



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Julia Gerhardt
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 1577 - 1583 (Heft 10)
Verlag	Werner Verlag

Gerhardt, BauR 2023, 1577

§ 642 Abs. 1 BGB – Die Quadratur des Kreises?



von Rechtsanwältin Julia Gerhardt, München

„Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen“ – Was zunächst so wunderbar nach Kooperationsgebot und Interessenausgleich klingt, wirft bei genauerem Hinsehen etliche Fragezeichen auf (und damit ist der Blick noch nicht einmal auf den Absatz zwei der Vorschrift und die damit verbundene Diskussion um den Umfang der angemessenen Entschädigung des Unternehmers gerichtet). Diese Fragezeichen soll der folgende Beitrag aufzeigen und klären, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 642 Abs. 1 BGB überhaupt Raum für eine „angemessene Entschädigung“ lassen.

I. Die Entstehungsgeschichte

Die Regelung des heutigen § 642 Abs. 1 BGB war bereits in dem ersten Entwurf des BGB von 1887 vorgesehen, damals allerdings noch in abgespeckter Version als § 575 Satz 1., der da lautete:

„Kommt der Besteller bei dem Beginne oder während der Herstellung des Werkes in Verzug der Annahme, so hat der Übernehmer Anspruch auf eine angemessene Vergütung“.

Den entsprechenden Regelungsbedarf sah die Kommission darin, dass die Bestimmungen des Allgemeinen Schuldrechts nicht ausreichten, um die Interessen der Werkvertragsparteien im Einzelfall praxisgerecht abzubilden. So waren zwar die Fälle der objektiven und der subjektiven Unmöglichkeit bereits durch die Regelungen des § 368 Abs. 1¹ E 1 (heute § 326 Abs. 1 BGB) und § 368 Abs. 2² E 1 (heute § 326 Abs. 2 BGB) abgedeckt, im Fall der nur vorübergehenden subjektiven Behinderung des Bestellers, die gerade nicht zur Unmöglichkeit der Leistung führt, wäre der Unternehmer dem Besteller gegenüber aber auf die Rechte des § 261³ E 1 (heute § 304 BGB) beschränkt⁴ gewesen und hätte nur solche Mehraufwendungen von dem Besteller verlangen können, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes hätte machen müssen. Für den eigentlichen Nachteil, der dem Unternehmer durch das Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlung des Bestellers entsteht, nämlich die zeitliche Verschiebung der Ausführung der Werkleistung, gewährt der heutige § 304 BGB dagegen keinen Ersatz. Darin sah die erste Kommission eine „offenbare Unbilligkeit“, die dem Grundprinzip des (verschuldensunabhängigen) Annahmeverzuges widersprochen hätte.⁵

Daneben hielt es die Kommission auch nicht für sachgerecht, die für den Dienstvertrag getroffene Bestimmung des § 561 E 1⁶ (heute § 615 BGB) für den Werkvertrag für anwendbar zu erklären, da letzterer „[...] in den maßgeblichen Beziehungen, namentlich wegen der Unteilbarkeit des Werkes, ganz anders geartet [ist,] wie der Dienstvertrag“.⁷

Vor diesem Hintergrund entschied sich die erste Kommission, im Werkvertragsrecht eine Spezialregelung für den Fall der vorübergehenden subjektiven Behinderung des Bestellers vorzusehen. Die eingangs zitierte Formulierung des ersten Entwurfs wurde im Laufe der Sitzungen der zweiten Kommission in den heutigen Wortlaut geändert,⁸ um deutlich zu machen, dass es bei der Regelung um einen Zeitverlust geht, für den der Unternehmer eine angemessene Vergütung erhalten soll.⁹

II. Die Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Anspruch auf angemessene Entschädigung setzt nach der seit dem Inkrafttreten des BGB unveränderten Regelung des § 642 BGB „[...] nur voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen einer Handlung, die bei der Herstellung des Werkes erforderlich ist, in Annahmeverzug gerät“.¹⁰ In Annahmeverzug gerät der Besteller gem. §

293 BGB dann, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, der Schuldner leisten darf, zur Leistung bereit und imstande ist (§ 297 BGB) und die Leistung dem Gläubiger wie geschuldet anbietet.¹¹

Hierzu im Einzelnen:

1. Unterlassen einer Handlung, die bei der Herstellung des Werkes erforderlich ist

Voraussetzung des § 642 Abs. 1 BGB ist zunächst, dass der Besteller eine bei der Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterlässt. Mit anderen Worten: § 642 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Herstellung des Werkes bereits möglich, aber noch nicht abgeschlossen ist. Die Leistungspflicht des Unternehmers muss also schon oder noch fällig sein, das Werk darf aber noch nicht vertragsmäßig hergestellt sein i.S.d. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Anders als bei § 631 Abs. 1 BGB („[...] wird [...] der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“) oder § 640 Abs. 1 BGB („Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen“) spricht § 642 Abs. 1 BGB nur von einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung. Die Mitwirkungshandlung kann also eine Vertragspflicht des Bestellers darstellen, es kann sich insoweit aber auch um eine bloße Obliegenheit des Bestellers handeln. Die erste Kommission wies dementsprechend darauf hin, dass für den Fall, dass der Besteller dem Unternehmer gegenüber als Schuldner verpflichtet ist, in der erforderlichen Weise bei der Ausführung des Werkes mitzuwirken und der Besteller diese Pflicht schuldhaft nicht erfüllt, auch ein Gläubigerverzug des Bestellers vorliegen kann.¹²

Zur Erbringung der erforderlichen Mitwirkungshandlung kann sich der Besteller mangels anderslautender gesetzlicher Bestimmungen Dritter bedienen. Das gilt sowohl für den Fall, dass es sich insoweit um Vertragspflichten handelt, als auch für den Fall, dass die Mitwirkungshandlung eine bloße Obliegenheit darstellt, deren Erfüllung im eigenen Interesse des Bestellers liegt, um keinen Nachteil oder Rechtsverlust zu erleiden.¹³ Ob und in welchem Umfang eine solche Obliegenheit besteht, ist im Einzelfall gem. §§ 133, 157 BGB anhand der vertraglichen Vereinbarungen durch Auslegung zu ermitteln.

2. Leistungsvermögen des Schuldners

Gem. § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Voraussetzung des Annahmeverzugs ist im Umkehrschluss also die Leistungsfähigkeit und die Leistungsbereitschaft des Schuldners zum Zeitpunkt des Angebots i.S.d. der §§ 294, 295 und 296 BGB.

3. Ordnungsgemäßes Leistungsangebot an den Gläubiger

Der Schuldner muss seine Leistung dem Gläubiger außerdem ordnungsgemäß anbieten, gem. § 294 BGB also grundsätzlich so, wie sie zu bewirken ist. Das Leistungsangebot hat also am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der richtigen Art und Weise zu erfolgen. Davon abweichend genügt gem. § 295 Satz 1 BGB ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm entweder erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde oder aber wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist.

Anzubieten ist stets DIE Leistung, also dasjenige, zu dem der Schuldner nach dem Vertrag verpflichtet ist. Mit anderen Worten: Der Schuldner muss die Erfüllung anbieten. Das Angebot einer Leistung an Erfüllung statt oder eines Erfüllungssurrogats reicht insoweit nicht aus.¹⁴ Nachdem der Schuldner gem. § 266 grundsätzlich nicht zur Teilleistung berechtigt ist, reicht auch ein Teilangebot nicht aus, um den Annahmeverzug des Gläubigers herbeizuführen.

Die Leistungspflicht des Werkunternehmers besteht gem. § 631 Abs. 1 BGB in der Herstellung des versprochenen Werkes. Mit Blick auf den Mangelbegriff des § 633 BGB wird deutlich, dass die Betonung insoweit nicht auf dem Begriff der Herstellung, sondern auf dem des Werkes liegt. Geschuldet ist im Rahmen des Werkvertrags also ein Erfolg oder, um es mit den Worten der ersten Kommission zu beschreiben: „Bei dem Dienstvertrage wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrage für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen“.¹⁵

Um den Gläubiger überhaupt in Annahmeverzug setzen zu können, muss der Werkunternehmer also den geschuldeten Erfolg in toto erbringen und dem Besteller das fertige Werk zur Abnahme anbieten.

Und genau an dieser Stelle drehen wir uns zum ersten Mal im Kreise: Nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 1 BGB darf das versprochene Werk noch nicht hergestellt sein. Damit der Unternehmer aber einen Anspruch auf angemessene Entschädigung haben kann, muss der Besteller durch die unterlassene Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug geraten, was gem. § 294 BGB nur dann der Fall sein kann, wenn das versprochene Werk abnahmereif angeboten, das Werk also bereits vollständig hergestellt wurde. Ein Entschädigungsanspruch bestünde dementsprechend nur dann, wenn

- der Besteller zu einem Zeitpunkt, in dem die Werkleistung schon und noch fällig ist, eine zu deren Herstellung erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt,
- der Unternehmer die Werkleistung nach dem Wegfall der Behinderung vertragsgemäß herstellt und dem Besteller ordnungsgemäß zur Abnahme anbietet
- der Besteller das Werk nicht an- und damit auch nicht abnimmt
- das Unterlassen der Mitwirkungshandlung kausal für die Nichtannahme der Leistung ist.

Nach diesem wortlautgetreuen Verständnis des § 642 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch auf angemessene Entschädigung in der Praxis aber wohl kaum mehr denkbar, da die Mitwirkungshandlung des Bestellers und die

Annahme des Werks als Teil der Abnahme wohl in den seltensten Fällen in einem Ursachenzusammenhang stehen.

III. Auslegungsmöglichkeiten

1. Leistung = Erfolg?

Doch selbst wenn man die Kausalität im Rahmen des § 642 Abs. 1 BGB nicht als Tatbestandsmerkmal der Norm sieht oder sie als gegeben unterstellt, führt das zu keiner sinnvollen Lösung. Denn was bleibt ist, dass der Besteller nach der Erfüllung der Werkleistung in Annahmeverzug geraten muss.

Der zeitliche Ablauf müsste sich also wie in Abb. 1 skizziert darstellen.



Nimmt der Besteller die Werkleistung aber ab, wären die Voraussetzungen des § 642 Abs. 1 BGB nicht erfüllt und der Unternehmer würde trotz zwischenzeitlicher Behinderung keine angemessene Entschädigung erhalten. Mit anderen Worten: Der Besteller könnte sein unkooperatives Verhalten im Erfüllungsstadium dadurch „heilen“, dass er die Werkleistung unter Mangelvorbehalt abnimmt und den Unternehmer damit um seinen Entschädigungsanspruch bringt. Damit dürfte der Anwendungsbereich der Norm praktisch gleich Null gehen.

Außerdem wäre dem Wunsch des historischen Gesetzgebers, dem Unternehmer für die Dauer, über die der Besteller eine erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, eine angemessene Entschädigung dafür zu gewähren, dass er Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält,¹⁶ damit nicht Genüge getan.

Schließlich würde bei vorstehender Auslegung der Norm auch kein Anwendungsbereich mehr für § 643 BGB bestehen. Denn mit der Erfüllung der Werkleistung ist eine Vertragskündigung/-aufhebung sinnlos, da der Unternehmer ja gerade keine Leistungen mehr schuldet, von deren Erfüllungspflicht er sich durch eine Kündigung befreien möchte.

2. Leistung = Herstellungshandlung(en)?

Ausgehend von der ratio legis müsste sich der zeitliche Ablauf also wie in Abb. 2 darstellen.

Der Annahmeverzug müsste also nicht dadurch entstehen, dass der Besteller das fertige Werk nicht annimmt, sondern dadurch, dass der Unternehmer aufgrund der fehlenden Mitwirkungshandlung des Bestellers an der Erbringung von Handlungen gehindert ist, die zur Erfüllung seiner Vertragspflicht erforderlich sind.

Oder anders ausgedrückt: Der Begriff der Leistung in § 294 BGB müsste im Bereich des Werkrechts deutlich weiter ausgelegt werden, als es nach dem Verständnis der §§ 293 ff. BGB dogmatisch korrekt wäre und bereits die auf dem Weg zur Leistung erforderlichen Arbeitsschritte umfassen.

Auf den ersten Blick scheinen damit alle Auslegungsschwierigkeiten gelöst und ein Weg gefunden zu sein, der exakt dem Willen des Gesetzgebers entspricht und so wohl auch ohne erläuternde Subsumtion vom BGH vertreten wird.¹⁷

Bei näherem Hinsehen wird jedoch schnell klar, dass die Prüfung des Erstattungsanspruchs nach § 642 Abs. 1 BGB dem Kampf mit der Hydra gleicht. Denn auch wenn man davon ausgehen möchte, dass der Unternehmer entgegen dem Wortlaut des § 293 BGB nicht seine fertige Werkleistung, sondern nur eine Handlung anbieten muss, die zur Herstellung der Werkleistung beiträgt, ist damit trotzdem nicht geklärt, wie dieses Angebot im Einzelfall konkret auszusehen hat.

Oder anders ausgedrückt: Die Auslegung des Begriffs der Leistung im Lichte des § 642 Abs. 1 BGB ändert nichts daran, dass das Leistungsangebot den Anforderungen der §§ 294 bis 297 BGB entsprechen muss. Die Leistung i.S.e. Herstellungshandlung muss also jedenfalls zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise erfolgen. Diese Tatbestandsmerkmale sind – wie auch in sonstigen Fällen des Annahmeverzuges, also z.B. im Kaufrecht – objektiver Natur und müssen ergo auch anhand der Umstände des Einzelfalls verifizierbar sein.

Gerade das ist für die einzelnen Arbeitsschritte zur Herstellung des geschuldeten Werkerfolgs aber in den allermeisten Fällen nicht möglich, da es der Natur des Werkvertrages und der sich daraus ergebenden Vertragspraxis widerspricht.

Denn aufgrund der Erfolgsbezogenheit der werkvertraglichen Leistungspflicht ist der Unternehmer ohne anderslautende Vereinbarung grundsätzlich in der Wahl der einzusetzenden Mittel, der Arbeitsmethoden und der zeitlichen Einteilung seiner Arbeiten frei.¹⁸ Ein objektives „richtig“ gibt es insoweit also nicht, so lange der Vertrag hierzu keine Regelungen vorsieht.

Gehen wir zur Veranschaulichung zunächst von einem Einheitspreisvertrag aus, dem ein umfangreiches Leistungsverzeichnis sowie vertraglich bestimmte Termine für den Baubeginn, die Erreichung bestimmter Zwischenschritte sowie die Fertigstellung zugrunde liegen. In diesem Fall mag man bezüglich einzelner Zwischenschritte noch eine relativ genaue Vorstellung davon bekommen, was der Unternehmer wann anzubieten hat.

Schwieriger wird es aber schon dann, wenn etwa keine Termine vertraglich vereinbart sind. Denn in diesem Fall hilft auch die Regelung des § 271 BGB nicht wirklich weiter. Geregelt ist darin nämlich lediglich, dass die Leistung, also der Werkerfolg im Zweifel sofort zu bewirken ist. Damit kann zwar noch ein Zeitpunkt für den ersten Arbeitsschritt auf dem Weg zum Werkerfolg bestimmt werden, mehr aber auch nicht.

Mit anderen Worten: Wurden bereits Arbeitsschritte durchgeführt, dürften die Darlegung und vor allem der Beweis der Rechtzeitigkeit und Ordnungsmäßigkeit des Unternehmerangebotes kaum mehr möglich sein.

Selbes gilt für den Fall, dass nur ein unvollständiges oder gar kein Leistungsverzeichnis vorliegt, was in der Praxis außerhalb von Vergabeverfahren nicht selten der Fall ist. In dieser Konstellation ist der Unternehmer wie bereits ausgeführt in der Wahl der Arbeitsmittel und -methoden frei, solange die damit erbrachte Werkleistung am Ende mangelfrei ist.

Ob der von dem Unternehmer angebotene einzelne Arbeitsschritt richtig ist oder nicht, kann in dieser Konstellation also nicht objektiv ermittelt werden. Die Darlegung, dass das eigene Angebot zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise erfolgt ist, ist dementsprechend nicht möglich.

Im Falle eines Globalpauschalvertrages wäre der unkooperative Besteller mangels Vereinbarungen zu einzelnen Arbeitsschritten damit sogar gänzlich vor Ansprüchen des Unternehmers aus § 642 Abs. 1 BGB geschützt.

3. § 642 Abs. 1 BGB = Rechtsfolgenverweis?

Damit bliebe nur noch die Variante, in § 642 Abs. 1 BGB einen Rechtsfolgenverweis auf § 293 BGB zu sehen, sodass dessen in den §§ 294 ff. BGB geregelte Voraussetzungen nicht mehr zu prüfen wären.

Soweit ersichtlich wird dieses Verständnis in Rechtsprechung und Literatur nicht vertreten. Und das zu Recht: Denn so könnte der Besteller in den Verzug der Annahme geraten, ohne jemals ein Angebot erhalten zu haben.

Das würde im Ergebnis dazu führen, dass der Anspruch gem. § 642 Abs. 1 BGB auch dann bestehen würde, wenn der Unternehmer noch gar nicht zur Leistung bereit war.

IV. Ergebnis

Die vorstehend geschilderten Schwierigkeiten bei der Auslegung des § 642 Abs. 1 BGB machen deutlich, dass der Gedanke des Gesetzgebers, den verschuldensunabhängig unkooperativen Besteller zu sanktionieren, zwar grundsätzlich gut, in der Praxis aber kaum umsetzbar ist:

Wendet man die Norm nach dem Gesetzeswortlaut an, werden ihre Tatbestandsmerkmale wohl nie erfüllt. Legt man die Norm dagegen nach deren Telos aus, führt das dazu, dass es dem Unternehmer nur in sehr eingeschränkten Fällen gelingen wird, darzulegen, dass er die konkreten Arbeitsschritte zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise angeboten hat.

Wie man es also auch dreht und wendet: § 642 BGB ist dem Unternehmer im Ergebnis in den seltensten Fällen ein Gewinn.

V. Lösungsansatz

Und nun? Steht der Unternehmer insbesondere fernab des VOB/B-Vertrages damit ungeschützt auf weiter Flur?

Nein! Denn wie so oft, liegt auch hier die Lösung im Allgemeinen Schuldrecht. Dort hat der Gesetzgeber im ersten Abschnitt des zweiten Buches des BGB detailliert beschrieben, was die Vertragsparteien im Einzelnen schulden. So heißt es in § 241 Abs. 2 BGB:

„Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.“

Verletzt der Schuldner eine solche vertragliche Nebenpflicht, so kann der Gläubiger gem. § 280 Abs. 1 BGB Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, es sei denn der Schuldner hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

Damit der Unternehmer einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung hat, müsste der Besteller also eine vertragliche Nebenpflicht verletzt haben. Im Gegensatz zu dem Anspruch auf angemessene Entschädigung in § 642 Abs. 1 BGB reicht eine bloße Obliegenheitsverletzung zur Begründung eines Schadensersatzanspruches also nicht aus.

Vertragliche Nebenpflichten und Obliegenheiten unterscheiden sich dadurch, dass die Erfüllung von Obliegenheiten in erster Linie im eigenen Interesse des Rechtsinhabers liegt,¹⁹ während vertragliche Nebenpflichten zum Schutz der Rechte und Rechtsgüter der jeweils anderen Vertragspartei bestehen.

Mit dem Glasfassadenurteil vom 27.11.2022 hielt der BGH klarstellend fest, dass es sich bei den zahlreichen zur Erfüllung eines Bauvertrages erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Bestellers regelmäßig um Obliegenheiten des Bestellers handelt, sofern sich aus dem Gesetz oder den vertraglichen Vereinbarungen nicht anderes ergibt.²⁰ Oder anders formuliert: Die Erbringung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung kann auch eine vertragliche Nebenpflicht darstellen, sofern sich das aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt. Und genau das wird in den Fällen des § 642 BGB, der ja gerade eine bei der Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers voraussetzt, auch regelmäßig der Fall sein.

So etwa bei der rechtzeitigen Bereitstellung des für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereiten Baugrundstücks:

Freilich liegt es auch im Interesse des Bestellers, dem Auftragnehmer das Baugrundstück rechtzeitig zur Erbringung seiner Leistung zur Verfügung zu stellen, immerhin möchte er ja ein fertiges Bauwerk, also den werkvertraglichen Erfolg bekommen. Die Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolgs liegt aber genauso im Interesse des Unternehmers, da er mit dem bestehenden Werkvertrag nicht nur zur Leistung verpflichtet, sondern auch zur Leistung berechtigt ist, um die Fälligkeit des vereinbarten Werklohns herbeizuführen.

Ist der Unternehmer gehindert, seine Leistung zu erbringen, weil ein Gebäude nun einmal nicht ohne Grundstück errichtet werden kann, ist er in eigenen Rechten beeinträchtigt. Die rechtzeitige Bereitstellung des für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereiten Baugrundstücks dient also nicht nur eigenen Interessen des Bestellers, sondern auch dem Schutz der Rechte des Unternehmers und stellt somit auch eine Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB dar.²¹

Dieses Verständnis deckt sich im Ergebnis auch mit der Wertung des § 643 Satz 1 BGB. Denn dieser misst der Mitwirkungshandlung des Bestellers ein für den Unternehmer derart hohes Gewicht bei, dass letzterer im Falle des erfolglosen Ablaufs zur Nachholung der Mitwirkungshandlung sogar die Möglichkeit erhält, sich ohne rechtliche Nachteile – sprich ohne die Pflicht zum Schadensersatz – vom Vertrag zu lösen.

Die Abnahme als Mitwirkungshandlung des Bestellers wird in § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB darüber hinaus sogar per legem zur Hauptleistungspflicht erhoben.

Im Übrigen werden Mitwirkungshandlungen des Gläubigers von der Rechtsprechung an anderer Stelle je nach Einzelfall ebenfalls als vertragliche Nebenpflichten eingeordnet. So soll etwa der Verkäufer die vertragliche Nebenpflicht haben, dem Käufer die für die Darlehensauszahlung erforderlichen Unterlagen (also z.B. Wohnungseigentümervertrag, Baufortschritts-, Versicherungs- und Finanzierungsnachweis) zu überlassen, wenn ihm bekannt war, dass der Käufer den Preis mit einem Bausparvertrag finanzieren will.²²

Der Unternehmer hat also nicht nur einen Anspruch auf angemessene Entschädigung gem. § 642 BGB, sondern auch einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB. Diesen Anspruch darzulegen und zu beweisen, wird dem Unternehmer schon deshalb deutlich leichter fallen, weil er zu seinem nach Art und Weise ordnungsgemäßen Leistungsangebot gerade nicht ausführen muss.

Freilich muss er auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB zur Kausalität der Pflichtverletzung vortragen und darlegen, dass die Mitwirkungshandlung zum Zeitpunkt X erforderlich war, was wiederum die im Rahmen des § 642 Abs. 2 BGB viel diskutierte Frage der Notwendigkeit einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung aufwirft.

Doch wie oben bereits dargelegt, muss der Anspruch gem. § 642 Abs. 1 BGB in aller Regel bereits an der Darlegung und dem Beweis des ordnungsgemäßen Leistungsangebots des Schuldners scheitern, sodass die Frage einer bauablaufbezogenen Darstellung schon nicht mehr aufkommen kann.

Unabhängig davon ist das Kausalitätserfordernis beim Schadensersatz aber auch in § 249 Abs. 1 BGB über die Differenzhypothese gesetzlich normiert, was die Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung legitimiert. Für den Anspruch auf angemessene Entschädigung gem. § 642 Abs. 1 BGB fehlt es dagegen an dem Erfordernis der Kausalität.

Im Ergebnis liegt in der Annahme eines Schadensersatzanspruchs bei Mitwirkungsverzug des Bestellers auch kein Wertungswiderspruch zu § 642 Abs. 1 BGB. Denn wie eingangs dargelegt, wollte der historische Gesetzgeber den Unternehmer für einen Zeitverlust entschädigen, den er durch die fehlende Kooperation des Bestellers erleidet. Entsteht dem Unternehmer aber durch den Zeitverlust kein Nachteil, weil er etwa ohnehin noch keine Folgeaufträge hat, die laufenden Kosten wie z.B. das Personal aber dennoch zu tragen hat, besteht auch kein Bedürfnis für eine Entschädigung.

Erleidet der Unternehmer durch den Mitwirkungsverzug des Bestellers dagegen etwa dadurch einen Schaden, dass beispielsweise seine kalkulierten Materialpreise durch zwischenzeitliche Kostensteigerungen nicht mehr auskömmlich sind, bekommt er dafür gem. §§ 280 Abs. 1, 249 BGB einen entsprechenden Ersatz.

*	Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, Partnerin der ECOVIS L + C Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.
1	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin, 1888, fortan zitiert als E 1: „Wird der Schuldner aus einem gegenseitigen Verträge von der Verpflichtung zur Leistung infolge eingetretener Unmöglichkeit der Leistung befreit, so hat im Falle der gänzlichen Unmöglichkeit der Schuldner kein Recht auf die Gegenleistung, im Falle der theilweisen Unmöglichkeit der Gläubiger das Recht, die Gegenleistung verhältnismäßig nach Maßgabe des §. 392 zu mindern. Soweit der Schuldner die hiernach ihm nicht gebührende Gegenleistung bereits empfangen hat, kann der Gläubiger das Geleistete nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.“
2	E 1: „Ist die Leistung in Folge eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes oder, nach dem der Gläubiger in Verzug gekommen ist, unmöglich geworden, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. Der Gläubiger ist jedoch berechtigt, den Geldwerth der Aufwendungen, welche der Schuldner infolge der Nichtleistung erspart hat, und, wenn die Nichtleistung den Schuldner zur anderweitigen Verwendung seines Arbeitsvermögens in den Stand gesetzt hat, auch den Geldwerth des Erwerbes, welchen der Schuldner durch die anderweitige Verwerthung seines Arbeitsverhältnisses gemacht oder zu machen böswillig unterlassen hat, in Abzug zu bringen.“
3	E 1: „Der Schuldner hat gegen den Gläubiger, welcher in Verzug gekommen ist, Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, welche ihm durch das erfolglose Anbieten sowie durch Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes der Leistung entstanden sind.“
4	Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1988, Bd. 2 S. 495, fortan zitiert als Motive.
5	Motive, Bd. 2, S. 495.
6	E 1: „Kommt der Dienstberechtigte in Verzug der Annahme der Dienste, so hat der Dienstverpflichtete für die Dauer des Verzuges Anspruch auf die vertragmäßige Vergütung, ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein. Die Vorschriften des § 368 Abs. 2 Satz 2 finden entsprechende Anwendung.“
7	Motive, Bd. 2, S. 495.
8	Die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, Im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert von Justizrath Dr. Reatz, Erster Band, Buch I-III, Berlin, 1894.
9	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Dr. Achilles u.a., Band 2, Berlin, 1898, Protokoll 127, S. 328.
10	BGH, Urt. v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19, NJW 2020, 1293.
11	BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336 („Vorunternehmer II“).
12	Motive, Bd. 2, S. 496.
13	Stickler, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, § 642 BGB Rdnr. 10.
14	MünchKomm.-Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, § 294, Rdnr. 4.
15	Motive, Bd. 2, S. 478.
16	BGH, Versäumnisurt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544 [BGH 09.11.2017 - IX ZR 270/16].
17	So etwa BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336 („Vorunternehmer II“).
18	MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, § 631, Rdnr. 63.

19	BGH, Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582 („Glasfassade“).
20	BGH, Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582 („Glasfassade“).
21	BGH, Urt. v. 13.11.1953 – I ZR 140/52.
22	BGH, Urt. v. 01.06.1973 – V ZR 134/72, NJW 1973, 1793.