



BVMB-Beraterteam-Info

Ausgabe 4/2010



**Abbau Leiharbeit/
betriebsbedingte
Kündigung**
RA Volker Mecking



„Anderweitiger Erwerb“
Prof. Dr. Horst Dieter Supe



VOB/A § 8 Nr. 1
Dipl.-Ing. (FH) Michael Floerecke



Steuer-News
StB Dipl.-Finanzwirt Michael Seifert

**Gemeinsam
hinterlassen wir Spuren**

Bundesvereinigung
Mittelständischer Bauunternehmen e.V.



Zum Umgang mit dem Begriff „anderweitiger Erwerb“ in Vergütungsberechnungen

Anderweitiger Erwerb: ein von der vereinbarten Vergütung eines Werkvertrages abzusetzender Betrag, wenn versprochene Leistungen dieses Vertrages grundlos gekündigt, abgemindert oder durch Annahmeverzug des Auftraggebers behindert oder unterbrochen werden.

Dem Auftraggeber zuzurechnende Leistungsminderungen

Bei der Baudurchführung kommt es immer wieder vor, dass

- Auftraggeber Bauverträge ganz oder teilweise grundlos nach §§ 649 BGB/ 8 Nr. 1 VOB/B kündigen,
- im Bauvertrag angegebene Vordersätze einzelner Positionen überhöht sind und deshalb nicht vollständig ausgeführt werden, was einer Teilkündigung gleichkommt,
- die Bauausführung durch Annahmeverzug des Auftraggebers im Sinne des § 642 BGB behindert oder unterbrochen wird.

Schadloshaltung des Auftragnehmers

Damit diese Vorkommnisse beim Auftragnehmer nicht zu Vermögensnachteilen führen, behält er aufgrund der vorgenannten Paragraphen grundsätzlich seinen Anspruch auf die für die Gesamtbauleistung zu zahlende Vergütung. Dieser jedoch abgemindert um das, was er infolge der vorgenannten leistungsmindernden Eingriffe in den Bauproduktionsprozess erspart hat und er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§§ 649 BGB/8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) bzw. durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (§ 642 Abs. 2 BGB).

Anderweitiger Erwerb – was ist das?

Bei der Bestimmung des durch die vorgenannten Fälle eingeschränkten Vergütungsanspruchs ist anderweitiger Erwerb vergütungsmindernd zu berücksichtigen, wie es der Wortlaut der §§ 642 und 649 BGB sowie Nr. 8 VOB/B fordert. Zur richtigen Handhabung des Begriffs „anderweitiger Erwerb“ muss geklärt werden, ob **anderweitig** lediglich ein Synonym für „woanders, anderswo, sonst wo“ ist und das Begriffspaar **anderweitiger Erwerb** im juristischen Kontext eine spezielle Bedeutung hat und deshalb eine besondere Handhabung erfordert.

Anderweitiger Erwerb ist nicht alles, was Auftragnehmer auf anderen Baustellen durch Einsatz der infolge der Kündigung, Mengenreduktion und Annahmeverzug freigesetzter Arbeitskräfte und Betriebsmittel erwerben.

Anderweitiger Erwerb – nur Erlös aus Füllaufträgen

Anderweitiger Erwerb ist der Erlös aus Bauleistungen aus Aufträgen, die nur deshalb ausgeführt werden können, weil zuvor eine ordentliche Kündigung erfolgt ist, nur Teilmengen der vertraglichen Vordersätze ausgeführt werden und Leistungsstörungen aus dem Verantwortungs-Risikobereich mit der Folge von Annahmeverzug eingetreten sind. Voraussetzung für anderweitigen Erwerb ist, dass ein ursächlicher – kausal-adäquater – Zusammenhang zwischen Kündigung, Minderleistung und Annahmeverzug einerseits und der anderweitigen Ertrag bringenden Beschäftigung andererseits besteht. Der Auftragnehmer muss ausschließlich durch die vorgenannten leistungstörenden Umstände in die Lage versetzt worden sein,

Bauleistungen mit den dadurch freigewordenen Produktionsfaktoren außerhalb des gestörten Bauvertrages als so genannte „Füllaufträge“ zu erbringen.

Alle bereits vor den leistungsstörenden Umständen in Angriff genommene Bauaufträge und auch jene Aufträge, die der Auftragnehmer aufgrund seiner auch ohne die leistungsstörenden und kapazitätsfreisetzen den Einflüsse bisher nicht hinreichend ausgelasteten Baukapazitäten übernimmt, sind keine Füllaufträge sondern „Sowieso-Aufträge“.

Darlegungs- und Beweislastregelung

Zur Berücksichtigung des anderweitigen Erwerbs bei der Berechnung der Kündigungsvergütung ist in dem von Bruno Eplinius verfassten und im Carl Heymanns Verlag Berlin bereits 1931 erschienenen VOB-Kommentar „Der Bauvertrag“ auf Seite 81 zu lesen:

„Ob der U. durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes etwas erworben hat und der Erwerb ihm in Anrechnung zu bringen ist, wird häufig zweifelhaft sein, weil der U. regelmäßig seinen Betrieb nicht nur für einen einzigen Auftrag unterhält. Will der B. den Ertrag anderweiter Verwendung der Arbeitskraft und des Betriebes des U. diesem in Anrechnung bringen, so hat er im Streitfalle nachzuweisen, dass der U. ohne seine Kündigung die anderweite Tätigkeit nicht auszuführen in der Lage gewesen ist.“

Die primäre Darlegungslast im Zuge der Geltendmachung der Kündigungs- und Entschädigungsvergütung bei Vorhandensein anderweitigen Erwerbs liegt beim Auftragnehmer; er muss den Abzug der Höhe nach beziffern. Behauptet der Auftraggeber höheren als vom Auftragnehmer von der vereinbarten Vergütung in Abzug gebrachten anderweitigen Erwerb, ist der Auftraggeber in vollem Umfang dafür beweispflichtig.

Aus der Praxis – für die Praxis

Wenn Auftragnehmer die vertragsrechtlichen Chancen zu nutzen versuchen, aufgrund ordentlicher Kündigung und Annahmeverzug Kündigungs- und Entschädigungsvergütung geltend zu machen, unterstellen Auftraggeber in aller Regel anderweitigen Erwerb aus Bauleistungen, die dank der durch Kündigung und Annahmeverzugs freigesetzten Baukapazitäten auf anderen Baustellen erbracht werden bzw. hätten erbracht werden können.

Ansprüche auf Kündigungs- und Entschädigungsvergütung werden infolge dessen zurückgewiesen, wenn/weil sie keinen der Höhe nach bezifferten Posten „anderweitiger Erwerb“ enthalten, obwohl die infolge Kündigung und Annahmeverzug freigewordenen Baukapazitäten auf anderen Baustellen eingesetzt wurden.

Angesichts dieses Auftraggebergebarens wird den Auftragnehmern nachdrücklich empfohlen, bereits bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche darauf hinzuweisen, dass anderweitiger Erwerb

- nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist,
- bei unterbeschäftigten Baukapazitäten allenfalls ausnahmsweise in Betracht kommt,
- nur bei Füllaufträgen in Ansatz zu bringen ist und
- vom Auftraggeber behaupteter anderweitiger Erwerb sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von ihm dazulegen und zu beweisen ist.

von Prof. Dr.-Ing. Horst Dieter Supe, Institut für Nachtragsmanagement, Abrechnung und Betriebsberatung, Mitglied des BVMB-Berater-teams



**Bundesvereinigung Mittelständischer
Baunternehmen e.V. (BVMB)**

Kaiserplatz 3

53113 Bonn

Tel. 0228 91185-0

Fax 0228 91185-22

E-Mail: info@bvmb.de

www.bvmb.de

**Gemeinsam
hinterlassen wir Spuren**

Bundesvereinigung
Mittelständischer Baunternehmen e.V.

