

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja - nur zu EGr I

VOB/B (1979) § 6 Nr. 6

Zur Schadensermittlung gem. § 6 Nr. 6 VOB/B (1979),
wenn der Auftragnehmer durch vom Auftraggeber zu
vertretende Umstände behindert wird, gleichwohl aber
die vorgesehene Bauzeit einhält.

BGH, Urt. v. 20. Februar 1986 - VII ZR 286/84 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 286/84

URTEIL

(Schlußentscheidung)

Verkündet am

20. Februar 1986

Henco

Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,
R[]straße [], B[],
vertreten durch ihren Präsidenten Klaus H[],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [] -

g e g e n

1. die Ed. Z[] AG Niederlassung F[],
K[]allee [], F[],
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Dipl.-Ing. Dietrich L[] und das Vorstandsmitglied
Dipl.-Ing. Norbert J[], J[]straße [],
S[],
2. die D[] & W[] AG, Niederlassung N[],
Äußere S[] Straße [], N[],
vertreten durch die Vorstandsmitglieder
Dr. Hans-Joachim K[] und Dipl.-Ing. Jürgen
Sch[]-B[], S[], M[],
3. die A.H.I. - [],
Niederlassung N[], W[]straße [], N[],
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr.-Ing.
Werner H[] und Heinrich B[], S[],
Straße [], K[],
als unter der Bezeichnung Arbeitsgemeinschaft Neubau
S[] B[] Br[] gebildete Gesellschaft
bürgerlichen Rechts,

sämtliche Klägerinnen vertreten durch die Klägerin zu 1)
als Technische Geschäftsführung der Arbeitsgemeinschaft
Neubau S[] B[] Br[],

Klägerinnen, Berufungsklägerinnen
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte []
und [] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision der Beklagten wird das Teil- und Grundurteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 18. September 1984 in folgendem Umfang aufgehoben:

1. Im Kostenpunkt und insoweit, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerinnen 520.956,99 DM (Behinderungskosten einschließlich Mehrwertsteuer) nebst Zinsen zu zahlen.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Soweit die Beklagte verurteilt worden ist, 11.501,98 DM (11 % Mehrwertsteuer aus 104.563,47 DM) nebst Zinsen an die Klägerinnen zu zahlen und soweit die Klage wegen eines Betrages von 16.620,56 DM (11 % Mehrwertsteuer aus 151.095,97 DM) nebst Zinsen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist.



Unter teilweiser Abänderung des Berufungs-
urteils und des Urteils der Zivilkammer 9
des Landgerichts Berlin vom 5. Mai 1976
sowie unter Abweisung des auf Zahlung der
Mehrwertsteuer gerichteten Anspruchs und
unter Zurückweisung des weitergehenden Rechts-
mittels wird festgestellt, daß die Beklagte
verpflichtet ist, den Klägerinnen die Mehr-
wertsteuer zu ersetzen, die auf die Schadens-
ausgleichszahlungen der Beklagten an die
Klägerinnen erhoben wird.

II. Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die
Beklagte 1/10 der Gerichtskosten und 1/4 der
außergerichtlichen Kosten zu tragen.

Die Entscheidung über die restlichen Kosten
des Revisionsverfahrens wird dem Berufungs-
gericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerinnen, die in einer als Gesellschaft Bürgerlichen Rechts ausgestalteten Arbeitsgemeinschaft verbunden sind, haben für die Beklagte von Mitte 1970 bis Ende 1971 den Rohbau für ein Sanatorium in Bad B. erstellt. Dem Auftrag lag die VOB/B in der damals geltenden Fassung zugrunde. Mit der vorliegenden Klage haben die Klägerinnen Mehrkosten gegenüber dem Vertragspreis in Höhe von 985.731,58 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) zuzüglich Zinsen geltend gemacht. Zur Begründung tragen sie vor, die Beklagte habe ihnen die Schal- und Bewehrungspläne teilweise verspätet geliefert. Hierdurch sei es zu Störungen im Bauablauf gekommen, die erhebliche Mehrkosten verursacht hätten. Außerdem seien die Pläne teilweise fehlerhaft gewesen, weshalb sie - die Klägerinnen - im Interesse des Baufortschritts genötigt gewesen seien, die Pläne zu "korrigieren". Die Beklagte räumt zwar ein, daß es bei der Planversorgung Schwierigkeiten gegeben habe, meint aber, dieser Umstand habe sich nicht ausgewirkt, denn unstreitig sei die Bauzeit eingehalten worden. Für etwaige Plankorrekturen hätten die Klägerinnen keinen Auftrag gehabt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat wegen der Plankorrekturen die Klage in Höhe von (151.095,97 DM + 16.620,56 DM Mehrwertsteuer =) 167.716,53 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt;

im übrigen hat es die Beklagte zur Zahlung von (469.330,62 DM + 104.563,47 DM + 63.128,34 DM Mehrwertsteuer =) 637.022,43 DM (nebst Zinsen) verurteilt und in Höhe von 180.932,67 DM (nebst Zinsen) die Klage abgewiesen (siehe BauR 1985, 243 LS).

Mit ihrer Revision hat die Beklagte zunächst die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Durch Beschluß (Teilentscheidung) vom 5. Dezember 1985 hat der Senat die Revision nur insoweit angenommen, als die Beklagte verurteilt worden ist, Behinderungskosten (einschließlich Mehrwertsteuer) in Höhe von 520.956,99 DM nebst Zinsen sowie 11.501,98 DM Mehrwertsteuer aus 104.563,47 DM nebst Zinsen zu zahlen und die Klage wegen eines Betrages von 16.620,56 DM (Mehrwertsteuer aus 151.095,97 DM) nebst Zinsen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist.

In diesem Umfange verfolgt die Beklagte die Revision weiter, die die Klägerinnen zurückzuweisen bitten.

Entscheidungsgründe

I.

Nach der Behauptung der Klägerinnen haben die bei der Planversorgung der Baustelle aufgetretenen Schwierigkeiten dazu geführt, daß die kalkulierte Arbeitsstundenzahl überschritten worden ist. Die hierdurch entstandenen Mehrkosten beziffern die Klägerinnen auf 394.002 DM (zuzüglich Mehrwertsteuer). Außerdem sei durch die verzögerte Lieferung der Schal- und Bewehrungspläne eine Verschiebung im Bauablauf eingetreten, wodurch Leistungen später als geplant und damit zu höheren Preisen hätten erbracht werden müssen. Im einzelnen handelt es sich hierbei um tarifbedingte Lohnmehrkosten in Höhe von 77.687,88 DM und erhöhte Materialkosten in Höhe von 5.149,95 DM (alles zuzüglich Mehrwertsteuer).

Von diesen insgesamt 476.839,83 DM (zuzüglich Mehrwertsteuer) hat das Berufungsgericht den Klägerinnen 469.330,62 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer, also 520.956,99 DM, nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) zugesprochen. Es stellt fest, daß die Beklagte die üblichen Planvorlauf Fristen nicht eingehalten und damit die Behinderung zu vertreten habe. Zur Schadenshöhe hält es eine sogenannte abstrakte Schadensberechnung für zulässig. Die Verhältnisse auf Großbaustellen

- machten eine konkrete Schadensberechnung jedenfalls dann praktisch unmöglich, wenn der Auftragnehmer - wie hier - aufgrund zusätzlicher Maßnahmen die vorgesehene Bauzeit einhalte. In derartigen Fällen lasse sich ein konkreter Schaden nur dadurch nachweisen, daß die Behinderungen täglich möglichst in Gegenwart eines Sachverständigen aufgezeichnet würden. Dieser Weg sei aber so kostenintensiv, daß er als gangbare Lösung ausscheide. Es sei daher geboten, Behinderungsschäden auf Großbaustellen anhand baubetriebswirtschaftlicher Gutachten zu ermitteln. Hierbei biete das von dem Gerichtssachverständigen angewandte "Äquivalenzkostenverfahren" die größte Gewähr für die Ausschaltung von Unsicherheiten.

Die Revision meint demgegenüber, eine abstrakte Schadensberechnung sei unzulässig und macht im übrigen Bedenken gegen die vom Sachverständigen angewandte Methode geltend. Damit hat sie Erfolg.

1. a) Nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) = § 6 Nr. 6 VOB/B (1979) ist der nachweislich entstandene unmittelbare Schaden zu ersetzen, nicht aber der entgangene Gewinn, (dieser jetzt nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit). Schon der Wortlaut der Vorschrift spricht mithin für eine Schadensberechnung, bei der der Geschädigte im einzelnen darlegen muß, welche konkreten Mehrkosten ihm durch die Behinderung tatsächlich entstanden sind.

Auch der Umstand, daß der entgangene Gewinn (grundsätzlich) nicht zu ersetzen ist, legt diese Auslegung nahe. Zwar soll für Verzögerungsschäden an sich gehaftet werden; das Risiko des Ersatzpflichtigen soll jedoch in überschaubaren Grenzen gehalten werden (Senat BGHZ 65, 372, 376). Hiermit läßt sich eine Schadensberechnung nur schwer Vereinbaren, die einen von dem jeweiligen Fall weitgehend losgelösten, letztlich nur an allgemeinen Erfahrungssätzen orientierten und mithin unter Umständen gar nicht eingetretenen Schaden ermittelt. Zu ersetzen ist vielmehr nur der dem Geschädigten wirklich entstandene Schaden. Dementsprechend haben auch der Senat und das Schrifttum bisher immer gefordert, daß der Schaden im einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt werden muß (vgl. etwa Senatsurteil vom 15. Januar 1976 - VII ZR 52/74 = BauR 1976, 128, 130; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 6 Rdn. 48; Vygen, Bauvertragsrecht, Rdn. 665; Heiermann BB 1981, 876, 881; siehe auch Jagenburg NJW 1985, 2563, 2565 und Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzverwaltungen, Teil I § 6 B Anm. 3.2, wonach der entstandene Schaden im Einzelfall jeweils konkret nachgewiesen werden muß, a.A. Grieger BauR 1985, 524, 526; vgl. auch Clemm in Betrieb 1985, 2597).

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wird dadurch die Rechtsverfolgung des Geschädigten nicht unzumutbar erschwert. Auch die Verhältnisse auf Großbaustellen machen es nicht von vorneherein unmöglich, einen Behinderungsschaden konkret darzulegen. Im Rahmen der dort ohnehin üblichen Dokumentation des Bauablaufs in Form von Tagesberichten und dergleichen können die Behinderungen und die sich hieraus ergebenden Folgen, wie etwa "Leerarbeit" und "Leerkosten", mit festgehalten werden. Etwaige hierdurch entstehende Mehrkosten sind als Teil des Schadens vom Schädiger zu ersetzen. Gerade auf Großbaustellen kommt hinzu, daß dort häufig noch andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät bestehen, weshalb nicht jede Behinderung zwangsläufig zu entsprechenden Produktivitätseinbußen führen muß.

Schließlich erleichtert auch die Vorschrift des § 287 ZPO die Darlegungslast des Geschädigten. Denn danach darf die Klage nicht wegen lückenhaften Vorbringens abgewiesen werden, wenn der Haftungsgrund (hier: die von der Beklagten zu vertretenden Verzögerungen bei der Planversorgung der Baustelle) unstreitig oder bewiesen, ein Schadenseintritt zumindest wahrscheinlich ist und greifbare Anhaltspunkte für eine richterliche Schadensschätzung vorhanden sind (vgl. BGHZ 54, 45, 55).

c) Nach alledem besteht auch bei Verzögerungen auf Großbaustellen kein Anlaß, im Rahmen des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) = § 6 Nr. 6 VOB/B (1979) von dem Grundsatz abzuweichen, daß der Schaden konkret zu berechnen ist (so a. Clemm, a.a.O. S. 2599).

2. Den sich daraus ergebenden Anforderungen an ihre Darlegungslast haben die Klägerinnen genügt. Zwar haben sie es offensichtlich versäumt, während der Bauzeit die Behinderungen und die daraus folgende Mehrarbeit im einzelnen zuverlässig festzuhalten. Gleichwohl bietet ihre Schadensberechnung eine hinreichende Grundlage für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO, läßt eine solche Schätzung zumindest nicht von vorneherein als ausgeschlossen erscheinen (BGH aaO).

a) Hinsichtlich der Kosten für zusätzliche Arbeitsstunden haben die Klägerinnen zunächst die nach ihrer Kalkulation für die Durchführung des Bauvorhabens erforderliche Stundenzahl ermittelt und dieser dann die angeblich tatsächlich aufgewandten Stunden gegenübergestellt. Der auf diese Weise errechnete Mehraufwand von 23.850 Stunden ergibt multipliziert mit den behaupteten durchschnittlichen Kosten für 1 Stunde in Höhe von 16,52 DM die eingeklagte Summe von 394.002 DM. Jedenfalls im Ansatz sind die Klägerinnen mithin so verfahren, wie dies für eine schlüssige Schadensberechnung

nach der sogenannten Differenzhypothese im baurechtlichen Schrifttum allgemein gefordert wird (vgl. etwa Ingenstau/Korbion, aaO, B § 6 Rdn. 54; Vygen BauR 1983, 210, 414, 421).

Wenn ihre Berechnungsmethode auch in gewissem Maß pauschal ist, so ist damit ihr angeblicher Schaden doch hinreichend vorgetragen. Eine weitere Aufgliederung, etwa in dem Sinne, daß sie im einzelnen darlegen, an welchen Tagen genau welche Arbeitskräfte nicht voll beschäftigt waren und wieviel Arbeitskräfte deshalb an anderen Tagen zusätzlich notwendig waren, kann für eine schlüssige Klage im Hinblick auf die Vorschrift des § 287 ZPO von ihnen nicht ohne weiteres verlangt werden.

Entgegen der Ansicht der Revision ergeben sich auch daraus keine höheren Anforderungen an die Darlegungslast, daß die Bauzeit von den Klägerinnen letztlich eingehalten worden ist. Auch dann, wenn die durch Behinderungen verlorengegangene Zeit wieder aufgeholt wird, ist dies meist nur durch Einsatz zusätzlicher Arbeitskräfte, Maschinen und Geräte möglich. Wird dies von einem Auftragnehmer behauptet, dann ist damit grundsätzlich auch ein entsprechender Schaden schlüssig dargetan. Denn es spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) dafür, daß ein Arbeitgeber darauf

bedacht ist, sein Personal rentabel einzusetzen und es je nach den gegebenen Verhältnissen zu verringern oder zu vergrößern (vgl. BGH Urteil vom 19. September 1978 - VI ZR 201/77 = VersR 1979, 179, 180; Kammergericht (10. Zivilsenat) ZfBR 1984, 129, 131). Ein gegenüber dem kalkulierten - als angemessen anzusehender - erhöhter Aufwand beeinflusst demnach das Gesamtbetriebsergebnis und kann einen entsprechenden Schaden bewirken.

b) Auch zu den tarifbedingten Lohnmehrkosten haben die Klägerinnen genügend vorgetragen. Sie haben zunächst anhand der Planeingangsdaten die durch die Verzögerungen hervorgerufene zeitliche Verschiebung im Bauablauf ermittelt. Mit Hilfe dieser Meßzahl (1,82 Monate) haben sie dann diejenigen Lohnmehrkosten errechnet, die dadurch angefallen sein sollen, daß Bauleistungen später als geplant und damit auch zu höheren Tariflöhnen erbracht worden sind. In gleicher Weise sind sie hinsichtlich der Materialkosten verfahren.

c) Zusammenfassend ist der Revision zwar darin zuzustimmen, daß es bei einer sorgfältigeren Dokumentation des Bauablaufs grundsätzlich nicht ausgeschlossen erscheint, einen Behinderungsschaden genauer darzulegen, als dies die Klägerinnen getan haben. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Klage deshalb jedoch nicht wegen

lückenhaften Vorbringens abzuweisen, denn die vorge-
tragenen Tatsachen geben für das Gericht eine hin-
reichende Schätzungsgrundlage wenigstens für die
Ermittlung eines gewissen Mindestschadens ab (vgl.
BGH NJW 1964, 589 Nr. 2).

3. Zu Recht wendet sich die Revision jedoch dagegen,
daß sich das Berufungsgericht bei seiner Schätzung ein-
seitig an dem sogenannten Äquivalenzkostenverfahren
orientiert hat, das von dem gerichtlichen Sachverständi-
gen, einem Professor für Baubetriebswirtschaft, als
Lehrmeinung vertreten wird.

Allerdings kann die Schätzung eines Schadens
gemäß § 287 ZPO vom Revisionsgericht nur beschränkt
nachgeprüft werden (vgl. BGHZ 83, 61, 66 m.N.). Sie
ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der in der
Auswahl der Beweise und ihrer Würdigung freier gestellt
ist. Es erscheint daher auch keineswegs von vornherein
ausgeschlossen, daß sich ein Tatrichter seine Über-
zeugung anhand eines Gutachtens bildet, das den
Schaden losgelöst vom Einzelfall berechnet und ihm
somit gewisse Erfahrungswerte und Anhaltspunkte für
die Schätzung des wirklichen Schadens liefert. Auch
kann es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein,
den Tatrichter auf bestimmte Berechnungsmethoden zu
verpflichten (vgl. BGHZ 56, 214, 218). Die Entschei-
dung des Tatrichters ist jedoch daraufhin zu überprüfen,

ob sie auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht oder entscheidungserhebliche Tatsachen außer Acht gelassen hat. Einer solchen Überprüfung hält die Schadensermittlung des Berufungsgerichts nicht stand.

a) Ausgangspunkt des Äquivalenzkostenverfahrens ist der vom Auftragnehmer seiner Kalkulation zugrunde gelegte Bauablauf (Soll 1). Dem wird ein sogenannter störungsmodifizierter Bauablauf gegenübergestellt (Soll 3). Hierbei wird die Bauzeit ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Ist-Bauablauf festgestellt, also auch unter Vernachlässigung von etwa durchgeführten Beschleunigungsmaßnahmen. Es wird vielmehr eine Gesamtbauzeit ermittelt, zu der der Auftragnehmer gekommen wäre, wenn er unter Fortschreibung der Behinderungen und ihrer Auswirkungen "nach Vorschrift" gearbeitet hätte. Die Kosten dieser fiktiven Verlängerung - im vorliegenden Fall 5,95 Monate -, gerechnet auf der Basis der Angebotskalkulation, ergeben dann das "Äquivalent" für jene wirtschaftlichen Nachteile, die im Ist-Bauablauf durch die verzögerten Planlieferungen entstanden sind. Sie sollen mithin den Schaden darstellen (im einzelnen vgl. Gutsche, Bauwirtschaft, 1984, 1123, 1163, 1165 ff).

b) Bei dem Äquivalenzkostenverfahren handelt es sich demnach um eine sehr verallgemeinernde, vom Einzelfall losgelöste, weitgehend auf fiktiven Elementen beruhende Berechnungsmethode. Sie ist nur bedingt geeignet, dem Tatrichter die notwendige Überzeugung von dem Vorliegen eines Schadens zu vermitteln, der grundsätzlich konkret zu berechnen ist. Denn wenn auch eine Schätzung nach § 287 ZPO - notgedrungen - in gewissem Maß pauschalisieren muß und deshalb mit der Wirklichkeit vielfach nicht ganz genau übereinstimmt, so soll sie doch möglichst nahe an diese heranzuführen. Diesem Erfordernis wird eine Schätzung, die sich allein auf das Äquivalenzkostenverfahren stützt, jedenfalls im vorliegenden Fall nicht gerecht.

c) Unstreitig wurden die Bauarbeiten termingerecht Ende 1971 abgeschlossen. Gleichwohl enthalten die von dem Sachverständigen anhand der fiktiven Bauzeitverlängerung von knapp 6 Monaten errechneten Äquivalenzkosten einen Betrag für die - tarifbedingten - Lohn- und Gehalts-erhöhungen im Frühjahr 1972. Diesen Betrag hat das Berufungsgericht zu Recht nicht berücksichtigt, denn es handelt sich hierbei um Kosten, die der Klägerin mit Sicherheit nicht entstanden sind. Das Berufungsgericht hat dabei jedoch übersehen, daß dieselbe Überlegung noch auf weitere Kosten zutrifft, die der Sachverständige in seine Berechnungen miteinbezogen hat, wie etwa die

Erhöhung der Lohnnebenkosten durch die Lohn- und Gehaltserhöhungen vom Frühjahr 1972, die Vorhaltekosten für Großgeräte und Baubuden, die Lohnmehrkosten durch Leistungsminderungen im Winter 1971/72 und die Kosten für Heizung und Beleuchtung.

Es erscheint überhaupt zweifelhaft, ob die von dem Sachverständigen errechnete fiktive Bauzeitverlängerung von rund 6 Monaten im vorliegenden Fall eine taugliche Schätzungsgrundlage abgibt. Denn bei der Darlegung der Kosten für die Lohn- und Materialpreiserhöhungen sind die Klägerinnen selbst nur von einer zeitlichen Verschiebung im Bauablauf von 1,82 Monaten ausgegangen. Auch haben sie eingeräumt, daß teilweise nach ungeprüften Plänen gearbeitet worden ist, um die Verzögerungen im Bauablauf möglichst gering zu halten. Diese Umstände hätte das Berufungsgericht nicht unberücksichtigt lassen dürfen (siehe aber BU 33). Soweit ihre Bewertung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, kann notfalls mit einer besonders freien Schätzung geholfen werden (vgl. BGHZ 74, 221, 226).

Schließlich ist noch von Bedeutung, daß die Klägerinnen es offenbar versäumt haben, die angeblich durch die Behinderung entstandenen Mehrkosten bereits während der Bauabwicklung im einzelnen festzuhalten. Die sich hieraus bei der Schadensermittlung ergebenden Unsicherheiten

gehen demnach zu ihren Lasten. Im Zweifel wird sich daher die Schätzung eher an der unteren als an der oberen Grenze des wahrscheinlichen Schadens zu orientieren haben.

d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann nach alledem in dem vorerörterten Umfang nicht bestehen bleiben. Das Urteil muß wegen der Behinderungskosten von brutto 520.956,99 DM aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, Schadensersatzzahlungen nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) = § 6 Nr. 6 VOB/B (1979) unterlägen der Umsatzsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Zwar fielen Schadensersatzleistungen grundsätzlich nicht unter diesen Steuertatbestand. Etwas anderes gelte jedoch für Schadensersatzzahlungen, die den Gegenwert für eine Lieferung oder sonstige Leistungen an den Empfänger darstellten. So sei es im vorliegenden Fall, denn unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zusammenhänge führe der von der Beklagten zu zahlende Schadensersatz zu einer Erhöhung des von ihr den Klägerinnen geschuldeten Entgelts.

Das Berufungsgericht hat daher den Klägerinnen auf alle zuerkannten Beträge auch jeweils 11 % Mehrwertsteuer zugesprochen.

Hinsichtlich der Behinderungskosten von (einschließlich Mehrwertsteuer) 520.956,99 DM nebst Zinsen ist das Berufungsurteil aufgehoben worden. Dem Berufungsgericht bleibt daher überlassen, bei seiner erneuten Entscheidung auch über die zu diesen Kosten geforderte Mehrwertsteuer neu zu entscheiden.

Soweit das Berufungsgericht den Klägerinnen die Kosten für die Umstellung des Schalsystems zugesprochen hat, hat es ihnen neben dem Betrag von 104.563,47 DM, hinsichtlich dessen die Revision nicht angenommen worden ist, auch noch darauf 11.501,98 DM Mehrwertsteuer zuerkannt. Soweit es den Anspruch der Klägerinnen wegen der Plankorrekturkosten von netto 151.095,97 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, hinsichtlich dessen die Revision ebenfalls nicht angenommen worden ist, bezieht sich dieser Ausspruch des Berufungsgerichts auch auf die Mehrwertsteuer von 16.620,56 DM aus diesem Betrag.

Die gegen die Mehrwertsteuerbeträge von 11.501,98 DM und 16.620,56 DM gerichteten Angriffe der Revision sind insofern begründet, als die Klägerinnen derzeit nur eine entsprechende Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten verlangen können.

Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Mehrwertsteuer auf zuerkannte Beträge käme im gegenwärtigen Zeitpunkt allenfalls dann in Betracht, wenn feststünde, daß die Klägerinnen insoweit tatsächlich Mehrwertsteuer werden entrichten müssen. Das ist jedoch nicht der Fall.

1. Im baurechtlichen Schrifttum wird die Auffassung des Berufungsgerichts geteilt von Dähne (BauR 1978, 429, 433, Fn. 25). Zur Begründung beruft er sich auf die Entscheidung des Senats vom 6. Dezember 1973 (BGHZ 62, 15, 16/17), wonach es sich bei dem Anspruch auf Schadensersatz nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) letztlich um einen Anspruch auf eine zusätzliche, wegen der Behinderung und der daraus folgenden Mehraufwendungen angemessene Vergütung handelt (vgl. auch BGHZ 50, 25, 28; Kapellmann BauR 1985, 123, 124).

Demgegenüber vertritt der 10. Zivilsenat des Kammergerichts die Ansicht, die Schadensersatzzahlung gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B (1979) stelle keine Erhöhung des vertraglichen Leistungsentgelts dar. Der Geschädigte erhalte diese Zahlung weder für die vereinbarte Bauleistung noch für zusätzliche Leistungen. Ihm würden lediglich die Vermögensnachteile ersetzt, die er infolge der Behinderungen bei der Erbringung seiner Leistung erlitten habe (KG ZfBR 1984, 129, 132).

2. Rechtsprechung der Finanzgerichte gibt es, soweit ersichtlich, zu der Frage noch nicht. Auch anhand der bisherigen Rechtsprechung und der Fachliteratur zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG läßt sich nicht eindeutig beantworten, ob die Schadensersatzleistungen gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B (1979) steuerbares Entgelt sind.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG ist eine von einem Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens erbrachte Leistung nur dann steuerbar, wenn ihr eine Gegenleistung, das Entgelt (§ 10 UStG), gegenübersteht. Es muß ein Austausch von Leistungen stattfinden, wobei die Leistungen in einem bestimmten inneren Zusammenhang stehen müssen (vgl. BFH UStR 1981, 147). Wie dieser Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung im Einzelfall beschaffen sein muß, ist umstritten (vgl. etwa die Auseinandersetzung zwischen Tehler und Eberhard Weiss, DStR 1983, 215 ff. 505 f).

Bei dem vorliegenden Sachverhalt dürfte die umsatzsteuerliche Problematik darin liegen, daß die zusätzlichen Zahlungen der Beklagten zwar in einem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem Bauvertrag stehen, aber - ähnlich Verzugszinsen (hierzu EuGH UStR 1982, 159, 162 = NJW 1983, 505) - letztlich unfreiwillig erfolgen. Nach Weiss (UStR 1982, 162, 163) handelt es sich bei solchen unfreiwilligen zusätzlichen Zahlungen um eine nicht steuerbare Schadensersatzleistung.

3. Es ist daher zumindest zweifelhaft, ob den Klägerinnen überhaupt ein Schaden in Form einer entsprechenden Umsatzsteuerschuld entstehen wird. Ihrem hierauf gerichteten Leistungsantrag kann somit derzeit nicht stattgegeben werden. Sie haben insoweit nur einen Anspruch auf Feststellung der Leistungspflicht der Beklagten; diese Feststellung zu treffen, ist der Senat bereits jetzt in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO; zur Zulässigkeit eines Feststellungsausspruchs, auch wenn nur ein Leistungsantrag gestellt ist, vgl. BGH NJW 1984, 2295).

III.

Das Revisionsgericht kann bislang nur über diejenigen Kosten des Revisionsverfahrens entscheiden, die dem in der Revisionsinstanz endgültig erledigten Teil des Streitstoffes entsprechen. Dieser Teil der Kosten ist gemäß §§ 92, 97 ZPO der Beklagten aufzuerlegen. Über die

restlichen Kosten des Revisionsverfahrens hat das
Berufungsgericht - wie über die gesamten Kosten des
ersten und zweiten Rechtszuges - bei seiner neuen
Entscheidung zu befinden.

Girisch

Doerry

Bliesener

Oberhaus

Walchshöfer