamtzahl der Stunden, in denen der Unternehmer aufgrund der Kündigung anderweitig Umsatz erzielen konnte, und dem *Wertansatz A*, der den Umsatz angibt, den der Unternehmer durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskräfte pro Stunde erzielen konnte.

Es gilt also $AWE = A \times T$, genau wie bei der Entschädigung aus § 642 BGB, die ebenfalls als ein solches Produkt zu berechnen ist.⁵² Zwar handelt es sich bei der Entschädigung aus § 642 BGB um einen Anspruch des Unternehmers, während der AWE umgekehrt einen Abzugsposten zu seinem Anspruch auf die große Kündigungsvergütung darstellt. In beiden Fällen steht die Rechtsanwendung aber vor dem Problem, wie zwei Berechnungsfaktoren – A und T – bewertet werden können, die von den Vertragsparteien nicht einvernehmlich beziffert worden sind. Diese Frage soll nun für den AWE untersucht werden.

Zwischenergebnis 7: Der AWE ist ein Produkt, das sich aus einem Zeitfaktor T und einem Wertansatz A zusammensetzt. Es gilt $AWE = A \times T$.

1. Die Bezifferung des Zeitwerts T

a) Die entfallene Arbeitslast EAL

Ausgangswert für die Ermittlung des AWE ist die durch die Kündigung *entfallene Arbeitslast (EAL)*. Sie ist der in Stunden anzugebende kumulierte Gesamtarbeitsaufwand, den der Unternehmer für die Erfüllung des Vertrags noch hätte erbringen müssen, wenn er nicht gekündigt worden wäre. Durch die Kündigung wird der Unternehmer hiervon befreit, sodass er innerhalb dieser Zeit anderweitig Umsatz erzielen kann. Um den Ausgleich dieses kündigungsbedingten Vorteils geht es bei dem Abzugsposten des anderweitigen Erwerbs.

Im Beispiel 4 kündigte B den Vertrag bei einem (gleichmäßig anwachsenden) Leistungsstand von 60 %. Da der Vertrag eine Gesamtarbeitslast von 1.000 Stunden umfasste, die zu 60 % erbracht war, beträgt die EAL hier 40 % von 1.000 Stunden, also 400 Stunden. Bei Vollauslastung seines Betriebs, wovon im Grundsatz auszugehen ist, hat U durch die Kündigung also 400 Stunden gewonnen, während derer er seine Arbeitskräfte auf anderen Aufträgen einsetzen kann. Dabei ist es gleichgültig, um welche anderen Aufträge es sich handelt und welcher Mitarbeiter von U wo im Einsatz ist.⁵³

Aus dem Grundsatz der Vollauslastung folgt, dass U die kündigungsbedingte EAL im Zweifel vollständig nutzen konnte, um AWE zu erwirtschaften. Damit ist der Gesamtbetrag der EAL der Ausgangswert für die Bestimmung des Zeitfaktors T. Es kann aber sein, dass U nicht in der Lage war, die gesamte EAL seiner Arbeitskräfte anderweitig zu nutzen. Dies wird hier als *eingeschränkte Aktivierung der EAL* bezeichnet. In einem solchen Fall kann der Zeitfaktor T nicht mit der EAL gleichgesetzt werden. Dabei ist der Grundsatz der Vollauslastung kein

Erfahrungswert,⁵⁴ sondern ein praktisches Gebot. Er ist notwendig, da der Begriff des AWE nur mit seiner Hilfe sinnvoll in der Rechtsanwendungspraxis umgesetzt werden kann.

Zwischenergebnis 8: Die Zeitmenge, die ein Unternehmer durch die Kündigung eines Werkvertrags gewinnt und in der er mit seinen freigestellten Arbeitskräften anderweitig Umsatz erzielen kann, wird als entfallene Arbeitslast (EAL) bezeichnet. Aus dem Grundsatz der Vollauslastung folgt, dass der Zeitfaktor T des AWE im Zweifel der EAL entspricht.

b) Vollständige und eingeschränkte Aktivierung der EAL

Dass der Unternehmer seine Arbeitskräfte tatsächlich während der gesamten EAL anderweitig verwenden kann, ist möglich aber nicht zwingend.

Im Beispiel 4 ist es möglich, dass U die für A 1 benötigten Arbeitskräfte gleich von Tag 31 an und durchgängig bis Tag 50 für einen oder mehrere andere Aufträge einsetzen konnte. Gelingt dies, hat U die gesamte EAL aus A 1 anderweitig aktiviert. Wegen des Grundsatzes der Vollauslastung ist hiervon im Zweifel auszugehen.

Die Aktivierung der EAL kann aber eingeschränkt sein. Hier geht es vor allem um zwei Fälle:

aa) Keine Vollauslastung

Es kann sein, dass der Unternehmer während der EVD *entgegen dem Grundsatz der Vollauslastung* auch ohne die Kündigung tatsächlich nicht vollständig ausgelastet war.

Beispiel 15:

U ist mit A 1 beauftragt. Die Ausführung dauert von Tag 1 bis Tag 50, U benötigt hierzu durchgängig die drei Mitarbeiter M 1 bis M 3. U verfügt über weitere 15 Mitarbeiter. Wegen einer Auftragsflaute hatte er für seine Mitarbeiter M 11 bis M 15 im gesamten Zeitraum von Tag 1 bis 50 keine Einsatzmöglichkeit. Am Tag 30

kündigt Besteller B 1 den Vertrag A 1, sodass ab Tag 31 auch M 1 bis M 3 freigestellt sind. Ab Tag 35 setzt U die Mitarbeiter M 1 bis M 4 auf dem neu akquirierten Auftrag A 2 ein.

In diesem Beispiel stellt die Tätigkeit von M 1 bis M 3 im Zweifel keinen AWE dar, auch nicht soweit er in der EVD, also im Zeitraum bis Tag 50 anfällt. Denn U hätte auch ohne die Kündigung durchgängig über fünf freie Mitarbeiter verfügt, die ausgereicht hätten, den Auftrag A 2 abzuarbeiten, für den U lediglich vier Mitarbeiter benötigte. Deshalb ist es ihm zuzubilligen, auch nach der Kündigung von A 1 vorrangig auf diese freien Kapazitäten zurückzugreifen. Wenn er nicht die kündigungsbedingt freigestellten Arbeiter hierfür nutzt, liegt darin kein böswilliges Unterlassen von anderweitigem Erwerb.

Wegen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit ist der Begriff der freien Kapazität dabei rein zahlenmäßig zu bestimmen. Das heißt: Es genügt, dass U über ausreichende freie Kapazitäten verfügte. Dies waren im Beispiel die fünf Arbeitskräfte M 11 bis M 15, während er für A 2 nur vier benötigte. Dass U für A 2 dann die Individuen einsetzte, die durch die Kündigung von A 1 freigestellt waren – nämlich M 1 bis M 3 und zusätzlich M 4 – ist unerheblich. Hierin liegt im Zweifel lediglich eine interne betriebliche Umdisposition.

bb) Umsetzphase

Insbesondere eine Umsetzphase kann dazu führen, dass ein Unternehmer die EAL nicht vollständig für AWE aktivieren kann. Eine Umsetzphase hat zur Folge, dass U seine freigestellten Arbeitskräfte nicht gleich am ersten Tag nach Kündigung, sondern erst nach einigen Tagen anderweitig verwenden kann. So beträgt die Umsetzphase in den Beispielen 7 und 8 jeweils zehn Tage.

Eine Umsetzphase verringert die Aktivierung der EAL und damit den AWE im Zweifel proportional. Im Beispiel 4 bedeutet eine Umsetzphase von zehn Tagen: Die volle EAL von 400 Stunden wäre in 20 Tagen (Tage 31 bis 50) angefallen, auf die Tage 41 bis 50 entfallen somit im Zweifel 50 % hiervon, also 200 Stunden. An den Tagen 31 bis 40 hätte U die EAL wegen einer Umsetzphase nicht aktivieren können.

Zwischenergebnis 9: Im Falle der eingeschränkten Aktivierung der EAL entspricht der Zeitfaktor T nicht der EAL. Wegen des Grundsatzes der Vollauslastung obliegt die Erstdarlegung des Umfangs dieser Einschränkung im eigenen Interesse dem Unternehmer.

2. Die Bestimmung des Wertansatzes A

Nun ist zu klären, wie der zweite Faktor des AWE, der Wertansatz A, der Höhe nach zu bewerten ist.

Im Beispiel 4 erwirtschaftete U mit dem Einsatz seiner Arbeitskräfte einen Deckungsbeitrag von 40 € pro Stunde zuzüglich eines Zuschlags von 20 %. Hier kann es aber von Vertrag zu Vertrag je nach dem ausgehandelten Preis deutliche Unterschiede geben. Wenn nun A 1 gekündigt wird und U seine Arbeitskräfte für einen anderen Auftrag A 2 einsetzt: Muss nun geklärt werden, welchen Umsatz und welche Marge U dort erwirtschaften kann?

a) Wegen der Rentabilitätsvermutung: Bruttogesamtkosten sind maßgeblich

An dieser Stelle kommt ein weiterer Grundsatz ins Spiel, der für die Abrechnung der großen Kündigungsvergütung von Relevanz ist, nämlich die Vermutung, dass für einen Unternehmer der anderweitige Einsatz seiner Arbeitskräfte in der Regel jedenfalls kostendeckend, also rentabel ist. Diese Rentabilitätsvermutung ist durch die Grundannahme gerechtfertigt, dass ein Unternehmer kaufmännisch handelt und somit grundsätzlich nur solche Aufträge annehmen wird, deren Vergütung zumindest auskömmlich ist.⁵⁵

aa) Zielgröße: Bruttogesamtkosten der freigestellten Arbeitskräfte

Auf Grundlage der Rentabilitätsvermutung lässt sich der Ansatz A, mit dem U's Erwerb aus der anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskräfte pro Stunde zu bewerten ist, wie folgt ermitteln: Er beläuft sich auf die Gesamtkosten, die dem Unternehmer durch den Einsatz der Arbeitskraft pro Monat entstehen – also einschließlich Steuern, Sozialabgaben, Zulagen, Umlage von Fehlzeiten und Urlauben etc. – geteilt durch die Zahl der Arbeitsstunden im Monat, die bspw. mit 176 angesetzt werden könnte (entsprechend 22 monatlichen Arbeitstagen zu je 8 Stunden).

Diese Methode dient nicht dazu, damit in einem Rechtsstreit konkrete Beträge auf die Nachkommastelle genau ausgerechnet werden können. Sie soll mehr eine sachgerechte Zielgröße beschreiben bzw. ein Verfahren, wie man sich dieser Zielgröße in einem Rechtsstreit annähern kann, wobei der Grad der Annäherung durch die Qualität des Parteivortrags bestimmt wird. In der Regel wird es in einem Prozess hier Unklarheiten geben und werden zahlreiche Informationen fehlen. Da die Mitarbeiter eines Unternehmens, auch wenn sie dieselbe berufliche Qualifikation aufweisen, aufgrund diverser Parameter – etwa Alter und Dauer der Betriebszugehörigkeit – unterschiedliche Gehälter beziehen, ist bereits das Konzept der durchschnittlichen Bruttokosten einer Arbeitskraft pro Stunde eine Vereinfachung. Es kommt hinzu, dass die zu seiner Ermittlung erforderlichen Eingangsgrößen in einem Rechtsstreit in der Regel nicht im Einzelnen vorgetragen sind und dies auch unter Datenschutzgesichtspunkten problematisch sein kann.⁵⁶

Trotz dieser Unklarheiten sind die Bruttogesamtkosten der kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskraft eine sinnvolle Hilfsgröße zur Ermittlung des AWE. Denn es handelt sich um einen anschaulichen und jedenfalls der Größenordnung nach einfach zu ermittelnden Wert, den ein Gericht in einem Rechtsstreit auf Plausibilität überprüfen kann (§ 287 Abs. 2 ZPO) – notfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen.

bb) Rückgriff auf die Kalkulation

Wenn eine Kalkulation des Unternehmers vorliegt, die einen kalkulierten Mittellohn pro Stunde ausweist, kann auf diesen Wert zurückgegriffen werden, um die Bruttogesamtkosten der Arbeitskraft pro Stunde und damit den Wertansatz A zu ermitteln. Zwar zählen bei der Ermittlung der großen Kündigungsvergütung genau wie bei einer Mehrvergütung nach § 2 VOB/B oder § 650c BGB letzten Endes nicht kalkulierte, sondern tatsächliche Werte.⁵⁷ Dennoch können kalkulierte Werte verwendet werden, wenn es entweder unstreitig oder in freier Überzeugung des Gerichts⁵⁸ plausibel ist, dass der kalkulierte Wert den tatsächlichen Kosten entspricht.

b) Kein Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat eine Rentabilitätsvermutung bislang nur als Beweisregel für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung anerkannt und zwar in der Form, dass das Erfüllungsinteresse eines Gläubigers im Zweifel mindestens so hoch ist wie der von ihm für den Erfüllungsanspruch aufgewendete Betrag.⁵⁹ Die dem zugrunde liegende Annahme eines kaufmännisch handelnden und im Zweifel jedenfalls auf Kostendeckung abzielenden Anspruchsgläubigers ist im hier diskutierten Kontext der Kündigungsvergütung aber ebenso gerechtfertigt, um die Höhe des unbekanntes und nur schwer ermittelbaren anderweitigen Erwerbs mit einer Hilfsgröße, nämlich den hierfür aufgewendeten Arbeitskosten, greifbar zu machen.

Eine solche erweiternde Anwendung der Rentabilitätsvermutung steht auch nicht in Widerspruch zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 06.12.2018.⁶⁰ In jenem Fall machte ein Gewerbetreibender Schadensersatz gegen eine Kfz-Werkstatt geltend, da diese nach der Reparatur eines Lkw mit dessen Rückgabe in Verzug geraten war. Hier verweigerte es der VII. Zivilsenat des BGH dem Kläger, den Nutzungsausfallschaden in der Form zu berechnen, dass die zeitanteiligen Vorhaltekosten proportional aus Gesamtkosten und Gesamtnutzungsdauer des Lkw hergeleitet werden. Diese Weigerung lag aber daran, dass die Nutzung des Lkw in jenem Einzelfall über das Jahr hinweg witterungsbedingten Schwankungen ausgesetzt war und nicht von einer gleichmäßigen kalendertäglichen Amortisierung ausgegangen werden konnte. Die Unterstellung der gleichmäßigen proportionalen Rentierlichkeit der Kosten dieses Produktionsmittels hätte aufgrund dieser Schwankungen im Einzelfall zu einer Überkompensation des Geschädigten führen können.⁶¹

Bei der Bewertung des AWE verhält es sich anders. Zwar mag es sein, dass auch die Einsatzmöglichkeiten für die Arbeiter eines Bauunternehmers über das Jahr hinweg schwanken.⁶² Diesem Gesichtspunkt wird bei der Ermittlung des AWE aber ohnehin Rechnung getragen: Kann U nach der Kündigung von A 1 seine Arbeiter nicht auf einen anderen Auftrag umsetzen kann, weil alle anderen Baustellen witterungsbedingt stillstehen, kommt es

von vornherein gar nicht zu AWE: Die fehlende Möglichkeit zum anderweitigen Einsatz führt dann zu einer verlängerten Umsetzphase.⁶³ Die mögliche Schwankung, die der Bundesgerichtshof beachtet wissen will, ist somit bereits in den Zeitfaktor T eingeflossen und muss nicht nochmals im Wertansatz berücksichtigt werden. Zudem erteilt der Bundesgerichtshof einem *Anspruchsteller* eine Absage, weil er einen Schaden abstrakt bewertet wissen will, obwohl er in seinem eigenen Unternehmen entstanden ist und also konkret beziffert werden könnte – wenn es ihn denn tatsächlich gibt. Im Rahmen der Ermittlung des AWE wird die Rentabilitätsvermutung demgegenüber durch den *Schuldner* der großen Kündigungsvergütung herangezogen, um einen *Abzugsposten* zu bewerten, der nicht in seinem Wahrnehmungsbereich, sondern im Unternehmen der Gegenseite entstanden ist. Hier ist gegen eine solche Vermutung, die zudem lebensnah ist, nichts einzuwenden.

Zwischenergebnis 10: Der Wertansatz ist mit Hilfe einer Rentabilitätsvermutung zu bestimmen und beläuft sich auf die zeitanteiligen Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch die kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräfte entstehen.

c) Sonderfall: Freistellung der Arbeitskraft des Inhabers

Wenn der Werkunternehmer mit der Arbeitskraft, die er nach der Kündigung für einen anderen Vertrag verwendet, keinen Anstellungsvertrag geschlossen hat, fehlt es an einer Gehaltsvereinbarung, die auf Grundlage der Rentabilitätsvermutung die methodische Zielgröße für die Ermittlung des Wertansatzes A und damit des AWE ist. Hierzu die folgenden Beispiele:

Beispiel 16:

Besteller B kündigt einen Architektenvertrag, den er mit dem Einzelarchitekten AR geschlossen hat. Nach der Kündigung verwendet AR seine eigene Arbeitskraft für andere Aufträge.

Beispiel 17:

Besteller B kündigt einen Architektenvertrag A 1, den er mit einer Planer GmbH geschlossen hat. Die Leistungen der GmbH hätte G, der Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH, erbracht. G hat keinen

Anstellungsvertrag mit der GmbH. Nach der Kündigung von A 1 verwendet die GmbH G's Arbeitskraft für andere Aufträge.

Auch in diesen Fällen kann der Wertansatz der freigestellten Arbeitskraft des Inhabers in Anlehnung an das Gehaltsniveau einer vergleichbar qualifizierten angestellten Arbeitskraft ermittelt werden, auch wenn dies notgedrungen eine weitere Hilfskonstruktion ist. Der Umstand, dass die Verletzung der Arbeitskraft eines Erwerbstätigen als solche keinen Vermögensschaden darstellt,⁶⁴ spricht nicht dagegen. Der Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs nicht davon befreit werden soll, die konkreten Auswirkungen einer Verletzung auf sein Vermögen darzulegen, weil er andernfalls überkompensiert werden könnte. Im hier vorliegenden Kontext geht es aber nur um die Ermittlung eines Wertansatzes zugunsten des Anspruchsschuldners, der außerdem mit einem konkret hergeleiteten Zeitfaktor zu multiplizieren ist, bei dessen Ermittlung eine eventuelle Unterauslastung bereits berücksichtigt wäre. Deshalb kann es hier nicht zu einer Überkompensation kommen.

Wenn der Architektenvertrag in den Beispielen 16 und 17 für nach Stunde abzurechnende (Zusatz-) Arbeiten einen Stundensatz vorsehen sollte – vielleicht als Eventualposition⁶⁵ – so kann dieser herangezogen werden. Da dann nicht auf einen internen Kostenansatz aus der Kalkulation eines Unternehmers vor Anwendung des Zuschlagsfaktors zurückgegriffen wird,⁶⁶ sondern auf einen Preis, der bereits einen Zuschlag enthält, müsste der Stundenlohn genau genommen mit dem Kehrwert eines frei geschätzten Zuschlagssatzes, der den Unternehmerge Gewinn wiedergibt, multipliziert werden. Hält man bspw. einen Zuschlagsfaktor von 1,2 für angemessen, wäre der Multiplikator für den vertraglich vereinbarten Stundensatz also $1 : 1,2 = 0,833$, um so den Wertansatz für die anderweitige Verwendung der Inhaber-Arbeitskraft zu ermitteln. Da sich ein Gericht an dieser Stelle aber ohnehin im Bereich der freien Schätzung bewegt, dürfte der Verzicht auf eine solche Rückrechnung wohl ebenso von dem Ermessen aus § 287 Abs. 2 ZPO gedeckt sein.

Sieht der gekündigte Vertrag keinen Stundensatz vor, wäre der Wert der Arbeitskraft pro Zeit ohne eine solche Hilfsgröße im Wege der freien Schätzung zu ermitteln. Ein eher niedriger Wertansatz ist dabei für den Unternehmer vorteilhaft, da es um die Ermittlung eines Abzugspostens von der großen Kündigungsvergütung geht.

d) Widerlegung der Rentabilitätsvermutung?

Beispiel 18:

Nach der Kündigung von A 1 setzt U die freigewordenen Mitarbeiter für den Vertrag A 2 ein. Die dort vereinbarte Vergütung ist für U nicht auskömmlich, durch den Mitarbeiterereinsatz erwirtschaftet U dort nur 80 % der ihm pro Mitarbeiterstunde entstehenden Bruttogesamtkosten.

In diesem Fall ist es nicht gerechtfertigt, den Wertansatz für den AWE mit dem für A 1 kalkulierten Lohn oder den tatsächlichen Bruttogesamtkosten pro Mitarbeiterstunde anzusetzen, sondern eben nur mit den bei A 2 erwirtschafteten 80 % hiervon. Die Darlegung des Umstands, dass die Vergütung von A 2 weniger auskömmlich ist als diejenige von A 1, dürfte allerdings recht aufwändig sein. In einem Rechtsstreit fiele sie U zu, da es um die Widerlegung der Rentabilitätsvermutung geht.

Beispiel 19:

Nach der Kündigung von A 1 setzt U die freigewordenen Mitarbeiter für die Verträge A 2 und A 3 ein. Die Vergütung des Vertrags A 2 ist gleich gut wie die von A 1, U erwirtschaftet mit jeder Mitarbeiterstunde also eine Marge von 20 %. Beim Vertrag A 3 ist die Vergütung sogar besser als bei A 1: Dort erwirtschaftet U in jeder Stunde eine Marge von 40 %.

Dieses Beispiel wirft die allgemeine Frage auf, ob beim Abzug des AWE nicht nur die Deckung der Bruttokosten, sondern auch eine eventuelle Marge zu berücksichtigen ist, die der Unternehmer durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskräfte erzielt. Wenn solche Margen wie im Beispiel 19 tatsächlich feststehen,⁶⁷ wäre es wohl konsequent, sie von der großen Kündigungsvergütung abzuziehen. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass es bei der Ermittlung der großen Kündigungsvergütung letzten Endes auf tatsächliche und nicht auf kalkulierte Werte ankommt. So verhält es sich auch bei der Ermittlung der vom Unternehmer ersparten Aufwendungen: Wäre kündigungsbedingt erspartes Material tatsächlich teurer gewesen, wäre als der Unternehmer es kalkuliert hatte, dann ist dort ebenfalls der hypothetische tatsächliche Wert von der Kündigungsvergütung abzuziehen mit der Folge, dass die kalkulierte Marge des Unternehmers damit angegriffen wird. Der Abzug eines den Kalkulationslohn übersteigenden Wertansatzes für den AWE aufgrund eines tatsächlich einträglicheren Ersatzauftrags ist nur eine weitere Folge des Umstands, dass im Konfliktfall nicht kalkulierte, sondern tatsächliche Werte zählen. Allerdings dürfte dem insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Besteller der Nachweis eines einträglicheren Ersatzauftrags in der Praxis nur selten gelingen. Das Beispiel 19 dient primär der theoretischen Vergewisserung über die hier zur Anwendung kommende Systematik.⁶⁸

V. Darlegung und Abrechnung des anderweitigen Erwerbs

Nun soll dargestellt werden, was aus den bisherigen Erkenntnissen über die Ermittlung des AWE seine Abrechnung für die Praxis bzw. die Darlegung in einem Rechtsstreit folgt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Abrechnung der großen Kündigungsvergütung zunächst, dass die Vergütung EL und die Vergütung NEL voneinander abgegrenzt werden. Dies dient der Bildung der Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer (die nur auf die Vergütung EL anfällt),⁶⁹ außerdem soll der Besteller die Prüfung des Zahlenwerks leichter nachvollziehen können, wenn er sieht, welche Leistungen der Unternehmer als erbracht ansieht und welche noch nicht. Die Abgrenzung kann anhand der Positionen eines Leistungsverzeichnisses geschehen. Ist ein solches nicht vorhanden, muss in der Regel auf eine Kalkulation zurückgegriffen werden, die auch nachträglich erstellt werden kann. Sodann hat der Unternehmer seine ersparten Aufwendungen von der Vergütung NEL abzuziehen. Deren Höhe muss nicht zwangsläufig der Kalkulation

entnommen werden, zumal es im Streitfall ohnehin nicht auf den kalkulierten, sondern den tatsächlichen Betrag einer Ersparnis ankommt.⁷⁰

1. Nur vage Vorgaben durch den Bundesgerichtshof

Zu der Frage, ob und inwieweit der Unternehmer von vornherein in der Abrechnung der großen Kündigungsvergütung Angaben zum anderweitigen Erwerb machen muss, hat der Bundesgerichtshof bislang nur vage Vorgaben gemacht. Die detailliertesten finden sich in dem bereits erwähnten Urteil vom 28.10.1999,⁷¹ wo es um die Berücksichtigung des anderweitigen Erwerbs in der Abrechnung der großen Kündigungsvergütung durch einen Architekten geht. Der BGH meinte dort, der AWE lasse sich, anders als die ersparten Aufwendungen nicht „konkret vertragsbezogen ermitteln“, sondern es komme „zunächst darauf an, inwieweit ein Ersatzauftrag erlangt worden ist oder der Architekt es böswillig unterlassen hat, einen solchen zu erlangen“. Es genüge deshalb grundsätzlich, wenn sich der Architekt dazu „nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt“. Hingegen müsse der Architekt nicht „von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offen legen“, sondern müsse sich nur wahrheitsgemäß erklären. Außerdem könne sich aus den sonstigen Vertragsumständen eine erhöhte Darlegungslast ergeben, wenn es z.B. nach Art und Dauer des gekündigten Teils nahe liegt, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist.⁷²

Diese Ausführungen sind nur schwer verständlich und nicht hilfreich, da sie zu sehr dem nicht weiterführenden Begriff des Füll- oder Ersatzauftrags anhängen. Zuzustimmen ist der Aussage, dass der Unternehmer im Rahmen seiner Abrechnung nicht „seine gesamte Geschäftsstruktur offen legen“ muss. Indem der BGH aber zugleich meint, dass der AWE nicht „konkret vertragsbezogen zu ermitteln“ sei, kann man diese Passage dahin verstehen, dass der Unternehmer in seiner Abrechnung oder in einem Rechtsstreit keine näheren Angaben schuldet und sich auf eine aus seiner Sicht „wahrheitsgemäße“ Erklärung beschränken kann, ob er sich etwas anrechnen lassen müsse oder nicht. Da die Frage, ob etwas angerechnet werden muss, keine Tatsache⁷³ ist, sondern eine rechtliche Würdigung, könnte man meinen, dass der Unternehmer bereits mit einer einfachen Fehlanzeige von AWE seiner „Mitteilungspflicht“ genügt hat, wobei dies auch konkludent geschehen kann, indem sich der Unternehmer zu dieser Thematik einfach ausschweigt.⁷⁴ Genau dies passiert in den allermeisten Fällen in der Praxis, in denen es selbst in Zeiten der Hochkonjunktur am Bau keinerlei nähere Auseinandersetzung mit etwaigem AWE des Unternehmers gibt. Dies ist die entscheidende Ursache dafür, dass AWE zu Unrecht kaum in Abzug gebracht wird.

Der entscheidende Punkt, den der BGH hier nicht beachtet hat, ist, dass ein zuverlässiger Ausgangswert für den AWE auf Basis des Grundsatzes der Vollauslastung und der Rentabilitätsvermutung in den meisten Fällen durchaus „konkret vertragsbezogen“ ermittelt werden kann: Nämlich mithilfe der EAL und den in den Vertrag einkalkulierten Arbeitskosten.

2. Die Erstdarlegung des AWE

Es gilt $AWE = A \times T$. Die Erstdarlegung dieser beiden Faktoren bedeutet für den Unternehmer keine größeren Schwierigkeiten als bei den anderen Eingangsgrößen für die Berechnung der großen Kündigungsvergütung, bei denen die Erstdarlegungslast des Unternehmers ebenfalls anerkannt ist.

Der Zeitfaktor T entspricht im Zweifel der EAL. Die EAL ist die Gesamtdauer des Arbeitskrachteinsatzes, den U für die NEL noch hätte aufbringen müssen und der mit der Kündigung entfallen ist. Wenn eine Kalkulation der Vergütung vorliegt, die den Arbeitskrachteinsatz der Teilleistungen, also auch der NEL, ausweist,⁷⁵ kann die EAL somit leicht auf dieser Grundlage ermittelt werden.⁷⁶ Liegt keine Kalkulation vor – so verhält es sich insbesondere bei gekündigten Architektenverträgen – hat der Unternehmer (also ggf. der Architekt) für die Erstdarlegung seines AWE die mit den gekündigten Leistungen entfallene Arbeitslast EAL aufgrund von Erfahrungswerten zu beziffern. Dies geschieht gegenwärtig in den allermeisten Rechtsstreitigkeiten um gekündigte Architektenverträge *nicht* – nach der hier vertretenen Ansicht unterbleibt dies zu Unrecht.

Den Wertansatz A kann der Unternehmer ebenfalls auf Grundlage seiner Kalkulation für den gekündigten Werkvertrag beziffern.⁷⁷ Wenn eine solche Erstbezifferung mangels Kalkulation nicht möglich ist, kann der Unternehmer hier auf Grundlage der Rentabilitätsvermutung und der ihm ohnehin bekannten Kosten seiner Arbeitskräfte ohne Schwierigkeiten zu einem Ergebnis gelangen.

Damit ist ein Ausgangswert für den AWE ermittelt und die Erstbezifferung abgeschlossen. Sie stellt den Unternehmer vor keine größeren Schwierigkeiten, als die Abgrenzung der EL von den NEL oder die Bezifferung seiner ersparten Aufwendungen mit sich bringen. Deshalb ist nicht einzusehen, weshalb ihm nicht auch diese Herleitung seines AWE im Zuge der Erstdarlegung der großen Kündigungsvergütung zufallen soll. Der Ausgangswert des AWE beläuft sich somit im Regelfall auf die in den NEL enthaltene Arbeitslast, bewertet mit dem Kalkulationslohn.

Zwischenergebnis 11: Dem Unternehmer fällt im Rahmen der Erstdarlegung der großen Kündigungsvergütung auch die Bezifferung seines AWE zu. Dazu muss der Unternehmer nur die EAL und die Bruttogesamtkosten seiner Arbeitskräfte angeben. Liegt eine Kalkulation vor, können beide Werte dort entnommen werden.

3. Darlegung der eingeschränkten Aktivierung der EAL

Es kann sein, dass es dem Unternehmer entgegen dem Grundsatz der Vollauslastung nicht möglich war, die EAL vollständig für AWE zu aktivieren. In diesem Fall entspricht es seinem eigenen Interesse, bei der Bezifferung nicht bei dem im Zwischenergebnis 11 zusammengefassten Wert stehen zu bleiben, der von vollständiger Aktivierung ausgeht. Stattdessen wird der Unternehmer dann die eingeschränkte Aktivierung seiner kündigungsbedingten EAL geltend machen wollen.

a) Darlegung der Einsatzlosigkeit der Arbeitskräfte

Dazu hat U nur darzulegen, in welchem Umfang seine Arbeitskräfte der Qualifikation, die für den gekündigten Vertrag A 1 erforderlich war, während der EVD beschäftigungslos waren. Dies kann grundsätzlich durch tabellarische Aufstellungen geschehen. Da U für neue oder vorgezogene Verträge vorrangig auf nicht kündigungsbedingte Überkapazitäten zurückgreifen und seine Arbeitskräfte nach der Kündigung neu auf die laufenden Aufträge disponieren darf, ist eine beschäftigungslose Arbeitskraft während der EVD im Zweifel eine solche, die durch die Kündigung von A 1 freigesetzt wurde. Im Umfang ihrer Beschäftigungslosigkeit scheidet AWE somit grundsätzlich aus, wobei die Würdigung der Einzelheiten der freien Einschätzung des Gerichts überlassen werden muss (§ 287 Abs. 2 ZPO). Würde U im Beispiel 15 etwa zweifelhafte Belege für seine angeblich durchgängig beschäftigungslosen Mitarbeiter M 11 bis M 15 präsentieren, so könnte dies in Zusammenwirken mit der – eigentlich unerheblichen – Tatsache, dass die ursprünglich für A 1 eingeteilten M 1 bis M 3 tatsächlich nicht beschäftigungslos, sondern für A 2 eingesetzt waren, beim Gericht *im Einzelfall* durchgreifende Zweifel hervorrufen, ob die von U behauptete Unterauslastung in der EVD tatsächlich der Wahrheit entspricht.

Unabhängig von diesen Fragen der Beweiswürdigung gilt: Der Kern der Darlegung, die wegen des Grundsatzes der Vollauslastung dem Unternehmer zufällt, ist eine einfache Ist-Dokumentation von Zeiten der Einsatzlosigkeit der eigenen Arbeitskräfte, genau wie sie auch beim Anspruch aus § 642 BGB erforderlich ist.⁷⁸ Der Unterschied ist nur, dass die tabellarische Aufstellung der Einsatzlosigkeit im Rahmen von § 642 BGB unmittelbar der Anspruchsbegründung dient und also ein Aktivposten ist. Im Rahmen der großen Kündigungsvergütung gilt dies nur mittelbar. Hier

dient die Dokumentation des Unternehmers dazu, seinen AWE zu mindern, also einen Abzugsposten seines Anspruchs, der auf die große Kündigungsvergütung gerichtet ist.

b) Einsatzlosigkeit außerhalb der EVD

Trägt U zur Beschäftigungslosigkeit seiner Arbeitskräfte vor, wird es in der Regel um Phasen innerhalb der EVD gehen. Es ist aber auch möglich, dass das Einschleichen eines Auftrags während der EVD dazu geführt hat, dass später, *außerhalb der EVD*, Beschäftigungslosigkeit eintritt. In deren Umfang hat die Anrechnung von AWE zu unterbleiben, wenn sie die Kapazität darstellt, mit der A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 in gestreckter Erfüllung hätte erwirtschaftet werden können.⁷⁹

Allerdings ist zu beachten, dass der Einwand der gestreckten Erfüllung nicht nur erfordert, dass U in absehbarer Zeit über eine Unterauslastung verfügt,⁸⁰ sondern dass außerdem sein Auftragsbestand eine hinreichende terminliche Flexibilität aufweist, damit der zusätzliche Umsatz zumindest im Wege des „Termin-Ringtauschs“ in diese Phase der Unterauslastung nach der EVD hätte verschoben werden können.⁸¹ Deshalb gilt: Je weiter die dokumentierte Unterauslastung von U's Arbeitskräften von der EVD entfernt ist, desto schwieriger dürfte die Feststellung werden, dass der durch A 2 bedingte Mehrumsatz tatsächlich dorthin hätte verschoben werden können. Bei derartigen Zweifeln kann die Feststellung der eingeschränkten Aktivierung der EAL misslingen, sodass sich U im Ergebnis dann doch die volle EAL als Zeitfaktor T seines AWE gefallen lassen muss.

Zwischenergebnis 12: Die eingeschränkte Aktivierung der EAL und damit ein reduzierter Zeitfaktor T ist ggf. vom Unternehmer in seinem Eigeninteresse darzulegen. Dazu genügt grundsätzlich eine Dokumentation, wann seine Arbeitskräfte einsatzlos waren. Diese Phasen können auch nach der EVD liegen, je später sie eingetreten sind, desto fragwürdiger kann damit aber der Beleg der eingeschränkten Aktivierung werden.

4. Besonderheiten bei der Ermittlung der EAL

Im Einzelfall können Besonderheiten bei der Ermittlung der EAL auftreten.

a) Die EAL ist in der Kalkulation zu gering veranschlagt

Es kann sein, dass die EAL in der Kalkulation des Unternehmers zu gering angesetzt ist.

Beispiel 20:

Wie Beispiel 4. Allerdings behauptet B, dass es U nicht möglich gewesen wäre, die NEL in den kalkulierten 400 Stunden fertigzustellen, U hätte dazu 700 Stunden benötigt. Zur Begründung verweist B darauf, dass er nach der Kündigung den Unternehmer U 2 mit der Fertigstellung der Arbeiten beauftragt habe, dieser habe insgesamt 700 Stunden aufgewendet.

Dieser Einwand des Bestellers ist grundsätzlich erheblich. Wenn er zutrifft, hätte U durch die Kündigung tatsächlich 700 Stunden freigestellte Arbeitskraft gewonnen, die er für AWE aktivieren kann.⁸² Die Darlegungs- und Beweislast für eine tatsächliche EAL, die den vom Unternehmer vorgetragene Wert übersteigt, trägt aber der Besteller – genau wie bei einem Streit um ersparte Aufwendungen. U hat eine ausreichende Abrechnung des AWE geliefert, wenn er sich auf die kalkulierte EAL bezieht und ggf. im Eigeninteresse zur beschränkten Aktivierung vorträgt.

In einer eventuellen Beweiswürdigung wäre außerdem zu beachten, dass der Zeitaufwand, den U 2 für die NEL benötigte, nicht zu schematisch mit der EAL des gekündigten Unternehmers gleichgesetzt werden kann. Für diesen wäre es um die Fertigstellung bereits begonnener eigener Arbeiten gegangen, für U 2 hingegen um den Neubeginn mit der Fertigstellung fremder Arbeiten, was zumindest teilweise einen zusätzlichen Zeitaufwand verursachen kann, den sich der gekündigte Unternehmer nicht anrechnen lassen muss.

b) Der Vertrag ist nicht in Einzelleistungen aufgegliedert

Die Ermittlung der EAL ist verhältnismäßig einfach, wenn sie einer Kalkulation entnommen

werden kann⁸³ oder wenn zumindest ein Leistungsverzeichnis vorliegt, das die NEL detailliert aufführt, sodass der noch ausstehende Arbeitsaufwand auf dieser Grundlage einigermaßen zuverlässig eingeschätzt werden kann. An derartigen Berechnungshilfen fehlt es in der Praxis insbesondere bei Architektenverträgen.

Beispiel 21:

Der Besteller B kündigt einen Architektenvertrag über die Leistungsphasen 1 bis 8 im Verlauf der Leistungsphase 5.

Hier führt die Kündigung dazu, dass der Architekt die restliche Leistungsphase 5 und die vollständigen Leistungsphasen 6 bis 8 nicht mehr erbringen muss. Wie lässt sich diese EAL nun in Stunden erfassen? In der Regel liegen in einem solchen Fall keine Kalkulation, kein Leistungsverzeichnis und auch sonst keine bezifferte Aufschlüsselung der Leistungen vor, die ein Korsett für die Bezifferung der EAL bieten könnten. Gleichwohl fällt die Erstdarlegung auch hier dem Unternehmer, also dem Architekten zu, wie bei den anderen Eingangsgrößen für die Berechnung der großen Kündigungsvergütung. Ihm dürfte die zeitliche Bewertung der EAL aufgrund seiner Erfahrung auch möglich sein. Diese EAL liegt in der Gesamtzeit, die der Architekt über die restliche Dauer des ungekündigten Vertrags hinweg noch bis zum Ende der Leistungsphase 8 hätte aufwenden müssen. Wenn dieser Wert vom Besteller bestritten werden sollte, hat das Gericht die Aufgabe, diesen Streit um die Höhe der EAL nach freiem Ermessen zu beurteilen, wobei es notfalls einen Sachverständigen zu Rate ziehen kann (§ 287 Abs. 2 ZPO). Da es nur darum gehen kann, einen näherungsweise zutreffenden Wert zu bestimmen, ist dies eine lösbare Aufgabe.

VI. Anwendung dieser Überlegungen auf einige jüngere Entscheidungen

Zum Abschluss sollen die gewonnenen Erkenntnisse mit einigen veröffentlichten Entscheidungen der jüngeren Vergangenheit abgeglichen werden.

1. KG, Urt. v. 15.06.2018 – 21 U 140/17

Diese Entscheidung hat der Verf. des vorliegenden Beitrags als Einzelrichter verfasst. Er hat dort aus der bereits erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁸⁴ die folgende Auffassung abgeleitet:

„Damit gehört es nicht zur schlüssigen Darlegung der großen Kündigungsvergütung, dass der Unternehmer angibt, welche Aufträge er in dem Zeitraum ausgeführt hat, in dem er den abgerechneten Auftrag abgearbeitet hätte, wäre dieser nicht gekündigt worden. Unterbleibt jeglicher Hinweis auf diese Auftragslage, liegt darin die zumindest konkludente Erklärung des Unternehmers, es habe keine Aufträge gegeben, die er nur aufgrund der Kündigung ausführen konnte, sodass er sich keinen anderweitigen Erwerb ‚anrechnen lassen muss‘. Folglich ist eine Abrechnung des Unternehmers ohne jeglichen Hinweis auf anderweitigen Erwerb schlüssig, denn in ihr liegt die konkludente Erklärung, dass es solchen Erwerb nicht gibt.“⁸⁵

In dieser Passage kommt die Sichtweise zum Ausdruck, wonach die Anrechnung von AWE die Feststellung eines „Füllauftrags“ voraussetzt. Dabei wird verkannt, dass der Begriff des AWE nur unter dem Grundsatz der Vollauslastung des Unternehmers praktisch handhabbar ist und dass er auf dieser Grundlage bereits aus der Freistellung der Arbeitskraft in der EVD folgt. Der Feststellung eines wie auch immer zu definierenden „Füllauftrags“ bedarf es hingegen nicht.

Weiter heißt es in jener Entscheidung, die Möglichkeit anderweitigen Erwerb durch einen Füllauftrag zu erzielen, dürfe nicht überbewertet werden, da ein Werkunternehmer durch Beauftragung von Nachunternehmern seine Produktionskapazitäten ausweiten könne und die Annahme eines Auftrags deshalb ohnehin nicht von der kündigungsbedingten Freisetzung von Produktionskapazitäten abhängen.⁸⁶

Auch dieses Argument geht am entscheidenden Punkt vorbei. Es stimmt, dass es kaum entschieden werden kann, ob einem Werkunternehmer die Annahme eines Auftrags nur aufgrund der vorherigen Kündigung eines anderen Vertrags möglich

war. Daraus folgt aber nur, dass der Begriff des „Füllauftrags“ als Kriterium für den AWE untauglich ist. Für AWE ist allein entscheidend die Freisetzung der Arbeitskraft des Unternehmers im Umfang der EAL, mit der der Unternehmer sodann anderweitig Umsatz erzielen kann, der im Zweifel kostendeckend ist.

Somit kann der Verf. an seinen eigenen Ausführungen zu Darlegung und Abrechnung des anderweitigen Erwerbs in jener Entscheidung *nicht festhalten*.⁸⁷

2. OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20

In diesem Rechtsstreit nahm eine Bauunternehmerin ihren Auftraggeber auf die große Kündigungsvergütung aus einem Werkvertrag in Anspruch, nachdem dieser den Vertrag ohne wichtigen Grund gekündigt hatte.

Auch das OLG Dresden trifft hier zunächst die Aussage, AWE setze voraus, dass ein „ursächlicher Zusammenhang“ zwischen der Kündigung und einem „Füllauftrag“ bestehe, der aber auch gegeben sei, wenn ein im Zeitpunkt der Kündigung bereits bestehender Auftrag „vorgezogen“ werde.⁸⁸ Allerdings sei ein bereits erteilter Auftrag dann nicht anrechnungsfähig, wenn durch sein Vorziehen, in der Zukunft eine „Auftragslücke“ entstehe, also eine Phase, in der der Unternehmer nicht ausgelastet ist.⁸⁹

Diese Sichtweise ist im Ausgangspunkt zutreffend, allerdings beachtet das OLG an dieser Stelle des Urteils – also im Rahmen der abstrakten Definition des AWE – nicht, dass dieser Begriff nur mit Hilfe des Grundsatzes der Vollauslastung sinnvoll angewendet werden kann, wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat. Daraus folgt, dass durch das Vorziehen eines Auftrags grundsätzlich keine „Auftragslücke“ in der Zukunft entsteht, denn der Betrieb eines Unternehmers ist eben auch dann im Grundsatz „lückenlos ausgelastet“. Somit generiert jedes Vorziehen eines Auftrags im Zweifel anderweitigen Erwerb.

Allerdings gelangt auch das OLG zu dem Ergebnis, dass die klagende Unternehmerin AWE erzielt haben muss. Dies geschieht aber nicht mit Hilfe eines allgemeinen Grundsatzes, sondern auf der Ebene der Subsumtion des Sachverhalts: Es hält die klagende Unternehmerin nämlich an ihrem Vorbringen fest, wonach sie grundsätzlich alle erreichbaren Aufträge annehme, sodass sie immer über ein gewisses Maß an Reserveaufträgen verfüge, zu deren Abarbeitung sie notfalls Subunternehmer einschalte.⁹⁰ Damit hatte die Unternehmerin selbst ihre Vollauslastung eingeräumt, auf die sich das OLG stützen konnte, ohne eine generelle Aussage zur Geltung eines solchen Grundsatzes machen zu müssen.

Allerdings belegt die Entscheidung des OLG, dass es berechtigt ist, von der Vollauslastung eines Werkunternehmers nicht nur im dortigen Einzelfall, sondern als allgemeinem Grundsatz auszugehen. Bei der Abarbeitung von Bauverträgen kann es immer zu nicht vorhergesehenen Störungen oder dem Wegfall von Leistungen kommen, außerdem weisen zumindest einige Auftraggeber regelmäßig⁹¹ eine gewisse zeitliche

Flexibilität auf. Die Ausführungszeiten der anstehenden Aufträge eines Unternehmens können deshalb – jedenfalls teilweise und in gewissem Umfang – zeitlich verschoben werden. Deshalb wäre jeder Unternehmer, der nach dem Prinzip der Gewinnmaximierung handelt, unvernünftig, wenn er nicht wie die Klägerin im Fall des OLG Dresden permanent für einen gewissen Auftragspuffer Sorge trüge, um etwaige Leerlaufphasen aufzufangen.⁹² Mit anderen Worten: Die Klägerin im Fall des OLG Dresden hat nur vorgetragen, wirtschaftlich vernünftig zu handeln. Als ein besonderes „Geschäftsmodell“⁹³ wird man ihre Akquisepraxis nicht bezeichnen können. Vielmehr kann ein solches Vorgehen im Grundsatz für jeden Werkunternehmer unterstellt werden. Genau deshalb ist es aber gerechtfertigt, bei der Ermittlung des AWE nicht nur im dortigen Einzelfall, sondern generell vom Grundsatz der Vollauslastung auszugehen.

Ebenfalls nicht zufriedenstellend ist die Schlussfolgerung, die das OLG Dresden aus dem zutreffenden Befund zieht, dass die Klägerin ihre kündigungsbedingt freigestellten Mitarbeiter anderweitig verwendet und damit Erwerb erzielt haben muss.

Vor dem Hintergrund der von der Klägerin selbst eingeräumten Vollauslastung bewertet das OLG die nicht näher begründete Rechtsansicht der Klägerin, mit dem freigestellten Personal keinen anderweitigen Erwerb erzielt zu haben, zu Recht als unplausibel.⁹⁴ Eine Vergütungsklage kann in einer solchen Situation aber erst abgewiesen werden, wenn die Unternehmerin auf ihre unstimmige Position hingewiesen und ihr aufgezeigt wird, wie ihr AWE zu ermitteln ist. Die Begründung der Entscheidung⁹⁵ lässt befürchten, dass das nicht geschehen ist, denn die vom OLG aufgeführten fehlenden „Anknüpfungstatsachen“ wären nach der hier vertretenen Auffassung nicht geeignet gewesen, um den AWE zu ermitteln. Tatsächlich hätte die Klägerin darauf hingewiesen werden müssen, dass sie ihre EAL beziffern muss, also die Summe aller Arbeitszeiten, die in ihren NEL enthalten waren und die einer Kalkulation leicht entnommen werden können. Diese EAL hätte dann mit dem Kalkulationslohn multipliziert werden müssen. In diesem Ergebnis läge sodann der AWE der Klägerin, vorbehaltlich einer eingeschränkten Aktivierung der EAL⁹⁶ oder des Streits um die von der Klägerin vorgetragene Eingangsgrößen ihrer Berechnung. Es mag eine Ferndiagnose sein, gleichwohl erscheint es als sehr unwahrscheinlich, dass ein solchermaßen bezifferter AWE die gesamte Vergütung NEL mit Ausnahme des fünfprozentigen Sockels aus § 648 Satz 3 BGB aufgezehrt hätte. Dies war aber das Ergebnis in der Entscheidung des OLG Dresden.

3. OLG Brandenburg, Urt. v. 20.10.2022 – 12 U 37/21

In dieser Entscheidung kommt das OLG bei der Ermittlung des AWE einer Werkunternehmerin zu einem überzeugenden Ergebnis:

Es stellt zunächst den Gesamtbetrag der Arbeitsstunden fest, die die gekündigte Unternehmerin nach der Kündigung nicht mehr mit ihren Mitarbeitern erbringen muss,⁹⁷ also die EAL. Diesen Wert multipliziert es nach Einholung eines Sachverständigengutachtens mit den tatsächlichen Kosten, die der Klägerin für ihre Arbeitskräfte pro Stunde entstehen.⁹⁸ Den so ermittelten Betrag zieht es von der großen Kündigungsvergütung ab. Damit geht das OLG exakt so vor, wie nach der vorliegenden Untersuchung der AWE zu ermitteln ist, vorbehaltlich einer eingeschränkten Aktivierung der EAL.

Nicht ganz zutreffend ist die Etikettierung, unter der das OLG dies tut. Denn es bezeichnet den völlig zutreffend ermittelten Abzugsposten nicht als AWE, sondern als „ersparte Lohnkosten“. Nach der vorliegenden Untersuchung ist das nicht zutreffend, da das OLG selbst von fest angestellten Arbeitnehmern ausgeht, die die Unternehmerin nach der Kündigung weiterbeschäftigt und somit auch innerhalb der EVD weiterbezahlt hat.⁹⁹ Die Klägerin hat die Löhne ihrer Mitarbeiter somit nicht erspart. Auf Grundlage der Rentabilitätsvermutung sind die Löhne aber die Hilfsgröße, um den Mindestbetrag des (jedenfalls kostendeckenden) Umsatzes zu ermitteln, den die im Zweifel voll ausgelastete Klägerin mit ihren Arbeitskräften anderweitig erzielt hat. Deshalb ist das Ergebnis des OLG völlig zutreffend.¹⁰⁰

VII. Fazit

Bei der Klärung der Frage, ob ein Werkunternehmer nach der Kündigung des Vertrags anderweitigen Erwerb (AWE) erzielt hat, hilft der Begriff des „Füll-“ oder „Ersatzauftrags“ nicht weiter.

Der Begriff des anderweitigen Erwerbs kann nur sinnvoll angewendet werden, wenn vom Grundsatz der Vollauslastung des Unternehmers ausgegangen wird. Der AWE stellt sich als ein Produkt dar, das sich aus einem Wertansatz A und einem Zeitfaktor T zusammensetzt, es gilt also: $AWE = A \times T$. Bei Vollauslastung des Unternehmers entspricht der Zeitfaktor T dem Gesamtbetrag der kündigungsbedingt entfallenen Arbeitslast (EAL). Der Wertansatz A ist mit Hilfe einer Rentabilitätsvermutung zu ermitteln und beläuft sich im Zweifel auf die Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch die kündigungsbedingt freigesetzten Arbeitskräfte pro Stunde entstehen.

Im Rahmen der Abrechnung der großen Kündigungsvergütung obliegt dem Unternehmer die Erstdarlegung seines anderweitigen Erwerbs anhand dieser beiden Faktoren, genau wie ihm die Erstdarlegung der Abgrenzung von erbrachten und nicht erbrachten Leistungen sowie seiner ersparten Aufwendungen obliegt.

Liegt eine Vertragskalkulation vor, können ihr in aller Regel die Ausgangswerte für die Faktoren A und T entnommen werden. Andernfalls hat sie der Unternehmer aufgrund von Erfahrungswerten zu beziffern.

Behauptet der Unternehmer, er habe die entfallene Arbeitslast nur eingeschränkt oder überhaupt nicht für anderweitigen Erwerb nutzen können, so hat er diese Ausnahme vom Grundsatz seiner Vollauslastung im eigenen Interesse näher darzulegen. Dies kann durch die tabellarische Dokumentation der Einsatzlosigkeit seiner Arbeitskräfte geschehen. In einem Rechtsstreit obliegt die Würdigung und Bewertung des Zahlenwerks dem freien Ermessen des Gerichts.

*	Vorsitzender Richter am Kammergericht.
---	--

51	Die anderweitige Verwendung anderer Produktionsmittel, etwa Geräte oder Material, bleibt außer Betracht, vgl. oben II. 3 (Teil I), BauR 2023, 1036 (1041).
52	Retzlaff, BauR 2021, 330 ff.
53	Möglicherweise nimmt U die Kündigung zum Anlass, sein Personal zwischen mehreren parallel laufenden Baustellen neu zu disponieren.
54	Wenngleich die angenommene Vollauslastung jedenfalls in den letzten Jahren auch die betriebliche Realität vieler Unternehmen beschrieben haben dürfte.
55	Natürlich muss das nicht immer so sein. Auch für einen kaufmännisch handelnden Unternehmer kann die Annahme eines nicht auskömmlichen Vertragsangebots im Einzelfall sinnvoll sein.
56	Schließlich geht es um die Gehälter von Dritten, die nicht Partei des Rechtsstreits sind.
57	BGH, Beschl. v. 16.11.2016 – VII ZR 314/13; Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.08.2021 – 22 U 267/20.
58	Ggf. nach Hinzuziehung eines Sachverständigen.
59	BGH, Urt. v. 06.12.2018 – VII ZR 285/17, Rdnr. 33; Urt. v. 10.12.1986 – VIII ZR 349/85, Rdnr. 47; Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl., 2023, § 281 BGB, Rdnr. 23 m.w.N.
60	BGH, Urt. v. 06.12.2018 – VII ZR 285/17, Rdnr. 33 f.
61	BGH, Urt. v. 06.12.2018 – VII ZR 285/17, Rdnr. 34.
62	Wenngleich jahreszeitlich bedingte Schwankungen aufgrund von mildereren Wintern im Klimawandel zurückgehen dürften.
63	Was wegen des Grundsatzes der Vollauslastung vom Unternehmer darzulegen ist.
64	BGH, Urt. v. 19.09.2017 – VI ZR 530/16, Rdnr. 13 ff., Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 249 BGB, Rdnr. 65; jeweils m.w.N.
65	Dies kommt regelmäßig bei Architektenverträgen vor.
66	Wie oben unter IV. 2 a) bb).
67	Beachte: Es geht um den zusätzlichen Abzug von 20 % im Fall von A 2 und von 40 % im Fall von A 3. Die Marge von ebenfalls 20 %, die U mit A 1 erwirtschaftet, bleibt ihm unter der unkorrigierten Rentabilitätsvermutung erhalten. Denn danach wird eben nur vermutet, dass U mit A 2 die Kostendeckung einspielt (40 € im Beispiel 4), nicht aber auch die Marge von 20 %.
68	Allerdings: Ist der Besteller von A 1 zugleich auch Besteller von A 2 (vgl. Beispiel 6) kann er aus diesem Grund möglicherweise das Preisniveau von A 2 abschätzen.
69	BGH, Urt. v. 22.11.2007 – VII ZR 83/05; BFH, Urt. v. 26.08.2021 – V R 13/19.
70	BGH, Beschl. v. 16.11.2016 – VII ZR 314/13; Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.08.2021 – 22 U 267/20.
71	BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98.
72	BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, Rdnr. 17.
73	... bei der es wahr oder falsch geben kann.
74	So hat jedenfalls der Verf. diese Rechtsprechung verstanden, vgl. KG, Urt. v. 15.06.2018 – 21 U 140/17; ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.08.2021 – 22 U 267/20.
75	So verhält es sich in den meisten Fällen, in denen um eine große Kündigungsvergütung aus einem Bauvertrag (nicht: Architektenvertrag) gestritten wird.
76	Im Beispiel 4 gilt auf Grundlage der dortigen Kalkulation: Die gesamte Arbeitslast für die Erfüllung des Vertrags hatte U mit 1.000 Stunden kalkuliert, davon waren 60 % abgearbeitet, somit waren noch 40 % = 400 Stunden offen.
77	Vgl. dazu IV. 2.a) bb).

78	Retzlaff, BauR 2021, 335.
79	Vgl. oben III. 2.a) cc) (2) (Teil I).
80	... mit der er den Umsatz aus A 2 auch ohne die Kündigung von A 1 hätte erwirtschaften können.
81	Vgl. oben III. 2.a) cc) (2) (Teil I).
82	Allerdings vielleicht nur eingeschränkt, vgl. V.3.
83	... wie im Beispiel 4.
84	BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12, Rdnr. 21; Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, Rdnr. 17; zu nennen wäre ferner Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, Rdnr. 9; Urt. v. 06.03.1997 – VII ZR 47/96.
85	KG, Urt. v. 15.06.2018 – 21 U 140/17, Rdnr. 47 f.
86	KG, Urt. v. 15.06.2018 – 21 U 140/17, Rdnr. 51.
87	Die sonstigen Ausführungen in jener Entscheidung hält er allerdings weiterhin für zutreffend.
88	OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 66 f.
89	OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 67.
90	OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 72.
91	... wenngleich nicht immer.
92	Natürlich darf der Bestand an noch auszuführenden Aufträgen nicht so groß werden, dass der Unternehmer auch nach Aktivierung sämtlicher Kapazitäten (ggf. durch Einschaltung von Subunternehmern) die terminliche Flexibilität seiner Auftraggeber überdehnt, denn dann drohen ihm Schadensersatzansprüche.
93	OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 74.
94	OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 75 ff.
95	Vgl. insb. OLG Dresden, Urt. v. 29.06.2022 – 22 U 1689/20, Rdnr. 77.
96	... Dazu müsste die Klägerin zusätzlich zu Umsetzphasen oder fehlender Vollauslastung vortragen.
97	OLG Brandenburg Urt. v. 20.10.2022 – 12 U 37/21, Rdnr. 36 f.
98	OLG Brandenburg Urt. v. 20.10.2022 – 12 U 37/21, Rdnr. 40 ff.
99	... zumindest für die EVD.
100	Da es für die inhaltliche Richtigkeit der Berechnung nur auf die Zahlenwerte und das Ergebnis ankommt, hat der BGH es sogar ausdrücklich als unschädlich angesehen, wenn derartige anderweitiger Erwerb unter der Bezeichnung ersparter Aufwendungen abgezogen wird, vgl. BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, Rdnr. 13.

