

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.

## 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

*Inhaltsverzeichnis*

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 Beispielsfall	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 Beispielsfall	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

*Inhaltsverzeichnis*

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 Beispielfall	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