
Datum: 22.11.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 714/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:1122.8SA714.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 3 Ca 673/11
Schlagworte: Haftung des Arbeitnehmers/ Kalkulationsfehler/ Schadensersatz/
negatives Interesse/ Allgemeinkosten/ Rentabilitätsvermutung/
Widerlegung
Normen: §§ 280, 249 BGB
Leitsätze:

Haftung des Arbeitnehmers für Fehler bei der Kalkulation eines
Bauvorhabens.

1. Hätte der Arbeitgeber bei korrekter Kalkulation den übernommenen Auftrag zu einem höheren Angebotspreis nicht erhalten, kommt als Grundlage der Schadensberechnung allein das negative Interesse in Betracht.

2. Macht der Arbeitgeber geltend, die Übernahme des fehlerhaft kalkulierten Auftrages habe nicht einmal die allgemeinen Geschäftskosten vollständig gedeckt, ohne den fehlerhaft kalkulierten Auftrag hätte er einen zumindest kostendeckenden Ersatzauftrag übernommen, so spricht hierfür zwar grundsätzlich eine Rentabilitätsvermutung. Diese kann jedoch erfolgreich durch den Vortrag gegenteiliger Anhaltspunkte widerlegt werden, so, wenn in Zeiten schwacher Baukonjunktur andere Anbieter ihre Leistungen unter Preis anbieten. Für diesen Fall bedarf es zum Nachweis des Schadens der Darlegung eines konkreten Ersatzauftrages zu auskömmlichen Preisen.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 18.04.2012 – 3 Ca 673/11 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Urteilstenor zu Ziffer 1 nach Neufassung des Klageantrags wie folgt lautet:

Es wird festgestellt, dass der Beklagten gegenüber dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem von der Beklagten ausgeführten Bauvorhaben „G2“ in L1 auch über den mit der Widerklage geltend gemachten Umfang hinaus – soweit nicht ohnehin rechtskräftig abgewiesen – nicht zusteht.

2. Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Mit seiner negativen Feststellungsklage wendet sich der Kläger, welcher im Betrieb der Beklagten als Diplom-Ingenieur und zuletzt als Leiter der Niederlassung D1 tätig war und auf eigenen Wunsch mit Wirkung zum 30.06.2011 aus dem Unternehmen ausgeschieden ist, gegen den von der Beklagten erhobenen Vorwurf arbeitsvertraglicher Schlechtleistung und diesbezüglicher Schadensersatzansprüche. Widerklagend nimmt die Beklagte, die sich insbesondere mit der Erbringung von schlüsselfertigen Bauleistungen für Industrie und Gewerbe befasst, den Kläger auf Zahlung von Schadensersatz mit der Begründung in Anspruch, der Kläger habe das von der Beklagten gemeinsam mit der Fa. Q1 abgegebene und mit Generalunternehmervertrag vom 17.08.2010 übernommene Bauvorhaben „G2“ jedenfalls hinsichtlich einzelner der von der Beklagten übernommenen Hochbau-Gewerke derart fehlerhaft kalkuliert, dass nicht allein der erwartete Gewinn ausgeblieben, sondern ein wirtschaftlicher Verlust entstanden sei, da durch den Erlös nicht einmal die allgemeinen Geschäftskosten vollständig gedeckt seien.

2

Hierzu behauptet die Beklagte: Zum einen sei der Kläger bei der Kalkulation der Gewerke Betonfertigteile, Dach- und Trapezblecharbeiten, Flachdachabdichtung/Flachdachdämmung und Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär von zu geringen Kosten der Auftragsvergabe an die Nachunternehmer ausgegangen und habe auf dieser Grundlage einen überhöhten „Einkaufserfolg“ in Höhe von 11,1355 % in die Kalkulation eingestellt. Ein „Vergabegewinn“ in dieser Höhe habe sich jedoch nicht realisieren lassen. Ferner habe der Kläger anstelle des üblichen und ihm vorgegebenen Prozentsatzes von 7,6 % für allgemeine Geschäftskosten lediglich einen Prozentsatz von 7,1662 % in die Kalkulation aufgenommen. Schon aufgrund dieser unrealistischen Annahmen habe sich eine Unterdeckung ergeben. Zum anderen seien erhebliche Zusatzkosten dadurch angefallen, dass der Kläger u.a. beim Gewerk Betonfertigteile einzelne Positionen vergessen und aufgrund eines veralteten Angebots die Preise für Betonstahl zu niedrig kalkuliert habe. Auch beim Gewerk Dach- und Trapezblecharbeiten seien dem Kläger gravierende Fehler unterlaufen, in dem er erheblich

3

zu niedrige Quadratmeterzahlen zugrunde gelegt habe. In Bezug auf das Gewerk Flachdachabdichtung/Flachdachdämmung sei es aufgrund fehlerhafter Kalkulation zu erheblichen Mehrkosten gekommen, bei den Gewerken Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär habe der Kläger als gesamtverantwortlicher Kalkulator diverse Positionen vergessen. Erstinstanzlich hat die Beklagte hieraus einen Schaden in Höhe von ca. 240.000,-- € errechnet und vorgetragen, hierfür müsse der Kläger unter Berücksichtigung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung jedenfalls mit dem eingeklagten Betrag von 179.912,75 € einstehen. Soweit der Kläger einwende, dass die Beklagte bei vermeintlich korrekter Kalkulation den betreffenden Auftrag zu einem höheren als dem angebotenen und vereinbarten Preis nicht erhalten haben würde, sei ihr gleichwohl ein Vermögensschaden entstanden, da sie grundsätzlich keine Aufträge unter Hinnahme von Verlusten übernehme.

Demgegenüber hat der Kläger jedwede arbeitsvertragliche Pflichtverletzung sowie einen Vermögensschaden der Beklagten bestritten. Tatsächlich gehe es der Beklagten allein darum, seinen Wechsel zu einem Wettbewerber zu sanktionieren. Soweit ihm die Beklagte vorwerfe, er habe bei der Kalkulation zum einen überhöhte Einkaufsgewinne und zum anderen zu geringere allgemeine Geschäftskosten berücksichtigt, sei dies zum einen unzutreffend, da es keine verbindlichen Vorgaben zur Höhe der allgemeinen Geschäftskosten gegeben habe und der angenommene Einkaufsvorteil mit dem Geschäftsführer J1 H1 D2 abgesprochen gewesen sei. Zum anderen sei es letztlich vollkommen gleichgültig, ob für die eine Position ein höherer und für die andere Position ein geringerer Prozentsatz in Ansatz gebracht werde. Letztlich habe die Bietergemeinschaft den Auftrag nur erhalten, weil die Beklagte gegen eine geringfügige Erhöhung der Angebotssumme von 3.995.000 auf 4 Millionen € die Kühlung der Büroräume im Wert von 65.000,-- € mit übernommen habe. In Anbetracht dieses Preisnachlasses komme es auf die angeblich zu geringe Kalkulation von allgemeinen Geschäftskosten und eine vermeintlich überhöhte Bewertung von Einkaufsvorteilen nicht an. Weiter nimmt der Kläger im Einzelnen zu den erhobenen Vorwürfen Stellung, er habe bei der Kalkulation der genannten vier Gewerke unzutreffende Maße zugrunde gelegt und bestimmte Positionen vergessen. In rechtlicher Hinsicht hält der Kläger dem Beklagtenvortrag entgegen, schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten liege ein ersatzfähiger Schaden nicht vor. Auf der Grundlage eines höheren Angebotspreises würde die Beklagte den Auftrag für das Bauvorhaben G2 ohnehin nicht erhalten haben, wie sich aus der Gewährung des indirekten Preisnachlasses im Zusammenhang mit der Kühlung der Büroräume ergebe. Ebenso wenig könne die Beklagte mit dem Vortrag durchdringen, wegen der behaupteten Kalkulationsfehler schließe das Vorhaben mit einem Verlust ab. Abweichend vom Vortrag der Beklagten sei - bezogen auf die Gesamtabrechnung des Bauvorhabens - mit einem positiven Ergebnis in Höhe von ca. 322.000,-- € zu rechnen. Selbst auf der Grundlage der von der Beklagten vorgelegten Prognose gemäß der Anlage 12 zur Berufungsbegründung zeige sich, dass das Vorhaben trotz sämtlicher aufgeführten – ohnehin nicht dem Kläger anzulastender – Mehrkosten ohne Verlust abgeschlossen werde. Zu Unrecht mache die Beklagte geltend, bei der Schadensberechnung seien auch die allgemeinen Geschäftskosten (AGK) in die Berechnung einzubeziehen. Tatsächlich handele es sich hierbei um „Sowieso-Kosten“, welche auch angefallen wären, wenn die Beklagte von der Übernahme des angeblich falsch kalkulierten Auftrages Abstand genommen hätte. Entgegen dem Standpunkt der Beklagten schließe danach der Auftrag nicht mit dem in der Anlage 12 genannten Verlust von ca. 245.000,-- € ab, im Gegenteil werde durch die genannte Anlage belegt, dass immerhin ein Teil der allgemeinen Geschäftskosten vom Ergebnis des Bauvorhabens gedeckt sei. Auch der weitere Vortrag der Beklagten, sie würde, sofern sie das Bauvorhaben G2 nicht ausgeführt hätte, nicht etwa untätig geblieben sein, sondern einen anderen, zumindest kostendeckenden Auftrag ausgeführt haben, sei nicht geeignet, den behaupteten Verlust zu belegen. Ein konkretes Vorhaben, welches alternativ gewinnbringend

habe realisiert werden können, habe die Beklagte nicht aufzeigen können, weswegen es sich bei dem Vorbringen der Beklagten um reine Spekulation handle. Schließlich führe auch der weitere Einwand der Beklagten nicht weiter, sie hätte, sofern sie von der Durchführung des Vorhabens G2 Abstand genommen und auch keinen anderen Auftrag erlangt hätte, zumindest Personalkosten für vier Beschäftigte eingespart, welche sie ohne das Bauvorhaben G2 nicht benötigt hätte. Insoweit fehle es jedenfalls am Kausalzusammenhang zwischen der Einstellung der genannten Personen und den anfallenden Aufgaben beim Bauvorhaben G2. Der angeblich für das Projekt eingestellte Kalkulator sei zusätzlich für andere Objekte eingestellt worden, bei den übrigen neu eingestellten Personen handle es sich um Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene Kräfte. Nachdem sich die Beklagte vorprozessual auf einen noch höheren als den mit der Widerklage geltend gemachten Schaden berufen habe, sei auch die erhobene negative Feststellungsantrag zulässig und begründet.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt 5

1. festzustellen, dass der Beklagten gegenüber dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem von der Beklagten ausgeführten Bauvorhaben „G2“ in L1 auch über den mit der Widerklage geltend gemachten Umfang nicht zusteht, 6

2. die Widerklage abzuweisen. 7

Die Beklagte hat beantragt 8

1. die Klage abzuweisen, 9

2. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 179.912,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 10

Durch Urteil vom 18.04.2012 (Bl. 295 ff. d. A.), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht antragsgemäß festgestellt, dass der Beklagten gegenüber dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem von der Beklagten ausgeführten Bauvorhaben „G2“ in L1 auch über den mit der Widerklage geltend gemachten Umfang hinaus nicht zusteht. Weiter hat es die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der beanstandeten Berechnung der allgemeinen Geschäftskosten mit 7,1662 % und den erwarteten Einkaufserfolgen von ca. 11,14 % sei nicht zu erkennen, zumal nicht der Kläger allein, sondern der Geschäftsführer D2 am Vertragsschluss beteiligt gewesen sei. Ebenso wenig könne dem Kläger vorgeworfen werden, er habe in Bezug auf die Gewerke Betonfertigteilelemente und Dach- und Trapezblecharbeiten bei der Kalkulation veraltete Angebote zugrunde gelegt und zu erwartende Preissteigerungen unberücksichtigt gelassen. Soweit die Beklagte dem Kläger vorwerfe, er habe bei der Kalkulation des Gewerks Dach- und Trapezblecharbeiten unzutreffende Maße zugrunde gelegt, könne dem Kläger allein vorgeworfen werden, dass er es versäumt habe, fehlerhafte Massenangaben eines Kalkulators ungeprüft übernommen zu haben, insoweit sei nur von einer leichtesten Fahrlässigkeit auszugehen. Schließlich liege auch in Bezug auf die Kalkulation des Gewerks Flachdachabdichtung/Flachdachdämmung eine Pflichtverletzung des Klägers nicht vor. Dem Vorbringen des Klägers, der Kalkulation habe eine ganz andere Bauausführung als später realisiert, zugrunde gelegen, sei die Beklagte nicht entgegengetreten. Unabhängig vom Fehlen haftungsbegründender Pflichtverletzungen des Klägers sei im Übrigen zu beachten, 11

dass ein Schaden der Beklagten nur angenommen werden könne, wenn der Generalunternehmervertrag bei richtiger Kalkulation zu günstigeren Bedingungen hätte abgeschlossen werden können oder die Beklagte vom Abschluss des Generalunternehmervertrages Abstand genommen hätte.

Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung hält die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens an ihrem Standpunkt fest, infolge der vorwerfbar fehlerhaften Kalkulation des Vorhabens sei ihr ein erheblicher Vermögensschaden entstanden, welcher sich jedenfalls auf den zuletzt noch mit der Widerklage geforderten Betrag von 102.111,45 € belaufe. Weder habe das Arbeitsgericht die eigenmächtige zu geringe Kalkulation der allgemeinen Geschäftskosten noch die überhöhte Kalkulation des Einkaufsvorteils hinsichtlich der Nachunternehmerpreise zutreffend gewürdigt, noch treffe die Annahme des Arbeitsgerichts zu, der Geschäftsführer D2 habe diese Umstände erkennen müssen und mit verantwortlich. Soweit es die kalkulatorischen Fehlleistungen des Klägers hinsichtlich einzelner Gewerke betreffe, habe das Arbeitsgericht den Sachverhalt nur unvollständig gewürdigt. Nicht in Abrede gestellt werden solle allerdings, dass die Beklagte möglicherweise den Zuschlag für das Bauvorhaben nicht erhalten haben würde, wenn der Kläger sorgfältig kalkuliert und einen entsprechend höheren Angebotspreis ermittelt hätte. Für diesen Fall hätte sich die Beklagte um andere Bauprojekte gekümmert und diese Projekte intensiver verfolgt, als sie es tatsächlich getan habe. Die Hereinnahme von Verlustaufträgen scheide demgegenüber grundsätzlich aus. Dementsprechend habe der Kläger jedenfalls für den Schaden einzustehen, welcher der Beklagten daraus entstanden sei, dass das Vorhaben G2 nicht einmal die angefallenen allgemeinen Geschäftskosten abgedeckt habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 18.04.2012 – 3 Ca 673/11 – abzuändern und

1. die Klage abzuweisen,

2. auf die Widerklage den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 102.112,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Der Kläger passt seinen negativen Feststellungsantrag der beschränkten Berufungseinlegung durch Beifügung des Zusatzes „soweit nicht ohnehin rechtskräftig abgewiesen“ an und beantragt im Übrigen

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil steht der Beklagten weder die bezifferte Widerklageforderung noch ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch aus dem Bauvorhaben G2 zu, weswegen auch die vom Kläger verfolgte negative Feststellungsklage begründet ist.

I. Die auf Zahlung von Schadensersatz gerichtete Widerklage ist unbegründet.

Auch wenn zugunsten der Beklagten als wahr unterstellt wird, dass der Kläger bei der Kalkulation der vier Gewerke Betonfertigteile, Dach- und Trapezblecharbeiten, Flachdachabdichtung/Flachdachdämmung und Heizung/Sanitär/Lüftung seine arbeitsvertraglichen Pflichten vorwerfbar verletzt hat und aufgrund dessen „Unterdeckungen“ in Bezug auf diese Gewerke entstanden sind, lässt sich ein ersatzfähiger Schaden der Beklagten und Widerklägerin nicht feststellen.	24
1. Die Feststellung eines Vermögensschadens im Sinne der §§ 280, 249 BGB erfolgt nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Schadensersatzrechts, welche auch die Beklagte nicht infrage stellt, durch Gegenüberstellung zweier Vermögenslagen (Differenzhypothese). Hierbei ist die gegenwärtige Vermögenslage des Anspruchstellers zu vergleichen mit der Vermögenslage, welche ohne die Pflichtverletzung des Schuldners bestünde. Als Gegenstand der Ersatzforderung kommt danach das „positive Interesse“ in Betracht, wenn der Anspruchsteller erfolgreich geltend machen kann, dass sich seine Vermögenslage ohne das schädigende Ereignis besser als gegenwärtig darstellen würde, insbesondere ein Gewinn erzielt worden wäre. Weiter kommt als Gegenstand des Schadens auch eine Vermögensverschlechterung in Betracht („negatives Interesse“), wenn ohne das schädigende Ereignis die gegenwärtige Vermögensminderung ausgeblieben wäre. Schließlich kann zur Darlegung eines Schadens auch auf eine Kombination der vorstehenden Begründungsansätze zurückgegriffen werden, wenn der Anspruchsteller geltend macht, dass er das verlustbringende Geschäft nicht und stattdessen ein gewinnbringendes oder jedenfalls weniger verlustreiches Geschäft abgeschlossen haben würde.	25
2. Unter Anwendung dieser Grundsätze kann ein Vermögensschaden der Beklagten nicht festgestellt werden.	26
a) Nachdem die Beklagte ursprünglich mit der Geltendmachung von „Vergabeverlusten“ einen Vermögensschaden im Sinne entgangenen Gewinns geltend gemacht hat, ist zuletzt zwischen den Parteien unstreitig geworden, dass die Beklagte bzw. die Bietergemeinschaft den Auftrag für das Bauvorhaben G2 im Zweifel nicht zu einem höheren als dem zuletzt angebotenen Preis von vier Millionen € erhalten hätte. Auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens wären bei korrekter Kalkulation höhere Preise für die betreffenden Nachunternehmerleistungen in Ansatz zu bringen gewesen, gleiches gilt für den Vortrag zu den fehlerhaft zu gering kalkulierten allgemeinen Geschäftskosten und die bei der Kalkulation „vergessenen“ und falsch berechneten Positionen. Zu dem korrekt kalkulierten Preis hätte die Beklagte damit den Auftrag gar nicht erhalten, zumal – wie der Kläger mit Schriftsatz vom 07.02.2012 (Bl. 244 d. A.) unwidersprochen vorgetragen hat – dem Auftraggeber sogar ein Angebot der Fa. G1 Bau aus B2 mit einem geringeren Preis vorlag. Folgerichtig hat die Beklagte zuletzt ausdrücklich klargestellt, dass sie vom Kläger Schadensersatz nicht unter dem Gesichtspunkt des „positiven Interesses“ fordert, vielmehr geltend machen will, dass sie einen Verlust erlitten hat, welcher ihr bei korrekter Kalkulation erspart geblieben wäre, weil sie einen derart verlustbringenden Auftrag gar nicht übernommen hätte.	27
b) Auch unter dem Gesichtspunkt des „negativen Interesses“ führt die von der Beklagten und Widerklägerin vorgenommene Schadensberechnung nicht zum gewünschten Erfolg.	28
(1) Dies gilt ohne weiteres, wenn – ohne die hypothetische Berücksichtigung von „Ersatzaufträgen“ - allein auf die Vermögenslage der Beklagten abgestellt wird, welche ohne die Übernahme des Bauvorhabens G2 bestünde.	29
(a) Nach Auffassung der Beklagten (Schriftsatz vom 22.12.2011, S. 5) soll sich eine Vermögenseinbuße - und zwar ohne Berücksichtigung der Problematik allgemeiner	30

Geschäftskosten, auf welche gesondert einzugehen ist - schon unmittelbar aus der Fehlkalkulation der vier Gewerke Betonfertigteile, Flachdachabdichtung, Dach- und Trapezblecharbeiten sowie Heizung/Lüftung/Sanitär ergeben, demgegenüber sei die Tatsache nicht relevant, dass in den anderen Gewerken Vergabevorteile erzielt worden seien.

Dieser Standpunkt trifft nicht zu. Gegenstand des Generalunternehmervertrages sind nicht einzelne Gewerke mit Einzelpreisen, vielmehr wird ein aus verschiedenen Gewerken bestehender Gesamtauftrag zu einem einheitlichen Preis angeboten. Sowohl für den Auftraggeber ist der Gesamtpreis entscheidend, gleiches gilt für die Beklagte als Auftragsnehmerin, wie das Beispiel von Preisnachlässen zeigt, welche auf den Gesamtangebotspreis bezogen sind. Die Aufnahme der Position „Kühlung der Büroräume“ im Wert von ca. 65.000,-- € im Gegenzuge zur Erhöhung des Angebotspreises um 5.000 € von 3,95 Millionen auf 4 Millionen € macht diesen Zusammenhang deutlich. 31

Da es nach der „Differenzhypothese“ auf den Vergleich zweier Vermögenslagen ankommt, kommt es bei der Übernahme eines aus einer Vielzahl von Einzelgewerken bestehenden Generalunternehmervertrages nicht auf die Rentabilität einzelner Gewerke, sondern darauf an, ob das Vorhaben insgesamt mit einem Überschuss oder Verlust abschließt (vgl. LAG Hamm, 17.02.2011, 8 Sa 1774/10 Rn 22). Dementsprechend kann die Vermögenseinbuße nicht unmittelbar anhand der fehlkalkulierten Gewerke und der sich hieraus ergebenden Unterdeckung errechnet werden. Da die Unterdeckung in Teilbereichen durch entsprechende Einnahmeüberschüsse in Bezug auf andere Gewerke ausgeglichen werden können, kann die Frage, ob ein Vorhaben mit Verlust abgeschlossen und damit das Vermögen des Anspruchsstellers geschädigt worden ist, nur im Wege einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden. 32

(b) Legt man der erforderlichen Gesamtbeurteilung die als Anlage 12 zur Berufungsbegründung vorgelegte Aufstellung mit der Bezeichnung „Projektcontrolling Bauvorhaben G2“ zugrunde, welche mit einem Betrag von 3.842.536,-- € abschließt, ein Rohergebnis von 0,19 % auf Kosten sowie ein Ergebnis nach AGK von – 6,41 % = 245.658,-- € Soll ausweist, so liegt – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen zu (2) – eine Vermögenseinbuße auf Seiten der Beklagten und Widerklägerin nicht vor, da immerhin ein Teil der allgemeinen Geschäftskosten abgedeckt ist. 33

Unterstellt man allein, dass die Beklagte den nicht kostendeckenden Auftrag G2 nicht übernommen und auch stattdessen keinen anderen Auftrag erhalten hätte, so hätte sie die in Ansatz gebrachten allgemeinen Geschäftskosten (AGK) in vollem Umfang erfolglos und ohne Ausgleich aufgewandt. Wie die vorgelegte Aufstellung belegt, ist immerhin ein gewisser Teil der Allgemeinkosten erwirtschaftet worden. Richtig ist zwar, dass ein Gewinn erst erzielt wird, wenn auch die allgemeinen Geschäftskosten in die Berechnung einbezogen werden. So sind bei der Forderung einer Brauerei auf Ersatz des positiven Interesses wegen Nichterfüllung einer Bierbezugsvereinbarung die Generalunkosten nicht als ersparte Aufwendungen abzusetzen, wenn der Brauerei ausreichende Produktionskapazitäten zur Verfügung standen, um ohne Investitionen im Bereich der fixen Kosten auch den vereinbarten Bierbezug durch den Vertragspartner befriedigen zu können (BGH, 22.02.1989, VIII ZR 45/88, BGHZ 107, 67; siehe ferner auch BGH, 01.03.2011 – III ZR 361/99, NJW-RR 2001, 985). Anders stellt sich die Rechtslage demgegenüber bei der Forderung des „negativen Interesses“ dar. Macht der Anspruchsteller geltend, dass er ohne das schadensstiftende Ereignis den betreffenden Auftrag erst gar nicht übernommen hätte, so hätte er ohne einen Ersatzauftrag die allgemeinen Geschäftskosten ohnehin zu tragen. Erst unter Berücksichtigung eines 34

konkreten oder eines abstrakt hinzugedachten Ersatzauftrages können danach die allgemeinen Geschäftskosten bei der Berechnung des negativen Interesses unberücksichtigt bleiben. Hiervon gehen auch Rechtsprechung und Schrifttum aus, indem mit Hilfe einer (widerlegbaren) „Rentabilitätsvermutung“ (BGH 15.11.2011, VI ZR 4/11, NJW 2012, 601; Palandt/Grüneberg, § 249 BGB Rn 60; § 281 BGB Rn 23) begründet wird, dass der Unternehmer im Zweifel mindestens die aufgewandten Allgemeinkosten im Zuge seiner Betätigung erwirtschaften kann. Hätte etwa der durch Täuschung über die Zahlungsfähigkeit zur Lieferung von Heizöl veranlasste Geschädigte das Heizöl anderweitig mit üblichem Gewinn verkauft, so umfasst der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nicht allein die Beschaffungs- und Lieferkosten, sondern auch den entsprechenden Gewinnausfall (BGH a. a. O.).

(2) Dass die Beklagte bei Abstandnahme vom Bauvorhaben G2 untätig geblieben wäre und sich nicht einmal um einen Ersatzauftrag bemüht hätte, erscheint fernliegend. Demgegenüber lässt sich dem Vorbringen der Beklagten weder entnehmen, dass entsprechende Bemühungen tatsächlich zu einem konkreten Ersatzauftrag geführt hätten, welcher zumindest die laufenden allgemeinen Geschäftskosten gedeckt hätte, noch kann eine solche Annahme unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erfolgreich auf eine entsprechende Rentabilitätsvermutung gestützt werden. 35

(a) Soweit die Beklagte für die konkrete Möglichkeit, einen auskömmlichen Ersatzauftrag zu erlangen, auf die als Anlage 3 zum Schriftsatz vom 22.12.2011 vorgelegte Aufstellung verweist, welche Angebote für „Objekte“, „Objekte in der Bauphase“, „Objekte gegen Projektende“ und auch „verlorene Objekte“ beinhaltet, wobei mit „verloren“ teilweise auch solche Objekte bezeichnet sind, die die Beklagte aus unterschiedlichsten Gründen nicht weiter verfolgt hat, ist diese als Beleg ungeeignet. Weder wird konkret auf eines der aufgeführten Projekte Bezug genommen, noch lassen sich der Liste Anhaltspunkte für die Beurteilung der Projekte als auskömmlich entnehmen. Die Behauptung der Beklagten, dass jedenfalls eines der bezeichneten Objekte mit Sicherheit weiter verfolgt worden wäre und zumindest die Herstellungskosten und allgemeinen Geschäftskosten abgedeckt hätte, lässt sich mit der vorgelegten Liste nicht belegen. 36

(b) Unter den vorliegenden Umständen kann auch unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge, der allgemeinen Lebenserfahrung oder einer im Geschäftsleben anzunehmenden „Rentabilitätsvermutung“ nicht mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, dass die Beklagte in jedem Falle oder mit einem für die Überzeugungsbildung des Gerichts ausreichendem Wahrscheinlichkeitsgrad einen auskömmlichen Ersatzauftrag erhalten und durchgeführt hätte. 37

(aa) Hierbei wird nicht verkannt, dass – nicht anders als bei der Berechnung entgangenen Gewinns nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge – keine unerfüllbaren Anforderungen an den Vortrag zu stellen sind, wie sich die Vermögenslage hypothetisch entwickelt hätte (zu § 252 BGB vgl. Palandt/Grüneberg Rn 14), wobei gegebenenfalls die Einschaltung eines Sachverständigen hinreichende Anhaltspunkte zur Schätzung eines Erwerbsschadens bieten kann (BGH NJW 1993, 2673). Entsprechens hat auch bei der Forderung auf Ersatz des negativen Interesses zu gelten. Der sog. Rentabilitätsvermutung liegt der Gedanke zugrunde, dass marktgängige Waren jederzeit zum Marktpreis abgesetzt werden können. Auch wenn es sich beim Angebot von Bauleistungen nicht um vergleichbar typisierte Geschäfte zu Marktpreisen handelt, kann doch im Grundsatz ganz allgemein davon ausgegangen werden, dass die am Markt eingeführten Unternehmen typischerweise jedenfalls ihre Geschäftskosten decken, weil sie andernfalls alsbald ihre Tätigkeit einstellen müssten und auch die 38

Mitbewerber ebenfalls auf eine zumindest kostendeckende Kalkulation angewiesen sind. Andererseits ist die hieraus abgeleitete Beweiserleichterung durch die Darlegung gegenteiliger einzelfallbezogener Umstände widerlegbar.

(bb) Vorliegend ist der Sachverhalt durch besondere Umstände gekennzeichnet, welche dazu führen, dass im Ergebnis nicht die Überzeugung gewonnen werden kann, dass die Beklagte ihre laufenden Geschäftskosten in jedem Falle erwirtschaftet hätte. 39

(aaa) Gegen eine solche Annahme nach den Regeln der „Rentabilitätsvermutung“ sprechen zum einen die Besonderheiten der bei Auftragsübernahme bestehenden konjunkturellen Situation. Zwar hat die Beklagte unter Hinweis auf entsprechende Presseberichte darauf verwiesen, dass sie in der Vergangenheit im Vergleich zu den Mitbewerbern überdurchschnittliche Erfolge und eine beachtliche Rendite erzielt hat. Andererseits belegt das vom Kläger mit Schriftsatz vom 07.02.2012 S.15 (Bl. 256) vorgetragene Zitat aus der Konzernbilanz der D2 GmbH & Co. KG zum 31.12.2009, dass sich die Verhältnisse in der Baubranche im Jahre 2010 deutlich ungünstiger als in der Vergangenheit darstellten. Dort heißt es, dass im Baubereich der Höhepunkt der Wirtschaftskrise im Jahr 2010 zu erwarten sei, gleichzeitig ein signifikanter Anstieg für Rohstoffe und Baustahl zu verzeichnen und deshalb mit einem deutlichen Rückgang der Rendite zu rechnen war. Tatsächlich sank der Wert der erbrachten Bauleistungen seit 2008 von vormals 80 bzw. 70 Millionen € auf 32 Millionen € im Jahre 2010. In Anbetracht dieser Umstände kann von einem regulären Geschäftsklima in der Baubranche im Zeitpunkt der Auftragsvergabe von vornherein nicht ausgegangen werden. 40

(bbb) Auch der Umstand, dass die Beklagte selbst dem Kläger zum Vorwurf macht, er habe bei seiner Kalkulation den Spielraum für mögliche, nach Auftragserteilung zu erzielende „Einkaufsvorteile“ in Bezug auf die Leistungen der Nachunternehmer überschätzt und das spätere konjunkturbedingte Ansteigen der Preise für Baustahl unberücksichtigt gelassen, macht deutlich, dass im damaligen Zeitpunkt besondere, vom typischen Geschäftsverlauf abweichende Umstände vorlagen, vielmehr die Preisgestaltung stärker als sonst durch nicht vorhersehbare Entwicklungen beeinflusst war. 41

(ccc) Die Schwierigkeiten, Aufträge zu angemessenen Preisen zu erhalten, wird weiter belegt durch den Umstand, dass die Beklagte den Auftrag für das Bauvorhaben G2 nur aufgrund eines indirekten Preisnachlasses von ca. 60.000,00 € (Kühlung der Büroräume) erhalten hat. Nach unwidersprochener Darstellung des Klägers hatte im Übrigen die Fa. G1 sogar ein niedrigeres Angebot als die Beklagte abgegeben. 42

(ddd) Allein der Umstand, dass die Beklagte es nach ihrem Geschäftsmodell ablehnt, Leistungen unter Preis anzubieten, ist für die Wettbewerbssituation nicht maßgeblich und ändert nichts daran, dass jedenfalls in Zeiten schwacher Konjunktur andere Anbieter zur Hereinnahme von Aufträgen unter Preis bereit sind, weil sie etwa mit einer Besserung der Konjunktur rechnen und ihr Stammpersonal halten wollen, anstatt durch Entlassungen Personalkosten zu sparen. 43

(eee) Im Ergebnis muss danach die ansonsten maßgebliche „Rentabilitätsvermutung“ als widerlegt angesehen werden. Auf dieser Grundlage kann aber nicht zugunsten der Beklagten angenommen werden, dass sie ihre allgemeinen Geschäftskosten ohne weiteres durch Übernahme eines auskömmlichen Ersatzauftrages gedeckt hätte. 44

(c) Aus denselben Gründen kann auch nicht dem Standpunkt der Beklagten gefolgt werden, schon im Wege der Schadensschätzung nach § 287 ZPO lasse sich die Überzeugung 45

gewinnen, dass es der Beklagten auf jeden Fall gelungen wäre, anstelle des Bauvorhabens G2 ein anderes auskömmliches Vorhaben durchzuführen. Für eine Schadensschätzung fehlt es an ausreichend gesicherten Schätzungsgrundlagen. Insoweit ist ergänzend auf die vorstehenden Ausführungen zur Frage der Rentabilitätsvermutung zu verweisen.

(3) Schließlich greift auch die weitere – hypothetische – Erwägung der Beklagten nicht durch, sie hätte, sofern kein auskömmlich kalkulierter Ersatzauftrag zu erhalten gewesen wäre, jedenfalls den Personalbestand der Niederlassung D1 nicht aufgestockt und so entsprechende Kosten vermieden (zur Unterscheidung von Generalunkosten und Spezialunkosten Palandt/Grünberg, § 252 BGB Rn 6 a. E.). 46

Der Kläger hat zu dem Vorbringen im Schriftsatz vom 07.02.2012, S.16 (Bl. 257 d. A.) Stellung genommen und – insoweit unwidersprochen – vorgetragen, dass es sich teils um Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene Beschäftigte gehandelt hat, die Sekretärin Frau B1 zusätzliche Aufgaben zu übernehmen und die Einstellung eines zusätzlichen Kalkulators u. a. den Sinn hatte, andere Angebote zu kalkulieren, um entsprechende Bauvorhaben zu generieren. 47

Ein innerer Zusammenhang zwischen zusätzlicher Einstellung von Personal und dem unauskömmlichen Bauvorhaben G2 lässt sich danach nicht feststellen. Da die Beklagte als Generalunternehmer für schlüsselfertiges Bauen darauf angewiesen ist, sich laufend an Ausschreibungen zu beteiligen und in Zeiten schlechter Baukonjunktur gerade im kaufmännischen Bereich – anders als in der Produktion - ein typischerweise verstärkter Arbeitsanfall zu verzeichnen ist, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Einstellung der von der Beklagten genannten Arbeitnehmer ohne Übernahme des Bauvorhabens G2 unterblieben und entsprechende Personalkosten eingespart worden wären. Jedenfalls nachdem der Kläger den behaupteten Kausalzusammenhang bestritten hat, kann der diesbezügliche Vortrag der Beklagten zur Darlegung eines derartigen hypothetischen Geschehensablaufs nicht genügen. 48

(4) Im Ergebnis muss es damit sein Bewenden haben, dass sich auf der Grundlage der „Differenzhypothese“ eine durch die behaupteten Fehlleistungen des Klägers begründete Vermögenseinbuße nicht feststellen lässt. Damit erweist sich die Berufung hinsichtlich der Abweisung der Widerklage als unbegründet. 49

c) Auf die weiteren Einwände des Klägers zur Schadensberechnung und seinen Vortrag, der angebliche Verlust aus dem Bauvorhaben G2 beruhe – neben den ihm angelasteten Fehlleistungen – auch auf anderweitigen Umständen wie etwa massiv überhöhter Baustelleneinrichtungskosten sowie Aufwendungen zur Beseitigung von Fehlleistungen bei der Objektdurchführung (vgl. die als Anlage 20 zum Beklagten-Schriftsatz vom 07.10.2011 vorgelegte Rechnung der Firma A1-Bau GmbH mit den Positionen „Sortieren nach Positionen Stabstahl“ und „Aufstemmen, Stützen“); aus diesem Grunde bedürfe es der Vorlage sämtlicher Rechnungen der Nachunternehmer, kommt es unter diesen Umständen nicht an. Zwar könnte sich der Kläger einer Haftung für eigene Fehlleistungen nicht vollständig mit dem Einwand entziehen, dass auch bei anderen Gewerken kostenträchtige Fehlleistungen aufgetreten seien, erst hierdurch sei das Projekt in die Verlustzone geraten. Vielmehr müsste ein entsprechender Fehlbetrag gegebenenfalls anteilig den unterschiedlichen Fehlleistungen und den hierfür verantwortlichen Personen zugeordnet werden. Eine Vertiefung in dieser Hinsicht ist indessen aus den zuvor dargestellten Gründen entbehrlich. 50

II. Unbegründet ist die Berufung der Beklagten ferner, soweit das Arbeitsgericht der negativen Feststellungsklage des Klägers entsprochen hat. 51

1. Nachdem die Beklagte Berufung gegen die Abweisung der bezifferten Widerklageforderung nur in Höhe eines Teilbetrages eingelegt hat und damit in Höhe des nicht angegriffenen Teils der Widerklageabweisung feststeht, dass die Beklagte den entsprechenden Differenzbetrag nicht beanspruchen kann, hat der Kläger seinerseits seinen Klageantrag entsprechend angepasst. 52
2. Entgegen der Auffassung der Beklagten bestehen gegen die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage keine Bedenken. Das Feststellungsinteresse des Klägers folgt daraus, dass sich die Beklagte weitergehender Schadensersatzansprüche berühmt hat. So hat die Beklagte zunächst mit Schreiben vom 16.12.2010 – und zwar ohne Beschränkung auf die vier Gewerke, auf welche sich die Widerklageforderung bezieht - vorsorglich Schadensersatzansprüche geltend gemacht und sich keineswegs darauf beschränkt, den Kläger zur Mitwirkung an Maßnahmen der Schadensbegrenzung zu veranlassen. Im weiteren Schreiben vom 04.02.2012 ist sodann – wiederum ohne Beschränkung auf die fraglichen vier Gewerke – von einer Schadenssumme von mindestens 300.000,-- € die Rede, welche nach Abschluss des Projekts unter Beachtung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung in Rechnung gestellt werden solle. Im Schreiben vom 08.03.2011 ist schließlich am Ende – neben der geltend gemachten „Unterdeckung“ hinsichtlich der vier Gewerke - davon die Rede, dass sich weitere Gewerke noch in Verhandlung mit Nachunternehmern befinden. Davon, dass allein die in der späteren Widerklage geltend gemachten Schäden im Raum stünden, kann davon nicht ausgegangen werden. Auch im Zuge des Rechtsstreits hat die Beklagte eine ausdrückliche Erklärung in dem Sinne, weitere Ersatzansprüche über die Widerklageforderung hinaus wolle sie nicht geltend machen, nicht abgegeben. Dann kann aber dem Kläger ein Interesse an alsbaldiger Feststellung nicht abgesprochen werden. 53
3. In der Sache folgt die Begründetheit des Feststellungsbegehrens ohne Weiteres aus dem Umstand, dass die Beklagte konkrete Anhaltspunkte für weitere Pflichtverletzungen des Klägers und hierdurch veranlasste Schäden nicht vorgetragen hat, sondern sich auf konkrete Vermögenseinbußen in Bezug auf die vier fraglichen Gewerke bezieht. Zwar sind einzelne Positionen aus der Abrechnung der vier Gewerke noch nicht abschließend geklärt, das der Widerklage zugrundeliegende Ersatzbegehren beruht vielmehr auf einer aktuellen Prognose. Andererseits bietet der Vortrag der Beklagten keinerlei Anhaltspunkt für die Annahme, der von ihr behauptete Verlust werde sich gegebenenfalls noch erhöhen. Das vom Kläger verfolgte negative Feststellungsbegehrens ist damit auf der Grundlage des von der Beklagten als maßgeblich vorgelegten Zahlenwerks zu beurteilen. Danach ist aber für weitere als die mit der Widerklage beziffert geltend gemachten Ersatzansprüche keine Grundlage ersichtlich. Nachdem sich die Beklagte zunächst weiterer Ansprüche berühmt hat und hiervon nachfolgend auch nicht ausdrücklich abgerückt ist, erweist sich das vom Kläger verfolgte Feststellungsbegehren als begründet. 54
- III. Die Kosten der erfolglosen Berufung hat die Beklagte zu tragen. 55
- IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht. 56