

Oldigs / Hornschuh, BauR 2018, 407

Thema: Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB: Wie gewonnen – so zerronnen?

Zeitschrift: BauR - Baurecht

Autoren: Dr. Dirk Oldigs/Dr. Daniel W. Hornschuh

Rubrik: Aufsätze

Referenz: BauR 2018, 407 - 411 (Heft 3)

Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB: Wie gewonnen – so zerronnen?



von Rechtsanwalt Dr. Dirk Oldigs und



Rechtsanwalt Dr. Daniel W. Hornschuh, Düsseldorf

Der BGH hat mit Urteil vom 26.10.2017¹ klargestellt, dass der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt, dass er während eines Annahmeverzuges des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Produktionsmittel für die Herstellung der Werkleistung bereithält. Nicht von einem solchen Entschädigungsanspruch umfasst sind hingegen die Mehrkosten, die nicht während des Annahmeverzuges, sondern erst bei Ausführung der verschobenen Werkleistung anfallen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art, auf den die Vorschriften des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind. Allerdings stellt der BGH fest, dass der Entschädigungsanspruch Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten umfassen kann.

I. Das Ende eines „einfachen Weges“?

Nach den Vorunternehmerentscheidungen I² und II³ schärft der BGH damit den Anwendungsbereich von § 642 BGB und gibt eine klare Richtung bei Ansprüchen infolge von Bauzeitverzögerungen vor; in der Literatur wird die Entscheidung bereits als „Vorunternehmer III“⁴ bezeichnet. Zugleich wird in ersten Reaktionen angeführt, die Auslegung des BGH „schade“ der Auftragnehmerschaft auf breiter Front, denn sie entschädige nur den geringeren Teil der monetären Folgen eines Behinderungsereignisses „Annahmeverzug“, ein Ereignis, das dem Risikobereich des Bestellers zuzurechnen sei.⁵

Aber werden Unternehmer durch die jüngste Entscheidung tatsächlich in ihren Möglichkeiten beschnitten oder beendet der BGH nicht vielmehr den Versuch einer in der baubegleitenden Rechtsberatung und in baubetrieblichen Gutachten zu beobachtenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 642 BGB bis hin zu einer Entschädigung des Auftragnehmers dafür, dass der Besteller nicht gleich einer „Wetterfee“ Frost, Eis und Schnee verhindert?⁶

Der BGH hat am 26.10.2017 dem vielerorts propagierten nahezu grenzenlosen Anwendungsbereich des § 642 BGB einen klaren Rahmen entgegengesetzt. Dabei hat er zugleich einige Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur beendet.

II. Anwendungsbereich des § 642 BGB

Nach der Vorunternehmerentscheidung II wurde der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB auf sämtliche

aus einer unterlassenen Mitwirkungshandlung des Bestellers resultierenden Mehrkosten des Unternehmers, unabhängig davon ob diese während eines Annahmeverzuges anfallen oder auf

- 1 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17.
- 2 BGH, Urt. v. 27.06.1985 – VII ZR 23/84 .
- 3 BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98 .
- 4 Drittlter, in: ibr-online Blog-Eintrag vom 23.11.2017.
- 5 So Drittlter, a.a.O.
- 6 Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13 .

Oldigs / Hornschuh: Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB: Wie gewonnen – so zerronnen? - BauR 2018 Heft 3 - 408 >>

die durch den Annahmeverzug bedingten Verzögerungen bei der Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung zurückzuführen sind, angewendet. Diese Auslegung geht jedoch über den Wortlaut des § 642 BGB wie auch dessen Einordnung durch den BGH in der Entscheidung Vorunternehmer II⁷ hinaus. Dies stellt der BGH nunmehr wie folgt klar:⁸

Nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB ist zeitliches Kriterium für die Berechnung einer Entschädigung die Dauer des Verzuges, nicht jedoch dessen Auswirkungen auf den weiteren Bauablauf. Dem Unternehmer ist demnach eine angemessene Entschädigung für seine Wartezeit und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräten und Kapital zu gewähren. Diese Einordnung ist auch systematisch sachgerecht, da § 642 in das System der Gefahrtragungsregeln des BGB (§§ 644 und 645 BGB) einzuordnen ist. Ähnlich wie § 645 BGB den Vergütungsanspruch des Unternehmers als Ausnahme zu § 326 Abs. 1 BGB – also der grundsätzlichen Befreiung von der Gegenleistungspflicht – im Umfang der geleisteten Arbeit erhält, soll § 642 BGB dem Unternehmer eine Entschädigung für die während des Annahmeverzuges nicht geleistete Arbeit verschaffen. Diese umfasst nicht sämtliche dem Unternehmer infolge des Annahmeverzuges entstehenden Nachteile, was vor dem Hintergrund, dass sich der Unternehmer gem. § 643 BGB nach Fristsetzung jederzeit vom Vertrag lösen kann, auch nicht unbillig ist. Schließlich finden sich auch in den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte dafür, dass der Besteller den Unternehmer für sämtliche infolge des Annahmeverzuges und der dadurch bewirkten Verzögerung der Leistungserbringung entstehenden Mehrkosten verschuldensunabhängig zu entschädigen hätte.

Der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB gleicht den Nachteil des Unternehmers aus, dass dieser sich während des Annahmeverzuges leistungsbereit halten muss. Vor dem Hintergrund, dass § 642 BGB im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch kein Verschulden voraussetzt, besteht nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift keine Rechtfertigung dafür, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen, der aus einem Annahmeverzug des Bestellers erwächst. Hierfür steht dem Unternehmer die Möglichkeit offen, Mehrkosten nach §§ 280 , 286 BGB ersetzt zu verlangen, sofern die dem Besteller obliegende Mitwirkungshandlung als selbstständige Nebenpflicht ausgestaltet ist.

III. Bauablaufbezogene Darstellung

„Dahinstehen“⁹ lässt der BGH auf den ersten Blick die Kontroverse zwischen dem KG¹⁰ und den Oberlandesgerichten München,¹¹ Frankfurt¹² und Köln¹³ hinsichtlich der Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung zur Begründung des Anspruchs aus § 642 BGB . Eine diesbezügliche Entscheidung war im zur Entscheidung anstehenden Fall nicht erforderlich, weil die in der Revision zu beurteilenden Entschädigungsansprüche an Umstände, die zeitlich nach dem Ende des Annahmeverzuges lagen, anknüpften und deshalb ungeachtet ihrer Darlegungstiefe unbegründet waren.

Allerdings löst sich diese Kontroverse anhand des vom BGH für einen Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB gesteckten Rahmens. § 642 BGB gewährt einen Entschädigungsanspruch, der einen Ausgleich für die Dauer des Annahmeverzuges schafft und darüberhinausgehende Ansprüche einem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch vorbehält. Es ist nicht notwendig für einen Anspruch, der für die „Dauer des Verzugs“ eine Entschädigung gewährt, dieselbe Darlegungstiefe zu verlangen, wie bei einem Schadensersatzanspruch, der über die „Dauer des Verzugs“ hinaus Ansprüche in Aussicht stellt. Der Unternehmer muss „nur“ darlegen, dass er aufgrund einer unterlassenen Mitwirkung des Bestellers keine Leistungen erbringen konnte, obwohl er seine Produktionsmittel vorgehalten hat und leistungsbereit war.¹⁴ Auch der BGH weist auf diese Tatsache scheinbar beiläufig hin, wenn er folgendes konstatiert:

7 BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98 .

8 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17.

- 9 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17.
- 10 KG, Urt. v. 10.01.2017 – 21 U 14/16 .
- 11 OLG München, Urt. v. 20.11.2007 – 9 U 2741/07 ; BGH, Beschl. v. 09.10.2008 – VII ZR 222/07 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).
- 12 OLG Frankfurt, Urt. v. 23.07.2013 – 6 U 122/12 ; BGH, Beschl. v. 25.06.2015 – VII ZR 238/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).
- 13 OLG Köln, Urt. v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 mit Bezug auf BGH, Urt. v. 24.02.2005 – ZR 141/03.
- 14 So auch Sienz, IBR 2017, 665.

Oldigs / Hornschuh: Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB: Wie gewonnen – so zerronnen? - BauR 2018 Heft 3 - 409 << >>

„Neben der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Mitwirkungshandlung des Bestellers ist erforderlich, dass der Unternehmer zur Leistung bereit und imstande (§ 297 BGB), seine Leistung wie geschuldet dem Besteller angeboten (§§ 294–296) und, sofern die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben, ordnungsgemäß die Behinderung, wenn diese nicht offenkundig ist, nach § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat (...).“

Die Begründung eines Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB ist damit aber auch in diesem Rahmen kein „Selbstläufer“. Annahmeverzug liegt vor, wenn der Leistungserfolg verspätet eintritt, weil der Besteller (Gläubiger) die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt.

Dies setzt voraus, dass der Unternehmer (Schuldner) so, wie er die Leistung anbietet, auch leisten darf. Hinsichtlich des Leistungszeitpunktes muss Erfüllbarkeit gegeben sein. Der Unternehmer muss die Leistung am rechten Ort und zur rechten Zeit anbieten; gem. § 271 Abs. 2 BGB darf er im Zweifel sein Angebot bereits vor Fälligkeit (aber nicht zu einer dem Besteller unzumutbaren Zeit) unterbreiten.¹⁵ Der Besteller muss mithin in die Lage versetzt werden, nur noch zugreifen zu müssen (sog. „Anleisten“).¹⁶ Zu beachten ist hinsichtlich dieser Grundsätze bei Bauverträgen zweierlei. Zum einen betrifft § 271 BGB nur den Fall, in dem Leistungszeiten nicht vereinbart sind. Der Unternehmer wird ein Bauvorhaben, insbesondere komplexer Art, regelmäßig nicht vor einem vereinbarten Termin zur Fertigstellung übergeben, da der Besteller – anderweitige Regelungen oder Ausnahmefälle außen vor gelassen – das Bauvorhaben vor diesem Zeitpunkt nicht übernehmen möchte, sei es, weil er einen Umzug geplant, eine Erstvermietung vorgesehen hat, sei es, dass er vorher nicht nur keinen wirtschaftlichen Nutzen, sondern sogar höhere Kosten hat. Zum anderen können nach § 271 Abs. 2 BGB bei einer bestimmten Leistungszeit Handlungen des Schuldners nicht vor dieser verlangt werden. Dies wird man in gleicher Weise auf die im Rahmen des § 642 BGB relevanten Mitwirkungshandlungen des Bestellers anzuwenden haben. Haben die Parteien einen Bauablaufplan, Meilensteine oder Abrufristen für bestimmte Mitwirkungsleistungen und -handlungen vereinbart, wird der Unternehmer diese vor dem vereinbarten Zeitpunkt nicht verlangen und damit durch das Nichtvorliegen einer Mitwirkungshandlung keinen Annahmeverzug begründen können.

Zum richtigen Zeitpunkt muss der Unternehmer die Leistung auch tatsächlich anbieten. Er muss also nach dem gesetzlichen Regelfall vor Ort leistungsfähig und -willig erscheinen, seine Leistung jedoch aufgrund der fehlenden Mitwirkung nicht erbringen können. Zeichnet sich dies bereits im Vorfeld ab, kann ein wörtliches Angebot nach § 295 Satz 2 BGB dann genügen, wenn der Unternehmer aufgrund einer fehlenden notwendigen Mitwirkungshandlung des Bestellers außer Stande ist, seine Leistung tatsächlich anzubieten.¹⁷ Das wörtliche Angebot ist – wie die Mahnung – eine geschäftsähnliche Handlung, für die die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel und Stellvertretung nach den §§ 104 BGB ff. analog gelten.¹⁸ Das wörtliche Angebot kann auch konkludent vorgenommen werden, bedarf keiner Form und kann sogar stillschweigend erfolgen.¹⁹ Ein solches wörtliches Angebot kann demnach auch dergestalt gemacht werden, dass der Unternehmer sein Personal, die erforderlichen Geräte und Materialien auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt,²⁰ dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen. Ein wörtliches Angebot reicht gem. § 295 Satz 1 BGB auch aus, wenn der Besteller im Vorfeld bereits erklärt, die Leistung des Unternehmers nicht annehmen zu wollen oder zu können.²¹

Schließlich kann gem. § 296 BGB – in Ergänzung zu § 295 Satz 2 BGB – ein Angebot sogar gänzlich entbehrlich sein. Unterlässt der Besteller eine Mitwirkungshandlung, für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, gerät er in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebotes bedarf. Selbstverständlich müssen aber auch hier die übrigen Voraussetzungen des Annahmeverzuges, insbesondere Leistungsbereitschaft und Leistungswille, vorliegen.²²

¹⁵ MünchKomm/Ernst, BGB, 7. Aufl. 2016, § 295 Rdnr. 7.

¹⁶ BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 286/82 .

¹⁷ Stickler, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, § 642 Rdnr. 24.

18 MünchKomm/Ernst, BGB, 7. Aufl. 2016, § 295 Rdnr. 2; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 295 Rdnr. 1.

19 Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 295 Rdnr. 2.

20 BGH, Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 440/01 .

21 Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 295 Rdnr. 4.

22 Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 296 Rdnr. 1.

Oldigs / Hornschuh: Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB: Wie gewonnen – so zerronnen? - BauR 2018 Heft 3 - 410 << >>

Gem. § 297 BGB kommt der Besteller schließlich nur dann in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zur Zeit der unterbliebenen Mitwirkung und des Angebotes zur Leistung imstande und bereit ist. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des tatsächlichen Angebotes, des Zugangs des wörtlichen Angebotes (§ 130 BGB analog) bzw. des Leistungstermins i.S.d. § 296 BGB . Die Leistungsbereitschaft des Unternehmers ist eine vom Leistungsangebot unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzuges vorliegen muss. Sofern und soweit der Unternehmer zur Leistung nicht tatsächlich bereit ist, ist ein Annahmeverzug ausgeschlossen; ohne Leistungsbereitschaft des Unternehmers wäre eine Risikoverlagerung auf den Besteller nicht gerechtfertigt.

Wie auch bei der vom BGH gelebten Praxis, hinsichtlich der Qualifikation von Mitwirkungshandlungen oder der Risikoverteilung auf die konkreten vertraglichen Abreden abzustellen, ist hinsichtlich der Darlegungslast des Unternehmers für einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB auf die konkrete Situation abzustellen. So wird nicht jede schlüssige Darlegung eine detaillierte bauablaufbezogene Darstellung erfordern. Insbesondere wenn bei abgrenzbaren Gewerken dem Unternehmer eindeutig eine Vorleistung fehlt, wie z.B. dem Rohbauunternehmer die Baugrube oder dem Fassadenunternehmer der Rohbau, wird es ausreichen, das Fehlen der konkreten Vorleistung und damit das Unterlassen der entsprechenden Mitwirkungshandlung und die zum entsprechenden Zeitpunkt eigene Leistungsbereitschaft darzulegen und damit den Annahmeverzug zu begründen. Kommt es hingegen insbesondere bei komplexen Vorhaben oder Generalunternehmervergaben während der Bauausführung zu Störungen durch unterlassene Mitwirkungshandlungen, wird es für den Vortrag des Unternehmers entscheidend darauf ankommen, nicht nur die unterlassene Mitwirkungshandlung, sondern auch die weiteren anspruchsbegründenden Tatsachen, insbesondere das Angebot und die zu diesem Zeitpunkt bestehende Leistungsfähigkeit und -bereitschaft darzulegen. Der Unternehmer muss darlegen, bei ordnungsgemäßer Vornahme der Mitwirkungshandlung seine Leistung vereinbarungsgemäß ausgeführt zu haben. War er aufgrund eigener Versäumnisse nicht leistungsbereit, kann trotz unterlassener Mitwirkungshandlung Annahmeverzug nicht eintreten. Aber selbst wenn zwar nicht die unterlassene Mitwirkungshandlung, sondern frühere Behinderungen des Bestellers zu den Verzögerungen führen, können diese mittelbaren Folgen nicht zur Begründung eines Entschädigungsanspruches herangezogen werden. Der Unternehmer ist bei Vertretenmüssen des Bestellers auf die entsprechenden Schadensnormen zu verweisen.

Die Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung zur Begründung eines Entschädigungsanspruches ist anhand des konkreten Einzelfalls, nicht mehr abstrakt zu beurteilen. Bei genauem Hinsehen liegt hierin keine grundsätzliche Abkehr des BGH von den im Ergebnis divergierenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte, da jedenfalls nach den veröffentlichten Sachverhalten in den Fällen, in denen eine bauablaufbezogene Darstellung gefordert wurde, komplexere Tatbestandskonstellationen vorlagen, während in der Entscheidung des KG²³ der Sachverhalt auch ohne eine bauablaufbezogene Darstellung klar zu fassen war.

IV Entschädigungshöhe

Hinsichtlich der Höhe des Entschädigungsanspruches hat der Unternehmer konkret darzulegen, welche Leistungen er infolge des Annahmeverzuges nicht auszuführen in der Lage war und welches Personal, Gerät und Material er hierfür unproduktiv vorgehalten hat. Konnte trotz des Annahmeverzuges Leistung erbracht werden, dürfte der vom BGH gesteckte Rahmen, nämlich eine Entschädigung für während des Annahmeverzuges unproduktiv bereit gehaltene Produktionsmittel, verlassen sein. Für die konkret dargelegten unproduktiv vorgehaltenen Produktionsmittel kann der Unternehmer den zu entschädigenden Geldbetrag – entsprechend dem Wortlaut der Norm – anhand der vereinbarten Vergütung ermitteln. Angesichts der vorausgegangenen Entscheidung des KG²⁴ im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von entgangenem Gewinn, Wagnis und Allgemeinen Geschäftskosten, sah sich der Senat zu folgender Klarstellung veranlasst:²⁵

23 KG, Urt. v. 10.01.2017 – 21 U 14/16 .

24 KG, Urt. v. 10.01.2017 – 21 U 14/16 .

25 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17.

„(...) bei der Bemessung der Entschädigung gemäß § 642 BGB [ist] die „Höhe der vereinbarten Vergütung“ zu berücksichtigen, die auch den in dieser Vergütung enthaltenen Anteil für Gewinn, Wagnis und Allgemeine Geschäftskosten einschließen kann.“

V. „Back to the roots“

Der BGH bestätigt in seiner jüngsten Entscheidung die Qualifikation des § 642 BGB als verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis. Dieser entschädigt den Unternehmer für den unproduktiven Einsatz von Produktionsmitteln während eines auf eine unterlassene Mitwirkungshandlung des Bestellers zurückzuführenden Annahmeverzuges.

Dem Versuch, über § 642 BGB ohne Ansehung des Charakters einer Störung, ohne Vertretenmüssen und ohne Schadensnachweis einen übergreifenden Bauzeitennachtrag zu generieren, dürfte künftig ein Riegel vorgeschoben sein. Da diese Möglichkeit jedoch ohnehin eine vermeintliche war, verweist die jüngste Entscheidung des BGH die Parteien eines Bauvertrags auf nicht mehr und nicht weniger als auf die vertraglichen und gesetzlichen Regelungen und deren Tatbestandsvoraussetzungen.