

## **Die Mitverantwortung des Bauherren nach BGB**

*von Rechtsanwalt Jörn Bröker*

Den Unternehmer eines Werkvertrages treffen weitgehende Verpflichtungen. Vor allem übernimmt er als vertragstypische Leistung die Herstellung und Verschaffung des versprochenen individuellen Werks. Dieses besteht stets in der Erbringung eines bestimmten Arbeitsergebnisses. Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit in eigener Verantwortung und unter Einsatz eigener Arbeitsmittel oder Fachkenntnisse aus, so dass er das alleinige Unternehmerrisiko für das Gelingen des geschuldeten Arbeitsergebnisses trägt.

### **I. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers**

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es dem Unternehmer nicht uneingeschränkt zugemutet werden kann, allein für das Gelingen des versprochenen Werkes verantwortlich zu sein. Zuweilen stößt der Auftragnehmer bei der Ausführung der Werkleistung auf Schwierigkeiten, die sich seiner Einflussnahme vollständig entziehen. Wenn der Bauherr seine Mitwirkungspflichten zur Beseitigung dieser Schwierigkeiten nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt, kann dies zu Schäden beim Auftragnehmer führen. Dieser Vortrag beschäftigt sich mit der Frage, welche Rechte dem Auftraggeber zustehen, wenn der Auftraggeber für die Werkherstellung notwendige Mitwirkungshandlungen nicht erbringt.

Aus der Komplexität eines Bauvorhabens ergeben sich besondere Schwierigkeiten. Diese beginnen zum Teil schon zu einem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer mit der Ausführung seiner Leistungen noch nicht einmal begonnen hat. Wenn der Auftraggeber das zu bebauende Grundstück nicht, nicht rechtzeitig oder mit anderer Beschaffenheit zur Verfügung stellt, kann der Unternehmer mit seinen Leistungen unter Umständen noch nicht einmal beginnen. Aber auch während der Bauausführung kommt es immer wieder zu Situationen, die einen weiteren Baufortschritt erschweren. So ist beispielsweise ein Nachunternehmer darauf angewiesen, dass ihm die Leistung des Vorunternehmers rechtzeitig und mangelfrei zur Verfügung gestellt wird. Ein Fliesenleger kann mit seinen Leistungen nicht beginnen, wenn ihm nicht der mit Estrich ausgestattete Rohbau zur Verfügung gestellt wird. Die Arbeiten des Rohbauers wiederum hängen davon ab, dass der Tragwerksplaner rechtzeitig die Schal- und Bewehrungspläne aushändigt. Dies zeigt, dass der reibungslose Bauablauf nur durch eine sorgfältige Koordination der Arbeits- und Planungsabläufe gewährleistet werden kann.

In solchen Fällen entsteht häufig Streit darüber, ob der Bauherr für die Erschwernisse verantwortlich ist und welche Rechte der Unternehmer geltend machen kann. Weil dem Unternehmer nach herrschender Meinung kein Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Mitwirkungshandlungen zusteht (vgl. BGHZ 11, 80, 88) können dem Unternehmer allenfalls Sekundäransprüche verbleiben.

## II.

### **Die Folge unterlassener, verspäteter oder schlechter Mitwirkung**

In den §§ 642, 643 und 645 BGB ist geregelt, welche Rechte dem Unternehmer zustehen, wenn der Besteller seiner Mitverantwortung nicht nachkommt. Weil die Vorschriften des Werkvertragsrechts jedoch nicht allein für Bauverträge geschaffen worden sind, sondern für eine Vielzahl von weiteren Verträgen Anwendung finden, sind die vorhandenen Regelungen zum Teil lückenhaft. Für Bauverträge können diese Lücken teilweise durch die Vereinbarung der VOB/B geschlossen werden (vgl. hierzu den nachfolgenden Vortrag). Wenn diese jedoch nicht wirksam vereinbart wird, gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB.

#### **1. § 642 I BGB**

In § 642 I BGB ist geregelt, dass der Auftraggeber eine angemessene Entschädigung erhält, wenn der Besteller eine zur Herstellung des Werks erforderliche Mitwirkungshandlung nicht erbringt.

##### **a) Erforderliche Handlung zur Werkerstellung**

Dies setzt zunächst voraus, dass die nicht vorgenommene Handlung zur Herstellung des Werks erforderlich ist. Die Handlung des Auftraggebers muss für die vertragsgemäße Herstellung des Werks insoweit von Bedeutung sein, als von dieser der Beginn oder die Durchführung von Arbeiten des Unternehmers abhängig ist (OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 466; MüKo/Busche, § 642, Rn. 6, 4. Auflage 2005).

Die Frage, ob eine Handlung für die Herstellung des Unternehmerwerks erforderlich ist, dürfte nicht all zu oft problematisch sein. So liegt es beispielsweise auf der Hand, dass ein Fliesenleger mit seinem Gewerk nicht beginnen kann, bis ihm vom Besteller ein ordnungsgemäß ausgeführter und abgetrockneter Estrich zur Verfügung gestellt wird. Ebenso offenkundig ist, dass der Rohbauer mit seinen Arbeiten nicht beginnen kann, bevor ihm ausreichend detaillierte Pläne zur Verfügung gestellt werden.

##### **b) Mitwirkungshandlung des Bestellers**

Sodann stellt sich die Frage, ob die Mitwirkungshandlung durch den Besteller geschuldet ist. Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer die alleinige Verantwortung für die Herbeiführung des Werkerfolges. Er gerät jedoch dort an die tatsächlichen und rechtlichen Grenzen seiner Leistungsfähigkeit, wo die Einfluss- und Verantwortungssphäre des Auftraggebers beginnt. Hier fragt sich, welche Mitwirkungshandlungen der Besteller erbringen muss. Das BGB jedenfalls schweigt sich hierüber aus. Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass das Werkvertragsrecht des BGB für eine Vielzahl von verschiedenartigen Verträgen entworfen worden ist. Wegen der unüberschaubaren Anzahl denkbarer Konstellationen ist bewusst darauf verzichtet worden, eine Aufzählung von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers in das BGB aufzunehmen (vgl. MüKo/Busche, § 642 Rn. 2). Welche Mitwirkungshandlungen durch den Besteller eines Bauvertrages zu erbringen sind, kann sich daher nur aus einer Auslegung der vertraglichen Vereinbarung ergeben. In diese Betrachtung sind auch die üblichen Verkehrssitten einzubeziehen (MüKo/Busche, § 642 Rn. 8).

Die Auslegung eines Generalunternehmervertrages wird im Regelfall ergeben, dass der Bauherr dem Generalunternehmer das Grundstück baureif und in der versprochenen Beschaffenheit zur Verfügung zu stellen hat. In diesem Fall trägt der Bauherr das sogenannte Baugrundrisiko (vgl. hierzu den nachfolgenden Vortrag). Bei einem Bauträgervertrag beispielsweise ist dies anders, denn der Erwerber erwirbt nicht nur das Gebäude, sondern auch das Grundstück vom Bauträger.

Bedient sich der Bauherr eines Architekten zur Planung des herzustellenden Objekts, wird er regelmäßig die Verantwortung dafür tragen, dass dem Auftragnehmer die erforderlichen Ausführungs- und Detailpläne zur Verfügung gestellt werden. Gibt der Bauherr dagegen ein schlüsselfertiges Gebäude in Auftrag, sind im Regelfall sämtliche Planungsleistungen durch den Auftragnehmer zu erbringen.

Ob der Bauherr auch dazu verpflichtet ist, dem Nachunternehmer eine mangelfreie Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen, ist in der Rechtsprechung umstritten (dafür die herrschende Meinung, z.B. BGH VII ZR 185/98, Urteil vom 21.10.1999, NJW 2000, S. 1336; dagegen BGH VII ZR 23/84, Urteil vom 27.07.1987, BGHZ 95, 128). Mit dieser Frage wird sich ein späterer Vortrag befassen.

Im Rahmen der Vertragsauslegung können die Vorschriften der VOB/B als Auslegungshilfe herangezogen werden (vgl. Hofmann, Festschrift für Craushaar, Seite 220; vgl. auch v. Craushaar, BauR 1987, 14, der allerdings auf § 242 BGB abstellt). Insbesondere die §§ 3 und 4 VOB/B konkretisieren die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers. Die dortige Verteilung der Mitwirkungspflichten orientiert sich letztlich an den Einfluss- und Verantwortungsbereichen und ist daher auch für einen BGB-Bauvertrag sachgerecht. Nähere Ausführungen hierzu sind dem nachfolgenden Vortrag vorbehalten.

### **c) Annahmeverzug**

Ferner muss der Auftraggeber durch das Unterlassen der gebotenen Mitwirkungshandlung in den Verzug der Annahme geraten. Hierfür wird es im Regelfall genügen, dass der Unternehmer dem Auftraggeber die Leistung wörtlich anbietet. Dem steht es gleich, wenn der Auftraggeber zur Vornahme der erforderlichen Handlung aufgefordert wird, § 295 BGB. Ein Verschulden des Auftraggebers ist hierfür nicht erforderlich. Allerdings muss der Unternehmer bei Erklärung des Angebots bzw. der Aufforderung auch tatsächlich dazu in der Lage sein, die seinerseits geschuldete Leistung zu bewirken, § 297 BGB.

### **d) Angemessene Entschädigung**

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zu, § 642 Abs. 1. Dieser Anspruch soll den Unternehmer dafür entschädigen, dass er Arbeitskraft und Kapital (z.B. Geräte) bereithält und seine zeitliche Disposition durchgekreuzt wird. Er umfasst daher auch den Verwaltungsmehraufwand, der infolge des Annahmeverzuges des Bestellers entsteht. Der angemessene Entschädigungsbetrag richtet sich u.a. nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung. Andererseits muss sich der Unternehmer ersparte Aufwendungen sowie anderweitigen Erwerb anrechnen lassen (MüKo/Busche, § 642 Rn. 17). Ausgangspunkt für die Bemessung des Entschädigungsbetrags ist stets die vereinbarte Vergütung. Allerdings sind von der vereinbarten Vergütung Wagnis und Gewinn abzuziehen; diese sind nach wohl herrschender Meinung nicht zu entschädigen (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98 = NJW 2000, Seite 1336; Palandt/Sprau, § 642 Rn. 5;

MüKo/Busche, § 642 Rn. 17; Maxem, BauR 2003, 952, 954). Zum Teil wird dies jedoch auch anders beurteilt (so - ohne nähere Begründung - OLG Celle, Urteil vom 24.02.1999, 14a (6) U 4/98, NJW-RR 2000, 234; Kleine-Möller, NZBau 2000, 401 Werner/Pastor, der Bauprozess, 11. Auflage, Rn. 1333; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 4. Auflage, Rn. 1650).

Dieser Entschädigungsanspruch ist ein Anspruch eigener Art und steht neben weiteren Ansprüchen. Insbesondere wird § 642 Abs. 1 nicht durch die Vereinbarung der VOB/B ausgeschlossen (BGH NJW 2000, Seite 1337).

## **2. § 643 BGB**

Wenn die Voraussetzungen von § 642 BGB vorliegen, kann der Unternehmer unter den Voraussetzungen von § 643 BGB den Vertrag aufheben.

### **a) Fruchtlöse Fristsetzung unter Kündigungsandrohung**

Will sich der Unternehmer wegen der unterlassenen Mitwirkung einseitig vom Vertrag lösen, muss er dem Besteller eine angemessene Frist zur Nachholung der erforderlichen Handlung setzen und gleichzeitig erklären, dass er den Vertrag kündigt, wenn die Handlung nicht rechtzeitig vorgenommen wird.

Ob die vom Unternehmer gesetzte Frist angemessen ist, bemisst sich nach den Umständen des jeweiligen Falles. Sie muss dem Besteller eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung eröffnen und braucht daher nicht so bemessen zu werden, dass dieser die noch gar nicht begonnene Mitwirkungshandlung erst anfangen und fertigstellen kann (vgl. BGH NJW 1985, 323). Der Besteller soll in die Lage versetzt werden, die bereits in Angriff genommene Mitwirkungshandlung zu vollenden. Ist die Frist zu kurz bemessen worden, tritt an ihrer Stelle automatisch die angemessene Frist.

Für die Kündigungsandrohung ist es nicht ausreichend, dass sich der Unternehmer die Kündigung nach Fristablauf vorbehält. Es muss mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck kommen, dass der Unternehmer nach Ablauf der Frist keine Leistungen mehr erbringen wird.

Ist die Frist erfolglos abgelaufen und die Kündigung mit hinreichender Klarheit angedroht worden, endet der Vertrag kraft Gesetzes, ohne dass es noch einer gesonderten Erklärung bedarf, § 643 Satz 2 BGB.

### **b) Rechtsfolge**

Mit Fristablauf ist der Werkvertrag ohne weitere Erklärung aufgelöst. Weitere Erfüllungsleistungen sind durch den Unternehmer nicht zu erbringen. Unberührt bleiben allerdings Gewährleistungsverpflichtungen für bereits erbrachte Leistungen. Für den Zeitraum des Annahmeverzuges kann die Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 642 BGB verlangt werden. Für seine bislang erbrachten Leistungen kann der Auftragnehmer nach Maßgabe von § 645 Abs. 1 Satz 2 BGB einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

### **aa) Anspruch auf Teilvergütung**

Für die Ermittlung des dem Unternehmer zustehenden Teilvergütungsanspruchs kommt es darauf an, in welcher Relation die bereits erbrachte Leistung zur vereinbarten (vollständigen) Leistung steht. Insoweit gelten die Grundsätze, die auch bei gekündigten Werkverträgen zur Anwendung kommen (BGH NJW 1999, 2036). Ist beispielsweise ein Pauschalpreis vereinbart worden, muss der vom Unternehmer erbrachte Aufwand gegebenenfalls geschätzt und in Relation zur Gesamtvergütung gesetzt werden.

Der Anspruch auf Teilvergütung der erbrachten Leistung umfasst auch den kalkulierten Gewinn. Stattdessen kann der Auftragnehmer jedoch auch anteilige Gemeinkosten geltend machen (OLG München NJW-RR 1992, 348). Anders als bei § 649 BGB besteht hier jedoch kein Anspruch auf Vergütung für die nicht ausgeführten Leistungen. Der Unternehmer muss sich mit dem Entgelt für die von ihm erbrachte Leistung sowie dem Auslagenersatz begnügen (BGHZ 60, 14, 21). Dies schließt jedoch nicht aus, dass dem Unternehmer aus einem anderen Rechtsgrund ein Anspruch auf Schadensersatz (einschließlich des positiven Interesses) zusteht (vgl. unten unter 4).

### **bb) Anspruch auf Ersatz der Auslagen**

Dem Unternehmer ist auch der volle Auslagenersatz zu gewähren, wenn die entstandenen Auslagen durch das Werk verursacht und nicht in der Vergütung inbegriffen sind (BGHZ 137, 35, 39), z.B. für die Materialbeschaffung (vgl. BGHZ 137, 35, 38). Entscheidend ist insoweit, dass es sich um Kosten handelt, die dem Auftragnehmer für die Vorbereitung der von ihm geschuldeten Leistungen entstanden sind und die Teil der vereinbarten Vertragspreise sind (BGH VII ZR 64/96, Urteil vom 16.10.1997).

Bei der Bezifferung des Auslagenersatzes können sich in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten ergeben, wenn die Auslagen zwar in die Vertragspreise mit eingerechnet worden sind, sich aber nicht gleichmäßig auf die einzelnen Leistungsteile verteilen. Stehen die in der Vergütung inbegriffenen Auslagen zum Arbeitsaufwand und damit auch zu dem hierfür zu bezahlenden Werklohn in einem auch bei fortschreitender Arbeit gleichbleibenden Verhältnis, führt die für die geleistete Arbeit ermittelte Verfügung auch zu einer zutreffenden Abgeltung der Auslagen. Besteht jedoch zwischen Arbeitsaufwand und Auslagen keine Parallelität, müssen die auf den zu vergütenden Arbeitsaufwand entfallenden Auslagen gesondert ermittelt werden (MüKo/Busche, § 645 Rn. 13).

### **cc) Fälligkeit und Abnahme**

Für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs kommt es auf die Abnahme der Teilleistung nicht an (BGHZ 83, 197, 206). Weil der Unternehmer für die Anspruchsvoraussetzungen allerdings beweispflichtig ist, kann nur ernsthaft dazu angeraten werden, gleichwohl eine Abnahme mit einem (möglichst gemeinsamen) Aufmaß zu veranlassen. Kommt es später zum Streit darüber, welche Teilleistungen von dem Unternehmer erbracht worden sind (etwa weil der Bauherr behauptet, dass die vom Unternehmer erbrachten Leistungen von einem anderen Unternehmer erbracht worden sind), wäre der Auftragnehmer schnell in Beweisnot. Daher ist es von größter Bedeutung, den Bautenstand bei Vertragsbeendigung genauestens zu dokumentieren.

### **3. § 645 Abs. 1 BGB**

Wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen, § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB. In diesen Fällen geht also die Vergütungsgefahr auf den Bauherren über (MüKo/Busche, § 645 Rn. 1).

#### **a) Verschlechterung des Werks**

Zunächst muss das Werk vor der Abnahme untergehen, sich verschlechtern oder unausführbar werden. Ein Untergang in diesem Sinne liegt vor, wenn die Substanz des Werkes vernichtet wird. Unausführbar ist das Werk, wenn es nicht hergestellt werden kann. Eine Verschlechterung im Sinne von § 645 BGB ist bei jeder Qualitätsminderung gegeben. Zumeist wird diese zugleich bedeuten, dass das Werk mangelhaft im Sinne des Gewährleistungsrechts ist. Ob der Unternehmer in diesem Fall gewährleistungspflichtig ist, ist im BGB nicht geregelt. Es besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass der Unternehmer nicht für einen Mangel des Werks einstehen muss (BGH BauR 1977, 420, 421; OLG München, MDR 1960, 399; v. Craushaar, BauR 1987, 14, 17 m.w.Nachw.) Insoweit wird die Wertung des § 13 Nr. 3 VOB/B entsprechend herangezogen. Zum Teil wird auch vertreten, dass § 645 BGB nur dann Anwendung findet, wenn in der Verschlechterung des Werkes nicht zugleich auch ein Werkmangel vorliegt (MüKo/Busche, § 645 Rn. 4 m.w.Nachw.). Bei Mangelhaftigkeit des Werks sei allein §§ 634 ff. BGB anzuwenden, allerdings unter Berücksichtigung des Mitverschuldens des Bauherrn.

#### **b) Infolge der Mitverantwortung des Bestellers**

Die vorbeschriebene negative Beeinflussung des Werks muss entweder darauf beruhen, dass der vom Besteller gelieferte Stoff mangelhaft ist oder darauf, dass der Besteller eine Anweisung für die Ausführung erteilt hat.

##### **aa) Vom Besteller gelieferter Stoff**

Der gesetzgeberischen Wertung liegt die Überlegung zugrunde, dass der Besteller, wenn er mit der Lieferung eines Stoffes in die Arbeitsabläufe des Unternehmers eingreift, hierfür auch die Verantwortung tragen muss. Der Besteller trägt die Verantwortung dafür, dass der Stoff zur Herstellung des Werkes tauglich ist, unabhängig davon, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Stoff in diesem Sinne sind alle Gegenstände, aus denen, an denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen ist (BGHZ 60, 14, 20). In einem Bauvertrag ist beispielsweise der Baugrund als Stoff anzusehen (vgl. hierzu Craushaar, FS Locher, 1990, Seite 9, 19 ff; Englert NZBau 2000, 113; Preußner, BauR 2001, 697; Kleine-Möller/Merl, § 10 Rn. 302). Ebenfalls Stoff in diesem Sinne sind die von dem Auftraggeber für die Werkleistung gestellten baulichen Anlagen, aber auch Baustoffe und Hilfskonstruktionen, wie beispielsweise Gerüste. Ebenso ist die vorhandene Bausubstanz als Stoff anzusehen (BGH NJW-RR 2005, 669; zum Baugrund vgl. OLG Naumburg, NZBau 2005, 107, siehe auch Englert, NZBau 2000, 113). Mangelhaft im Sinne des § 645 BGB ist der Stoff dann, wenn er aufgrund seiner Beschaffenheit die Beeinträchtigung des Werkes bewirkt hat (Kleine-Möller/Merl. § 10 Rn. 303).

## **bb) Anweisung des Bestellers**

Von einer Anweisung des Bestellers kann dann gesprochen werden, wenn diese aufgrund ihrer Verbindlichkeit über die bei Werkverträgen notwendige Werksbeschreibung hinaus geht. Eine Anweisung in diesem Sinne ist nur bei Willenserklärungen gegeben, die auf die Konkretisierung eines bereits vertraglich vereinbarten Vertragsinhalts gerichtet ist und damit von einem bestimmten Rechtsfolgewillen getragen wird. Es handelt sich hierbei um die Aufforderung des Bestellers an den Unternehmer, die geschuldete Leistung in bestimmter Weise auszuführen, ohne dass der Unternehmer eine andere Wahl hat (BGHZ 91, 206, 213; Kleine-Möller/Merl, § 10 Rn. 303; vgl. BGH NJW 1981, 391, 392). Keine Anweisung in diesem Sinne ist jedoch der bloße Abruf vertraglich vereinbarter - und damit schon konkretisierter Leistungen, die Äußerung - rechtlich unverbindlicher - Wünsche durch den Besteller und das Angebot des Bestellers auf Erweiterung bzw. Änderung des bisherigen Vertragsinhalts (MüKo/Busche, § 645 Rn. 9). Die Leistungsbeschreibung ist auch keine Anweisung im Sinne von § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Kleine-Möller/Merl, § 10 Rn. 303, Str; a.A. v. Craushaar, BauR 1987, 15 m.w.Nachw.; Sieburg, Festschrift Korbion, S. 418). Diese ist eine notwendige Vertragstechnik zur Bestimmung des Vertragsinhalts, mit der dem Auftragnehmer noch nicht eine bestimmte Ausführung vorgegeben wird.

Unerheblich ist indes, ob der Auftraggeber dazu berechtigt ist, eine verbindliche Weisung zu erteilen. Entscheidend ist allein, dass der Auftragnehmer der Weisung nachkommt. Es gibt keinen Grund, den Unternehmer schlechter zu stellen, weil er sich freiwillig einer Anweisung des Bestellers unterwirft (Kniffka, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 03.01.2006, § 645 Rn. 13).

Keine Anweisung sind Hinweise auf vertragliche Verpflichtungen. Diese können nicht zu einer Risikoverlagerung zu Gunsten des Unternehmers führen. Insoweit verbleibt es bei der vertraglich vorgesehenen Risikoverteilung.

## **cc) Analoge Anwendung von § 645 Abs. 1 BGB**

Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich von § 645 Abs. 1 über dessen Wortlaut hinaus erweitert. Eine entsprechende Anwendung ist in den Fällen geboten, in denen die Leistung des Unternehmers aus Umständen beschädigt wird, untergeht oder unausführbar wird, die in der Person des Bestellers liegen oder auf Handlungen des Bestellers zurückgehen. In derartigen Fällen steht der Besteller der sich aus diesen Umständen ergebenden Gefahr für das Werk näher als der Unternehmer (vgl. z.B. BGH VII ZR 17/96, Urteil vom 21.08.1997; BGH VII ZR 47/80, Urteil vom 06.11.1980, BauR 1981, 71; BGH VII ZR 43/62, Urteil vom 11.07.1963, NJW 1963, 1824).

Die entsprechende Anwendung wurde beispielsweise in einem Fall bejaht, in dem die Leistung des Unternehmers infolge eines Hochwassers beeinträchtigt wurde und der Besteller den Hochwasserschutz übernommen hatte, ohne dass der Unternehmer Einwirkungsmöglichkeiten hatte (BGH VII ZR 17/96, Urteil vom 21.08.1997; BGH VII ZR 64/96, Urteil vom 16.10.1997). Entsprechendes ist für den Fall entschieden worden, dass der Besteller vor der Abnahme gefahrerhöhende Handlungen vorgenommen und sich diese Gefahr realisiert hat, z.B. dadurch, dass der Besteller in eine errichtete, jedoch noch nicht abgenommene Scheune Heu einbrachte, dass sich entzündete (BGH VII ZR 43/62, Urteil vom 11.07.1963, BGHZ 40, 71). Gleiches ist

vom OLG Köln in einem Fall angenommen worden, in dem der Besteller Schweißarbeiten in Auftrag gegeben hatte, die zum Brand führten (OLG Köln, OLGZ 75, 323).

Eine Umverteilung des Vergütungsrisikos kommt indes nicht in Betracht, wenn sich eine Risikolage realisiert, die für das Bauvorhaben typisch ist. Wenn beispielsweise ohne eine besondere Veranlassung des Bestellers ein Unternehmer eine bereits von einem anderen Unternehmer hergestellte, jedoch noch nicht abgenommene Leistungen beschädigt, wird § 645 Abs. 1 BGB nicht erweiternd ausgelegt (BGH VII ZR 47/80, Urteil vom 06.11.1980, BauR 1981, 71).

#### **c) Nicht durch den Unternehmer zu vertreten**

Ein Gefahrübergang auf den Auftraggeber kommt indes nur dann in Frage, wenn kein Umstand bei der Verschlechterung des Werkes mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Zu vertreten hat der Auftragnehmer die Verletzung vertraglicher Haupt- und Nebenpflichten. Von besonderer Bedeutung sind hier die werkvertraglichen Prüfungs- und Hinweispflichten. Der Auftragnehmer muss darlegen und beweisen, dass die Beeinträchtigung seiner Werkleistung nicht auf Umständen beruhen, die er mit zu verantworten hat. Aus diesem Grunde muss jedem Unternehmer dringend dazu angeraten werden, jede Bedenkenanzeige sorgfältig zu dokumentieren.

Die bloße Mitursächlichkeit einer Pflichtverletzung des Unternehmers reicht aus, um den Anspruch aus § 645 zu Fall zu bringen.

#### **d) Rechtsfolge**

Der Unternehmer kann vom Bauherrn die Zahlung der anteiligen Vergütung verlangen, § 645 Abs.1 S. 1.

Fraglich ist allerdings, ob der Bauherr seinerseits verlangen kann, dass der Unternehmer das Werk (freilich gegen nochmalige Vergütung) fertigstellt. Das BGB gibt hierauf keine Antwort. Hierfür kann jedenfalls nicht auf § 631 BGB abgestellt werden, denn hinsichtlich des beeinträchtigten Werks ist der Unternehmer so zu stellen, als wäre dieses bereits abgenommen worden (v. Craushaar, BauR 1987, S. 16). Bei der Geltung der VOB/B hat der BGH eine Pflicht zur Erneuerung in den Fällen angenommen, in denen die Bauleistung durch höhere Gewalt oder sonstige für den Unternehmer unabwendbare Umstände im Sinne von § 7 VOB/B beeinträchtigt worden ist (BGH, Schäfer/Finnern, Z 2.413 B 18 R). In einem BGB-Vertrag wird überwiegend angenommen, dass die Frage nur durch ergänzende Vertragsauslegung beantwortet werden kann (vgl. z.B. Siegburg, Festschrift Korbion, S. 422). Das Ergebnis hängt dann von den Umständen des Einzelfalls ab.

### **4. Anspruch auf Schadensersatz bzw. Werklohn**

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht hinreichend geschützt ist. So nehmen Auftraggeber Störungen des Vertragsverhältnisses gern zum Anlass, auf eine Beendigung der Vertragsbeziehungen hinzuwirken, wobei sie stets versuchen, einer freien Kündigung gemäß § 649 BGB zu entgehen, denn sie wollen sich nicht dem weitgehenden Vergütungsanspruch dieser Vorschrift unterwerfen (vgl. Lachmann, BauR 1990, Seite 410). Ein probates Mittel der Auftraggeber besteht darin, erforderliche Mitwirkungshandlungen zu verweigern und den Auftragnehmer damit in Bedrängnis zu bringen, in der Hoffnung,



dass der Unternehmer von seinem Recht nach § 643 BGB Gebrauch macht. Weil der Unternehmer in diesem Fall nur einen Teilvergütungsanspruch geltend machen kann, ist eine Vertragsbeendigung auf diese Weise verhältnismäßig kostengünstig. Hätte der Auftraggeber von seinem Kündigungsrecht nach § 649 BGB Gebrauch gemacht, hätte er hingegen den vollständigen Vergütungsanspruch bedienen müssen.

Auch der Anspruch aus § 642 BGB auf angemessene Entschädigung bietet lediglich einen Ausgleich für die Verzögerungen, nicht aber für Ausfälle, wenn der Vertrag infolge der unterlassenen Mitwirkung nicht zur Durchführung gelangt. Beispielsweise gibt es keine Anspruchsgrundlage für den Fall, dass dem Unternehmer aufgrund seiner durchkreuzten Planung Anschlussaufträge entgehen, weil er seine Kapazitäten nicht auf einer anderen Baustelle einsetzen kann.

Zwar bleiben weitergehende Ansprüche wegen Verschuldens des Bestellers gemäß § 645 Abs. 2 BGB unberührt. Allerdings entspricht es der ganz überwiegenden Meinung, dass die Mitwirkungshandlungen des Bestellers keine echten Nebenleistungspflichten sind. Vielmehr handelt es sich um bloße Obliegenheiten, so dass ein Erfüllungsanspruch nicht besteht. Deshalb kann auch kein Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens im Sinne von § 286 BGB geltend gemacht werden (vgl. z.B. Locher, Das private Baurecht, 7. Auflage 2005, Rn. 133).

Insgesamt ergibt sich, dass die Rechte des Unternehmers nur unzureichend geschützt sind, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkung verweigert, um den Auftragnehmer zu einer Vertragsbeendigung zu bewegen. Diese Überlegungen hat der BGH zum Anlass genommen, die Rechte des Unternehmers zu stärken.

#### **a) BGH I ZR 140/52, Urteil vom 13.11.1953**

Dieser Entscheidung lag ein Chartervertrag zugrunde. Die Klägerin hatte es übernommen, einen Dampfer in dem Hafen von New York zur Beladung zur Verfügung zu stellen. Nachdem die Klägerin die Ladebereitschaft angezeigt hatte, stellte sich jedoch heraus, dass die Beklagte nicht dazu in der Lage war, den Dampfer in New York zu beladen. Die von der Beklagten hierfür benannte Firma erklärte, sie sei für die Beladung des Dampfers nicht zuständig. Tatsächlich stand kein Ablader zur Verfügung. Die Klägerin erklärte daraufhin, dass sie den Vertrag als nicht erfüllt ansehe und sich Schadensersatzforderungen vorbehalte.

Der BGH sprach der Klägerin einen Anspruch auf Ersatz der Beförderungskosten zu. Er begründete dies damit, dass die Beklagte eine Gläubigerobliegenheit verletzt habe, indem sie die Frachtgüter nicht zur Verfügung stellte. Hierin sei eine schuldhafte Vertragsverletzung zu sehen, denn zur Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit gehöre alles, was aus dem Verträge vom Vertragsschuldner verlangt werden könne. Hierzu zählten auch die so genannten Gläubigerobliegenheiten, zu denen bei einem Werkvertrag die zur Herstellung des Werks erforderlichen Gläubigerhandlungen gehören. Jede schuldhafte Leistungsstörung, die durch eine Verletzung dieser im weitesten Sinne aufzufassenden Vertragspflichten den Vertragspartner schädigt, begründe eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Wird durch eine positive Vertragsverletzung der Vertragszweck derart gefährdet, dass dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages und damit auch die Bewirkung der ihm nach dem Vertrag an sich obliegenden Leistungen nicht zugemutet werden kann, so kann er seinerseits die Erfüllung des Vertrags verweigern und nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also das sog. „positive Interesse“ verlangen oder auch vom Vertrag zurücktreten (BGH aaO, BGHZ 11, 80, 84).

Diese Voraussetzungen sah das Revisionsgericht als gegeben an. Ob diese Entscheidung auf jeden Fall der Verletzung einer notwendigen Mitwirkungshandlung ausgedehnt werden kann, muss allerdings bezweifelt werden. Der BGH hat vor allem darauf abgehoben, dass es dem Auftragnehmer nicht mehr zumutbar sei, das Risiko einer Vorleistungspflicht zu tragen, weil dieser aufgrund des Verhaltens des Auftraggebers nicht mehr auf eine Vertragsdurchführung vertrauen konnte. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, wird im jeweiligen Einzelfall gewissenhaft zu prüfen sein.

**b) BGH VII ZR 40/66, Urteil vom 16.5.1968**

In dieser – für den Unternehmer sehr interessanten – Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass der Auftragnehmer unter bestimmten Voraussetzung sogar verlangen kann, dass ihm der volle Werklohn gezahlt wird, obwohl das Werk noch nicht vollendet ist.

Die Klägerin wurde mit der Herstellung einer teuren Computeranlage beauftragt. Weil die Beklagte ihr hierzu notwendige Daten nicht mitteilte, konnte die Klägerin ihr beinahe fertiggestelltes Werk jedoch nicht gänzlich vollenden. Die Beklagte begründete ihre Verweigerungshaltung mit der Behauptung, dass kein Vertrag zustande gekommen sei. Der BGH sprach der Klägerin den vollständigen Werklohn zu.

Zum einen wurde dies damit begründet, dass die Auftraggeberin die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte, in dem sie behauptete, sie schulde weder Abnahme noch Vergütung. In diesem Fall könne der Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht von einem Recht der Auftraggeberin (gemeint war die Abnahme) abhängen, dass diese gar nicht auszuüben beabsichtige. In einem solchen Fall könne sich die Auftraggeberin weder auf die fehlende Abnahme noch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen. Ob dies allerdings auch für einen Fall bestätigt werden würde, in dem der Unternehmer nur geringfügige Leistungen ausgeführt hat, muss bezweifelt werden (so auch Peters, Festschrift für Locher, S. 201, 207).

Ferner ist noch die Frage diskutiert worden, ob der Unternehmer, wenn der Auftraggeber eine Mitwirkungspflicht verletzt, auf die Rechte aus §§ 642, 643, 645 BGB angewiesen ist. Dem hat der BGH unter Hinweis auf die Entscheidung BGH I ZR 140/52 eine Absage erteilt. Auch wenn der Auftragnehmer Erfüllung verlangt (insoweit anders als in der vorbezeichneten Entscheidung) stünden ihm weitergehende Ansprüche offen. Insbesondere gewähre die Verletzung einer Gläubigerobliegenheit alle Rechtsbehelfe, die dem Vertragspartner bei Zuwiderhandlungen des anderen Teils gegen sonstige Verbindlichkeiten zustehen. Hiermit hat der BGH ausdrücklich seine frühere Rechtsprechung aus BGHZR 140/52 bestätigt.