

Marco Schneider

Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht



Nomos

Schriften zum Baurecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Universität Leipzig

Prof. Dr. Gerd Motzke, OLG München

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff,

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

Band 17

Marco Schneider

Der finanzielle Ausgleich unterlassener
Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4618-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8850-5 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 2016/2017 vor. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Ende November 2017 berücksichtigt werden.

Mein herzlichster Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Wolfgang Voit, der mir bei der Erstellung dieser Arbeit nicht nur stets geduldig zur Seite stand und durch seine hohe fachliche Kompetenz das Entstehen der Arbeit gefördert, sondern zugleich mein zivilrechtliches Verständnis erweitert und geprägt hat. Herrn Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London) danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt ferner meinen ehemaligen Lehrstuhlkollegen Herrn Carl Florian Geck sowie Herrn Dr. Reinmar Wolff, die stets für eine fachliche Diskussion offen waren und somit einen großen Beitrag zum Entstehen dieser Arbeit geleistet haben. Nicht zuletzt danke ich all denen, auf deren Unterstützung ich beim Erstellen dieser Arbeit in vielfältiger Weise zählen durfte. Dies gilt vor allem meinen Eltern, ohne deren Unterstützung all dies nicht möglich gewesen wäre.

Berlin, Februar 2018

Marco Schneider

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
Problemstellung	15
1. Kapitel: Bisheriger Umgang mit Tatbestand und Rechtsfolgen des § 642 BGB	19
A. Einführende Übersicht	19
I. Potentielle Nachteile des Unternehmers	19
1. Mehrkosten	20
2. Entgangener Verdienst	20
3. Entgangener Gewinn i.S.d. § 252 BGB	20
II. Momentane Handhabe	21
B. Angemessene Entschädigung nach § 642 BGB	22
I. Tatbestand § 642 BGB	23
1. Ausbleiben der erforderlichen Mitwirkung	23
a) Einzelne Mitwirkungsbeiträge bei Werkverträgen	24
b) Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung	25
aa) Abstrakte Begriffsbestimmung: Pflicht und Obliegenheit	26
(1) Leistungspflichten	26
(a) Hauptleistungspflichten	27
(b) Nebenleistungspflichten	28
(2) Nicht leistungsbezogene Pflichten	30
(3) Obliegenheiten	31
bb) Konkrete Bestimmung der Rechtsnatur	32
(1) Vertragliche Vereinbarung	32
(2) Regelfall bei fehlender Vereinbarung	33
(a) Regelfall: Obliegenheit	34
(b) Regelfall: Pflicht	36
(c) Mittelweg	39
(d) Standpunkt des historischen Gesetzgebers	41

cc)	Zwischenergebnis	44
2.	Annahmeverzug des Bestellers	44
a)	Allgemeine Voraussetzungen	44
b)	Besonderheiten des Annahmeverzugs	
i.S.d. §	642 BGB	45
aa)	Kollision mit dem punktuellen Leistungsbegriff	45
bb)	Bisheriger Umgang mit der Problematik	47
cc)	Generelle Leistungsfähigkeit als	
Anknüpfungspunkt		48
dd)	Schlussfolgerung	49
c)	Behinderungsanzeige	50
aa)	BGB-Werkvertrag	50
bb)	VOB/B-Vertrag	53
3.	Kausale Verknüpfung	55
4.	Zwischenergebnis	55
II.	Rechtsfolgen § 642 BGB	56
1.	Rechtsnatur des Anspruchs	57
a)	Schadensersatzanspruch	58
b)	Vergütungs(-gleicher) Anspruch	59
c)	Entbehrlichkeit einer konkreten Einordnung	60
2.	Umfang der Anspruchshöhe	61
a)	Beispielsfall	62
b)	Ermittlungsmethode Nr. 1: Berechnung	
„von unten“	auf kalkulatorischer Basis	63
aa)	Positive Bemessungsfaktoren	64
(1)	Dauer des Verzugs	64
(2)	Vereinbarte Vergütung	67
(a)	Direkte Herstellkosten	67
(b)	Baustellengemeinkosten	68
(c)	Allgemeine Geschäftskosten	69
(d)	Wagnis und Gewinn	70
(aa)	Abgrenzung zum entgangenen Gewinn	70
(bb)	Ersatzfähigkeit nach § 642 BGB	72
(e)	Umsatzsteuer	75
bb)	Negative Bemessungsfaktoren	75
(1)	Ersparte Aufwendungen	75
(2)	Anderweitiger Erwerb	77
cc)	Bewertung	78
(1)	Übertragung auf den Beispielsfall	78
(2)	Stellungnahme	80
c)	Ermittlungsmethode Nr. 2: Berechnung „von oben“	80
aa)	Ermittlung einer zeitanteiligen Vergütung	81

bb) Abzüge	82
cc) Bewertung	83
(1) Übertragung auf den Beispielfall	83
(2) Stellungnahme	84
d) Ermittlungsmethode Nr. 3: Schätzung eines angemessenen Betrags	85
aa) Bemessungsfaktoren	86
bb) Abzüge	87
cc) Schätzung der Entschädigung	87
dd) Alternative Kompensation von Kostensteigerungen	88
(1) § 670 BGB analog	88
(2) Ergänzende Vertragsauslegung §§ 133, 157 BGB	90
ee) Bewertung	91
(1) Übertragung auf den Beispielfall	91
(2) Stellungnahme	92
e) Zwischenergebnis	93
C. Kündigung nach § 643 BGB	93
D. Fazit	94
2. Kapitel: Kritische Betrachtung des momentanen Umgangs	95
A. Auslegung des § 642 BGB	95
I. Wortlaut	95
1. § 642 I BGB – angemessene Entschädigung	96
a) Sprachgebrauch	96
b) Vergleich mit anderen Vorschriften des BGB	97
2. § 642 II BGB – „Vereinbarte Vergütung“	100
3. Zwischenergebnis	101
II. Systematische Erwägungen	102
1. Enger systematischer Kontext	102
2. Gesamtkontext im BGB – § 642 vs. § 304 BGB	103
3. Zwischenergebnis	105
III. Historische Betrachtung des § 642 BGB	105
1. Ausgangsproblematik	106
2. Vorgängernormen	108
3. Einführung der Entschädigungsregelung	108

4.	Von der Vergütung zur Entschädigung	111
5.	Zwischenergebnis	113
IV.	Sinn und Zweck der Norm	114
B.	Entwicklung zum heutigen Verständnis	115
I.	Anfängliches Verständnis in Literatur und Rechtsprechung	115
1.	Literatur – erste Hälfte des 20. Jahrhunderts	115
a)	Allgemeines Verständnis von § 642 BGB	116
b)	Inhaltliche Ausgestaltung und Umfang der Entschädigung	117
2.	Rechtsprechung – erste Hälfte des 20. Jahrhunderts	118
3.	Zwischenergebnis	119
II.	Weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	120
III.	Umschwung zum heutigen Verständnis	121
1.	Rechtsprechung	121
2.	Literatur	123
IV.	Zwischenergebnis	125
C.	Fazit	126
3. Kapitel:	Neue alte Wege	129
A.	§ 304 BGB nach bisherigem Verständnis	130
I.	Tatbestand § 304 BGB	130
II.	Rechtsfolgen	131
1.	Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot	132
2.	Mehraufwendungen für Aufbewahrung und Erhaltung	133
3.	Erforderlichkeit i.S.d. § 304 BGB	134
III.	Beendigung des Verzugs, Durchsetzung und Konkurrenzen	136
IV.	Stellungnahme	136
B.	§ 304 BGB nach neuem Verständnis	137
I.	Auslegungsbedürftige Teile der Norm	138
1.	Mehraufwendungen	138
2.	Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot	139
3.	Mehraufwendungen für die Aufbewahrung des geschuldeten Gegenstands	139
4.	Zwischenergebnis	140

II.	Wortlaut „Erhaltung des geschuldeten Gegenstands“	140
1.	Gegenstand	141
2.	Erhaltung	142
3.	Zwischenergebnis	143
III.	Systematik	144
IV.	Historische Betrachtung	144
1.	Entstehungsgeschichte	145
2.	Umfang des Ersatzanspruchs	146
V.	Sinn und Zweck	149
VI.	Gesamtabwägung und Übertragung	150
1.	Allgemeine Abwägung	150
2.	Übertragung des Auslegungsergebnisses auf den Werkvertrag	151
a)	Parallele zum Leistungsbegriff des § 294 BGB	152
b)	Gleichstellung von Leistung und Gegenstand der Leistung	152
c)	Konsequente Anwendung der §§ 293 ff. BGB	153
C.	Konsequenzen für die Rechtsfolgen des § 304 BGB im werkvertraglichen Bereich	154
I.	Typische Erhaltungskosten	154
II.	Weitere Kosten zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit	155
1.	Vorhaltekosten für Produktionsmittel	155
a)	Ersatzfähigkeit nach § 304 BGB	155
b)	Übertragung auf den Beispielsfall	156
2.	Mehrkosten nach Beendigung des Verzugs	157
a)	Allgemeine Erwägungen	157
b)	Besonderheiten des Werkvertragsrechts	158
c)	Nur tatsächlich erforderliche Mehraufwendungen	160
III.	Umsatzsteuer	161
1.	Allgemeine Voraussetzungen nach dem UStG	161
2.	Umsatzsteuer bei Ansprüchen aus § 642 BGB	162
3.	Umsatzsteuer bei Ansprüchen aus § 304 BGB	162
D.	Fazit	164
4. Kapitel:	Bestimmung der Höhe einer angemessenen Entschädigung aus § 642 BGB	167
A.	Allgemeine Erwägungen	167

Inhaltsverzeichnis

B. Ermessen bei der Festlegung der Entschädigung	168
C. Konkrete Bestimmung der Entschädigungshöhe	170
I. Vereinbarte Vergütung und Dauer des Verzugs	171
II. Ersparte Aufwendungen	172
1. Allgemeine Erwägungen	172
2. Keine Gleichsetzung von Vorhaltekosten und Kosten der Erfüllung	173
3. Abgleich der Vorgehensweise	173
4. Kein genereller Abzug des Wagniszuschlags	175
III. Anderweitiger Erwerb	175
IV. Umsatzsteuer	178
D. Übertragung auf den Beispielsfall	180
E. Weitere Korrekturen durch richterliches Ermessen	182
I. Problembeschreibung – Anlass zur Korrektur	182
II. Korrekturmöglichkeit: Hypothetisch lineare Verteilung der Herstellkosten	184
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	187
Literaturverzeichnis	189

Problemstellung

Die Durchführung von Werk- bzw. Bauverträgen stellt einen komplexen Vorgang dar, der sich aus vielen einzelnen Schritten zusammensetzt. Zum erfolgreichen Gelingen ist dabei ein hoher Grad an Kooperation zwischen den Vertragsparteien erforderlich. So hängt die Abwicklung fast aller Werkverträge nicht nur von der Tätigkeit des Unternehmers, sondern auch von Mitwirkungsbeiträgen des Bestellers ab.¹ Kommt der Besteller den von ihm zu erbringenden, zur Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungsbeiträgen nicht nach, wirkt sich dies in aller Regel verzögernd auf das gesamte Vorhaben aus. Damit einher geht eine Behinderung des Unternehmers, die für diesen nicht selten einen kompletten Stillstand der Arbeiten mit sich bringt.

Die Frage nach dem Ausgleich der Nachteile, die dem Unternehmer durch diese Behinderung entstehen, stellt Rechtsprechung und Lehre schon lange vor große Hürden. Es besteht jedoch weitestgehende Einigkeit darüber, dass die durch den Verzug des Bestellers entstehenden Kosten nicht allein dem Unternehmer auferlegt werden dürfen. Dementsprechend wurde auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag folgende These mit einer „überwältigenden Zustimmung“² angenommen:

„Ist die Folge einer unterlassenen Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers eine Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit, hat der Unternehmer einen Anspruch gegen den Besteller auf zusätzliche Vergütung [...]. Der Vergütungsanspruch beurteilt sich entsprechend der Nachtragsvergütung nach den durch die Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit verursachten tatsächlich erforderlichen Kosten [...].“³

In dieser These spiegelt sich ein allgemeiner Konsens wider: Stammt die Ursache einer Behinderung aus der Risikosphäre des Bestellers, hat dieser verschuldensunabhängig für die daraus resultierenden Nachteile einzustehen. Dem Unternehmer sollen die kausal durch die Verzögerung ent-

1 *Weyers*, Gutachten zum Schuldrecht, Bd. 2, S. 1150.

2 Bei einer Zustimmung von mindestens 85 % wird diese als überwältigend bezeichnet.

3 Vgl. BauR 2014, 1558 f.

standenen Mehrkosten in Form eines Vergütungsanspruchs ersetzt werden.⁴

Würde ein dieser These entsprechender Anspruch Einzug in das Gesetz finden, wäre der finanzielle Ausgleich des Unternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers recht klar umrissen. Ob jedoch ein solcher Anspruch in Zukunft tatsächlich Bestandteil einer gesetzlichen Kodifikation sein wird, bleibt abzuwarten.⁵

Im Moment gilt es mit den vorhandenen gesetzlichen Regelungen auszukommen. Zu diesem Zweck widmet sich die folgende Untersuchung der Frage, welche Mechanismen nach geltendem Recht zur Verfügung stehen, um ein sachgerechtes Ergebnis zu erreichen.

Zu diesem Zweck soll v.a. der momentane Umgang mit den allgemeinen und speziellen Regelungen des Gläubigerverzugs im Bereich des Werkvertragsrechts näher beleuchtet und kritisch hinterfragt werden. Dazu sei schon hier auf eine Besonderheit hingewiesen, die *Gustav Rümelin* bereits im Jahre 1905 aufgriff und prägnant mit folgenden Worten umschrieb:

„Der Verzug der Annahme wird sowohl beim Dienstvertrag als beim Werkvertrag besonders normiert und es ist unbedingt anzuerkennen, dass dies angemessen ist. Seine Arbeitskraft für den Gläubiger dauernd bereit stellen ist etwas anderes, als eine Sache für ihn bereithalten und die allgemeinen Normen über *mora accipiendi*, welche in erster Linie auf den letzteren Fall zugeschnitten sind, würden dem Schuldner keine genügende Erleichterung verschaffen.“⁶

In dieser Aussage steckt für die hier zu behandelnde Problematik viel Essentielles, was heute oft nicht mehr gesehen bzw. beachtet wird. Die besondere Normierung der dort erwähnten Tatbestände – namentlich die der §§ 615, 642 BGB – und die generellen Besonderheiten, die der Annahmeverzug des Bestellers *während der Herstellung des Werks* mit sich bringt, stellen den Rechtsanwender vor komplizierte Fragen, bei deren Beantwortung diese Besonderheiten stets berücksichtigt werden müssen.

Vor diesem Hintergrund sollen im ersten Kapitel dieser Arbeit die bisher vorgeschlagenen Lösungswege dargestellt und zu den problematischen Punkten Stellung bezogen werden. Im darauf folgenden Kapitel wird der momentane Umgang mit der gesamten Problematik kritisch hinterfragt

4 Vgl. BauR 2014, 1558.

5 Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts (BGBl. I 2017, S. 969 ff.), welches am 1.1.2018 in Kraft tritt, beinhaltet in diesem Bereich keine Neuregelung.

6 *Rümelin* Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 239.

werden. Darauf aufbauend soll im dritten Kapitel der Arbeit ein neues Verständnis vom Umgang mit den Regelungen über den Annahmeverzug im Allgemeinen, v.a. aber im werkvertraglichen Bereich vorgestellt werden, womit ein neuer Lösungsweg für die dargestellte Problematik einhergeht. Im vierten Kapitel soll schließlich dargestellt werden, wie sich dieses Verständnis auf die Regelung des § 642 BGB auswirkt.

1. Kapitel: Bisheriger Umgang mit Tatbestand und Rechtsfolgen des § 642 BGB

A. Einführende Übersicht

Bevor auf die einzelnen Fragen hinsichtlich eines finanziellen Ausgleichs bei unterlassener Gläubigermitwirkung eingegangen wird, soll hier zunächst ein kurzer allgemeiner Überblick darüber gegeben werden, wie sich der Annahmeverzug des Bestellers während der Herstellung des Werks und die damit einhergehende Verzögerung auf ein Bauvorhaben auswirken kann.

I. Potentielle Nachteile des Unternehmers

In der oben beschriebenen Situation, in der der Besteller einen Mitwirkungsbeitrag nicht erbringt und es dadurch zur Verzögerung der Ausführung kommt, entstehen einem Unternehmer – der grundsätzlich weiterhin an den Vertrag gebunden ist und sich zur Leistung bereithalten muss – typischerweise folgende Nachteile⁷:

1. Mehrkosten

In erster Linie fallen Kosten zur Vorhaltung von Gerät, Material und Personal an. Der Unternehmer muss weiterhin Löhne für seine Arbeiter sowie etwaige Mieten für Gerätschaften zahlen, die für das Werk bereits hergestellten Werkteile oder vorhandenen Materialien einlagern und diese sichern.

Auf einer anderen Ebene können noch solche Nachteile auftreten, die sich nicht unmittelbar während des Stillstands oder der Behinderung auswirken, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden. Durch

7 Eine genaue Erläuterung der einzelnen Kostenfaktoren erfolgt unten 1. Kap., B., II., 2., b), aa), (2).

die Verzögerung der Leistung kann es beispielsweise zu einer Verschiebung des Gesamtvorhabens in eine schlechtere Jahreszeit kommen.

Dadurch können bei der verspäteten Ausführung verschiedene Mehrkosten auf den Unternehmer zukommen – beispielsweise solche für zusätzliche Sicherungsmaßnahmen aufgrund veränderter Witterungsverhältnisse. Ferner kommt es während der Verzögerung nicht selten zu einem Anstieg der Lohn- oder Materialkosten, die sich nach Beendigung des Annahmeverzugs negativ für den Unternehmer auswirken, da die tatsächlich anfallenden Kosten nicht mehr seinen kalkulierten Kosten entsprechen.

Bei allen diesen Nachteilen handelt es sich um Mehrkosten, die der Unternehmer wegen des Annahmeverzugs zusätzlich aufwenden muss.

2. Entgangener Verdienst

Darüber hinaus kann ein Unternehmer im Zeitraum der Störung seine wirtschaftliche Kraft oftmals nicht oder zumindest nicht in vollem Umfang gewinnbringend einsetzen. Dies hängt letztlich davon ab, ob er umdisponieren und einen anderweitigen Erwerb erzielen kann. Ist dies nicht der Fall, kann der Unternehmer seine eingeplanten Deckungsanteile für allgemeine Geschäftskosten, die ihm durch die Aufrechterhaltung seines Gesamtbetriebs entstehen, nicht erwirtschaften. Ebenso verhält es sich mit seinem kalkulatorischen Gewinn, der ihm für diesen Zeitraum verloren geht.

In Abgrenzung zu den zuvor aufgeführten Mehrkosten, handelt es sich bei diesen Kostenfaktoren nicht um Kosten, die der Unternehmer zusätzlich aufwenden muss. Vielmehr handelt es sich um einen Verlust, den der Unternehmer hinnehmen muss, da er den Verdienst, den er im Zeitraum des Annahmeverzugs erwirtschaftet hätte, nun nicht wie geplant erwirtschaften kann. Dieser Unterschied zu den zuvor erwähnten Mehrkosten wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch eine gewichtige Rolle spielen.

3. Entgangener Gewinn i.S.d. § 252 BGB

Schließlich kann eine Verzögerung in der Ausführung der Werkleistung dazu führen, dass der Unternehmer einen Folgeauftrag nicht oder zumindest nicht rechtzeitig wahrnehmen kann und ihm dadurch der Gewinn aus diesem Geschäft teilweise oder sogar endgültig entgeht. Dabei