

## Schneider, BauR 2018, 411

Thema: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden?

**Zeitschrift:** BauR - Baurecht

**Autor:** Dr. Marco Schneider

**Rubrik:** Aufsätze

**Referenz:** BauR 2018, 411 - 422 (Heft 3)

### Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden?



von Dr. Marco Schneider, Berlin\*

Die Entscheidung des BGH vom 26.10.2017<sup>1</sup> dürfte für viel Aufsehen gesorgt haben. Das Kammergericht hatte in seiner vorhergehenden Entscheidung<sup>2</sup> die Revision aus verschiedenen Gründen zugelassen. Bezüglich der Entschädigung aus § 642 BGB hielt es eine grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung für gegeben; insbesondere da es hinsichtlich der Ersatzfähigkeit eines Gewinnanteils im Rahmen des § 642 BGB von der - vermeintlichen - Linie des BGH abwich.<sup>3</sup>

Diese Gelegenheit nahm der BGH zum Anlass, um seine Rechtsprechung auch in einem anderen Punkt zu verfestigen.<sup>4</sup> Entgegen einer verbreiteten Ansicht<sup>5</sup> in Literatur und Rechtsprechung beschränkte der BGH den zeitlichen Anwendungsbereich des § 642 BGB nun ausdrücklich auf die Dauer des Verzugs. Kosten die zwar durch, aber erst nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen, sind nach dieser neuen Rechtsprechung nicht von der Entschädigung des § 642 BGB umfasst.

Aus dogmatischer Sicht dürfte es sich dabei um einen Schritt in die richtige Richtung handeln. Aus dem Blickwinkel der Billigkeit und des Gerechtigkeitsempfindens erscheint jedoch fraglich, ob es wirklich gerecht ist, solche Mehrkosten dem Werkunternehmer aufzubürden, obwohl das störende Ereignis - wenn auch unverschuldet - aus der Sphäre des Bestellers stammt. Dagegen spricht jedenfalls ein weit verbreiteter Konsens unter den Rechtsanwendern.<sup>6</sup> Auch eine ökonomische Be-

\* Der Verfasser ist Referendar am Kammergericht.

1 BGH, Urt. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17.

2 KG, BauR 2017, 1204 ff.

3 Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26.10.2017 klargestellt, dass Wagnis und Gewinn bei der Entschädigungsermittlung zu berücksichtigen sind; dies konnte aber auch zuvor schon der etwas undeutlichen Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 (BauR 2000, 722 ff. - Vorunternehmer II) entnommen werden; vgl. dazu Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht (im Erscheinen), 1. Kap., B, II., 2., b), aa), (2), (d).

4 BGH, BauR 2003, 531 hat diese Sichtweise bereits angedeutet.

5 OLG Düsseldorf, BauR 1983, 473 (475); LG Stuttgart, TranspR 1993, 142 f.; Boldt, BauR 2006, 185 (193 f.); Kniffka, *ibr-online-Kommentar/Pause/Vogel*, § 642 Rdnr. 55 (Stand: 12.05.2017); Roquette/Viering/Leupertz *Bauzeit Rdnr.* 771 ff.; Wilhelm/Götze, *NZBau* 2010, 721 (725); Engler, *IBR* 2013, 1221 Rdnr. 12 f.; Vygen, *FS Kapellmann* 2007, 449 (458); Vygen/Büchner, *FS Quack* 2009, 13 (15 f.).

6 Dieser Konsens spiegelt sich bspw. in einer These wieder, die auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag von einer „überwältigenden“ Mehrheit (mindestens 85 % Zustimmung) angenommen wurde. Nach dieser These soll allein der Besteller verschuldensunabhängig für die kausal durch die Verzögerung entstandenen Mehrkosten einstehen müssen, vgl. dazu *BauR* 2014, 1558 f.

**Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? - BauR 2018 Heft 3 - 412 >>**

**trachtung dürfte es nahelegen, den Besteller mit diesen Kosten zu belasten, da sie aus seiner Risikosphäre stammen und er sie daher besser beherrschen kann, als der Unternehmer.**

**Dieser Aufsatz widmet sich der Frage, ob der dogmatischen Korrektheit in diesem Bereich tatsächlich der endgültige Vorrang vor einem weit verbreiteten Rechtsempfinden gewährt werden muss oder ob unser Rechtssystem de lege lata nicht doch Mechanismen bereithält, mit denen dogmatisch korrekte und zugleich dem Rechtsempfinden entsprechende Ergebnisse herbeigeführt werden können.**

## **I. Einstieg - Typische Nachteile des Unternehmers**

Gerät der Besteller eines Werkvertrages während oder auch vor der Herstellungsphase in Annahmeverzug, kann der Unternehmer seine Leistungen vorerst nicht oder zumindest nicht im geplanten Umfang ausführen. Es tritt ein (teilweiser) Stillstand ein. Ein solcher Stillstand verursacht für den Unternehmer verschiedene – neutral ausgedrückt – „Einbußen“, die zum Zwecke dieses Beitrags in zwei Gruppen unterteilt werden sollen:

1. Gruppe 1 – Mehrkosten: Während des Verzugs muss sich der Unternehmer leistungsbereit halten. Dazu entstehen Mehrkosten, hauptsächlich in Form von Vorhaltekosten für Gerät, Material und Personal sowie für weiterhin anfallende (zeitabhängige) Baustellengemeinkosten. Hinzu treten häufig solche Mehrkosten, die bspw. wegen gesteigerter Lohn- und Materialkosten zwar durch aber erst nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen – wie auch im Fall des BGH geschehen.
2. Gruppe 2 – Verdienstauffälle: Ferner entgehen dem Unternehmer diejenigen Verdiensteile, die er sich während des Verzugs hätte erarbeiten können. Dazu gehören in erster Linie seine kalkulierten Deckungsanteile für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn. Er kann seine wirtschaftliche Kraft während des Annahmeverzugs nicht gewinnbringend einsetzen – abgesehen von einem möglichen anderweitigen Erwerb, der für diesen Beitrag ausgeblendet werden soll.

Dieser grundlegenden Unterscheidung zwischen *entstehenden* Mehrkosten und *entgehenden* Verdiensteilen wird im Rahmen des § 642 BGB bisher nur sehr wenig Beachtung geschenkt. Indes handelt es sich dabei um eine grundlegende und wichtige Unterscheidung, welche im weiteren Verlauf dieses Beitrags noch von hoher Relevanz sein wird.

In den hier interessanten Konstellationen tritt für den Unternehmer erschwerend hinzu, dass der Grund des Annahmeverzugs zwar aus der Sphäre des Bestellers stammt, diesem aber kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Als Anspruchsgrundlagen verbleiben dann in aller Regel „nur“ die §§ 304, 642 BGB.<sup>7</sup>

## **II. § 642 BGB auf dem Prüfstand**

§ 642 Abs. 1 BGB gewährt dem Unternehmer einen Anspruch auf angemessene Entschädigung. Was genau von dieser Entschädigung umfasst sein soll, ist bis heute relativ unklar.

Nach momentan vorherrschender Auffassung können Einbußen beider der oben genannten Gruppen (Mehrkosten und Verdienstauffälle) Teil der Entschädigung sein. Die überwiegende Auffassung in Literatur<sup>8</sup> und Rechtsprechung<sup>9</sup> geht im Ausgangspunkt davon aus, dass dem Unternehmer nach § 642 BGB eine Art Abfindung für die nutzlose Vorhaltung von Gerät, Material und Personal bzw. ein Ausgleich für den zeitweisen Verlust seiner Dispositionsfreiheit über ebendiese gewährt werden soll.

Im Einzelnen ist hier vieles umstritten. Auf die verschiedenen Ansichten näher einzugehen ist jedoch nicht das eigentliche Ziel dieses Beitrags.<sup>10</sup> Für die hier verfolgten Zwecke genügt es, Folgendes festzuhalten: Ungeachtet der einzelnen Meinungsverschiedenheiten besteht im Rahmen

---

7 Die hohen Voraussetzungen theoretisch in Betracht kommender Ansprüche aus § 313 BGB werden – wie im Fall des BGH – i.d.R. nicht erfüllt sein. Eine ergänzende Vertragsauslegung dürfte regelmäßig auch nicht in Betracht kommen.

8 Beispielhaft: Sonntag, NZBau 2017, 525 (527); BeckOK-BGB/Voit, § 642 Rdnr. 14 (Stand: 01.02.2017); Ingenstau/Korbion/Döring, § 6 VOB/B Rdnr. 60 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Markus, § 6 VOB/B Rdnr. 91 ff.; Mai, in: Kleine-Möller/Merl/Glückner, § 17 Rdnr. 11; PWW/Leupertz/Halfmeier, § 642 Rdnr. 6; Roquette/Viering/Leupertz, Bauzeit Rdnr. 755; Schilder, BauR 2007, 450 ff.

9 Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17; BGH, BauR 2008, 821 (822); BGH, NJW-RR 1988, 1295 (1296); KG, BauR 2013, 1493; OLG Jena, NZBau 2006 510 (513); OLG Celle, BauR 2000, 416 (419).

10 Dazu ausführlich Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht (im

des § 642 BGB Einigkeit<sup>11</sup> hinsichtlich der Ersatzfähigkeit solcher Kosten, die während des Annahmeverzugs durch die Vorhaltung von Gerät, Material und Personal entstehen (Gruppe 1 – Mehrkosten).

Um diese Sichtweise einer „Richtigkeitskontrolle“ zu unterziehen, soll im Folgenden zunächst auf Tatbestand und Rechtsfolgen des § 642 BGB eingegangen werden.

## 1. Tatbestand – Eintritt des Annahmeverzugs

Auf tatbestandlicher Ebene setzt § 642 Abs. 1 BGB lediglich das Ausbleiben einer erforderlichen Mitwirkung und den dadurch bedingten Annahmeverzug des Bestellers voraus.

Unzweifelhaft bestimmt sich der Eintritt des Annahmeverzugs auch im Rahmen des § 642 BGB nach den allgemeinen Regelungen der §§ 293 ff. BGB.<sup>12</sup> Die dort genannten Voraussetzungen werden in aller Regel ohne Weiteres bejaht. Indes ist hier ein wichtiger Problempunkt zu thematisieren, der bisher nur wenig Beachtung<sup>13</sup> findet:

§ 293 BGB knüpft den Eintritt des Annahmeverzugs an die Nichtannahme der angebotenen Leistung. Gemeint ist dabei generell diejenige Leistung, die nach dem jeweiligen Schuldverhältnis zu erbringen ist. Im Falle eines Werkvertrages besteht diese Leistung auf Seiten des Unternehmers nach der Vorstellung vom punktuellen Leistungsbegriff<sup>14</sup> einzig in einem fertigen, funktionalen und abnahmereifen Werk.<sup>15</sup>

Da ein fertiggestelltes Werk in den hier interessanten Konstellationen in aller Regel aber noch nicht existent ist, könnte es bei wortlautgetreuer Anwendung der Norm nie zum Eintritt des Annahmeverzugs kommen. Noch deutlicher wird dieser Aspekt in solchen Fällen, in denen der Unternehmer gar nicht erst mit seinen Arbeiten beginnen kann, da notwendige Vorunternehmerleistungen noch nicht erbracht wurden.

Als vermeintliche Lösung des Problems wird, wenn es überhaupt erwähnt wird, in aller Regel schlicht auf § 295 BGB verwiesen.<sup>16</sup> Danach genügt ein wörtliches Angebot der Leistung, u.a. wenn eine Mitwirkung des Bestellers zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Dadurch wird also eine weitere Möglichkeit geschaffen, wie die Leistung angeboten werden kann. Dies wirkt sich jedoch in keiner Weise auf die Frage aus, was die Leistung ist, die angeboten werden muss. Diese ist und bleibt im Werkvertragsrecht grundsätzlich der fertige Werkerfolg.

Die entscheidende Frage muss daher lauten, was wirklich unter der „Leistung“ i.S.d. § 293 BGB in den hier interessanten Konstellationen zu verstehen ist. Dabei bietet es sich an, die jeweilige schuldrechtliche Vereinbarung zu Grunde zu legen, um die maßgebliche Leistung und damit den richtigen Anknüpfungspunkt für den Eintritt des Annahmeverzugs herauszufiltern.

Auch im Kaufrecht kann es im Rahmen eines Spezifikationskaufs zu ähnlichen Konstellation kommen, wenn dem Käufer einer Sache ein Bestimmungsrecht hinsichtlich der Farbe der Kaufsache eingeräumt wurde. Auch dort soll es für ein wörtliches Angebot i.S.d. § 295 BGB genügen, wenn der Schuldner den Gläubiger auffordert, die Auswahlentscheidung zu treffen.<sup>17</sup> Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, gerät er in Annahmeverzug, obwohl der endgültige Leistungsgegenstand noch nicht einmal feststeht. Es wird an diejenige Leistung angeknüpft, die zum maßgeblichen Zeitpunkt zu erbringen ist.

Überträgt man diesen Gedanken auf den Werkvertrag, kann die „Leistung“ i.S.d. § 293 BGB auch in diesem Bereich in der Leistung erblickt werden, die der Unternehmer zum maßgeblichen Zeitpunkt zu erbringen hat. Da in aller Regel aber nicht jeder einzelne Arbeitsschritt des Unternehmers durch die Parteien antizipiert und genau festgelegt wird, sondern ihm der Weg zum fertigen Werkerfolg über-

11 Davon abweichend bisher nur Hartwig, BauR 2014, 1055 ff.

12 Vgl. nur Pause/Voge, in: Kniffka, Ibr-online-Kommentar, § 642 Rdnr. 26 (Stand: 12.05.2017).

13 Einzig Leupertz, BauR 2014, 381 (388 f.), nennt das Problem beim Namen und findet auch eine passende Lösung, ohne dabei jedoch die dahinterstehenden dogmatischen Erwägungen preiszugeben.

14 Vgl. dazu Voit, FS Koeble 2010, 225 f.; vgl. auch Motive Bd. 2, S. 498.

15 Zum funktionalen Mangelbegriff: BGH, NJW 2011, 3780 f.; BGH, BauR 2008, 344 ff.; BGHZ 174, 110 ff. (Blockheizkraftwerk); Drossart, in: Messerschmidt/Voit, § 633 Rdnr. 16; BeckOK-BGB/Voit, § 633 Rn. 4a (Stand: 01.02.2017).

16 So auch der BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, Tz. 21.

lassen bleibt, kann die „Leistung“ in diesem Sinne und somit der richtige Anknüpfungspunkt für den Eintritt des Annahmeverzugs nur in der allgemeinen *Leistungsfähigkeit* des Unternehmers bestehen.

Diese Leistungsfähigkeit ist es, die der Unternehmer anbieten kann und muss. Ob dies durch ein tatsächliches (§ 294 BGB) oder durch ein wörtliches (§ 295 BGB) Angebot erfolgen darf, wirkt sich auf die hier behandelte Frage nicht aus. Es handelt sich vielmehr um die jeweils – untechnisch gesprochen – „entsprechende“ Anwendung der allgemeinen Regelungen des Annahmeverzugs, auf die individuellen Schuldverhältnisse.

Demnach lässt sich durchaus eine Begründung für das bereits seit langem praktizierte Ergebnis finden. Es handelt sich insoweit um keine Neuerung, als eher um eine dogmatische Klarstellung, welche darüber hinaus aber auch an späterer Stelle noch relevant werden wird.

## **2. Rechtsfolgen - (Tatsächlicher) Umfang der Entschädigung**

Während sich die tatbestandlichen Voraussetzungen im Übrigen unproblematisch gestalten, bietet die Rechtsfolgenseite der Norm ein weitaus größeres Diskussionspotential.

### **a) Aktuelles Verständnis von der Entschädigung**

Wie bereits erwähnt geht man im Ausgangspunkt einhellig davon aus, dass die Entschädigung aus § 642 BGB insbesondere einen Ersatz für entstehende Vorhaltekosten, also Kosten der obigen Gruppe 1 (Mehrkosten), gewähren soll. Ebenso sollen danach die der Gruppe 2 zugehörigen entgangenen Verdiensteile Teil der Entschädigung sein.<sup>18</sup>

Auch der BGH geht in seiner aktuellen Entscheidung<sup>19</sup> davon aus, dass § 642 BGB dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs seine Produktionsmittel (Mehrkosten i.S.v. Gruppe 1) bereitstellt. Davon ausgenommen hat er nun aber ausdrücklich solche Mehrkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs, aber erst nach dessen Beendigung anfallen.

In letzterem Punkt ist dem BGH im Rahmen des § 642 BGB durchaus zuzustimmen. Damit unterstellt er aber zugleich die generelle Ersatzfähigkeit der genannten Mehrkosten, soweit sie *während* der Dauer des Verzuges anfallen. Indes handelt es sich auch dabei um eine höchst fragwürdige Prämisse. Ob § 642 BGB überhaupt einen Ersatz für solche Mehrkosten gewähren soll, wird nicht weiter hinterfragt, weil dies der vorherrschenden Ansicht entspricht.

### **b) Neues Verständnis von der Entschädigung**

Nicht zu Unrecht hat aber bspw. *Hartwig* jüngst Zweifel an der Haltbarkeit dieser Sichtweise geäußert und gerade die Ersatzfähigkeit von Vorhaltekosten im Rahmen des § 642 BGB verneint.<sup>20</sup> In der Tat bestehen erhebliche Zweifel daran, ob die Norm überhaupt Mehrkosten der Gruppe 1 erfasst, oder ob die Entschädigung nicht eher den speziellen Nachteil eines ausbleibenden Verdienstes – Position der Gruppe 2 – ausgleichen soll.

#### **aa) Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB**

§ 642 Abs. 2 BGB nennt als Ausgangspunkt der Entschädigungsermittlung die vereinbarte Vergütung. Diese besteht bei größeren Bauvorhaben aus diversen Positionen: direkte Kosten, AGK, BGK, Wagnis und Gewinn. Eine Position für „Vorhaltekosten“ enthält die vereinbarte Vergütung aber in aller Regel nicht. Es erscheint daher bereits aus dieser Perspektive zweifelhaft, wie Vorhaltekosten bei der Entschädigungsermittlung berücksichtigt werden können.

Vielmehr läge es dem Wortlaut nach nahe, von vornherein nur diejenigen Positionen zu berücksichtigen, die auch tatsächlich Teil der vereinbarten Vergütung geworden sind. Vorhaltekosten gehören nicht dazu. Auch können die kalkulierten direkten Kosten, die zur Leistungserbringung angefallen wären, nicht im Gewand der Vorhaltekosten bei der Entschädigungsermittlung berücksichtigt werden. Diese Kosten fallen gerade wegen des Annahmeverzugs in diesem Zeitraum nicht an und sind daher als ersparte Aufwendungen i.S.d. § 642 Abs. 2 BGB anzusehen (dazu noch unten, II., 2., c), cc).

<sup>18</sup> Vgl. nur OLG Celle BauR 2000, 416 (419); Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 6 VI VOB/B Rdnr. 62; Kues/Lüders, BauR

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

20 Hartwig, BauR 2014, 1055 ff. , dessen Sichtweise sich jedoch nur im Ansatz mit der hier vertretenen Ansicht überschneidet.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 - 415 << >>*

## **bb) Historische Analyse**

Gewichtige Argumente gegen das momentan vorherrschende Verständnis ergeben sich ferner aus einer historischen Betrachtung der Norm.

### **(1) Ausgangspunkt**

Wie der BGH in seiner aktuellen Entscheidung zu Recht feststellt, wurde § 642 BGB , vereinfacht gesagt, geschaffen, weil man den Schutz des § 304 BGB für nicht ausreichend hielt.<sup>21</sup> Diese Norm war nämlich – wie auch alle anderen Normen über den Annahmeverzug – in erster Linie auf solche Schuldverhältnisse zugeschnitten, die den Austausch von Waren oder sonstigen punktuellen Leistungen zum Inhalt hatten.<sup>22</sup>

Die Problematik bei den übrigen Schuldverhältnissen – namentlich Dienst- und Werkvertrag – besteht dabei darin, dass ein Annahmeverzug des Gläubigers bei diesen Vertragstypen nicht nur dazu führt, dass die Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt ausgetauscht werden. Die daraus resultierenden Nachteile wurden bereits durch § 304 BGB abgedeckt. Man hatte vielmehr einen ganz speziellen Verlust im Blick, der eben nur im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen auftreten kann und sich bereits aus dem bloßen Zeitverlust ergibt.

Bei einem Kaufvertrag führt der Annahmeverzug lediglich zu einem späteren Leistungsaustausch. Entstehen dem Verkäufer Mehrkosten für die Einlagerung der Sache oder für ein erfolgloses Angebot, kann er diese nach § 304 BGB ersetzt verlangen. Im Übrigen entstehen ihm während und wegen des Annahmeverzugs keine weiteren Verluste.

Im Gegensatz dazu führt ein Annahmeverzug bei Dienst- und Werkverträgen zu einem weiteren Nachteil: Die wirtschaftliche Kraft des Dienstverpflichteten bzw. des Werkunternehmers kann – wenn man einen anderweitigen Verdienst ausblendet – während des Verzugs nicht gewinnbringend eingesetzt werden. Hier führt bereits der bloße Zeitverlust zu einem spürbaren Nachteil in Form einer finanziellen Einbuße, die auch durch die Nachholung der Leistung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr kompensiert werden kann.

Für diesen Verdienstaustausch sahen die allgemeinen Regelungen über den Annahmeverzug jedoch keinen Ausgleich vor. Auch der damals bereits vorgesehene § 261 E I BGB (heute § 304) konnte keine Abhilfe schaffen. In dieser durch den Verdienstaustausch (Gruppe 2) bedingten finanziellen Einbuße ist daher der spezielle Nachteil zu sehen, den die am Gesetzgebungsprozess Beteiligten vor Augen hatten und den Ausgangspunkt der Entstehung des § 642 BGB darstellte.<sup>23</sup>

### **(2) Lösung des Problems**

Aus diesem Grund – und zwar nur aus diesem Grund – wurden zunächst der heutige § 615 BGB und anschließend § 642 BGB als Ergänzung der allgemeinen Regelungen geschaffen.<sup>24</sup> Durch sie sollte der soeben genannte spezielle Nachteil ausgeglichen werden.

Im werkvertraglichen Bereich wurde zur Lösung dieses Problems zunächst ausdrücklich erwogen, § 615 BGB auch dort anzuwenden.<sup>25</sup> Man entschied sich jedoch gegen diese Lösung. Die dazu zu findende Begründung – die „Untheilbarkeit des Werks“<sup>26</sup> – erscheint auf den ersten Blick nicht unmittelbar einleuchtend, da das Werk zumindest faktisch oftmals teilbar ist. Der maßgebliche Unterschied liegt jedoch auf der Hand: Während bei einem Dienstvertrag i.d.R. der vergütungsmäßige Betrag feststeht, der nach § 615 BGB für den Zeitraum des Annahmeverzugs geleistet werden muss, muss ebendieser im Falle des § 642 BGB erst noch ermittelt werden. Diesen Unterschied erkannten die am Gesetzgebungsprozess Beteiligten<sup>27</sup> und sahen deshalb die Notwendigkeit einer weiteren Regelung für den Werkvertrag.

Schon damals war man sich bewusst, dass diese Ermittlung eine große Schwierigkeit bedeutet, da man bereits zu dieser Zeit vom punktuellen Leistungsbegriff ausging<sup>28</sup> und vor der Abnahme des

- 21 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, Tz. 36; vgl. dazu insgesamt Motive Bd. 2, S. 495 f.; ausführlich zur gesamten Historie Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht.
- 22 So schon Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 239, im Jahre 1905.
- 23 Vgl. Motive Bd. 2, S. 495 f.
- 24 Vgl. Motive Bd. 2, S. 495.
- 25 Ebd.
- 26 Motive Bd. 2, S. 495 f.
- 27 AA Sonntag, NZBau 2017, 525 (527).
- 28 Vgl. Motive Bd. 2, S. 498.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 - 416 << >>*

Werks grundsätzlich keine Vergütung zu leisten war. Insofern leuchtet die eben genannte Begründung (Unteilbarkeit) dann auch ein. Gemeint war damit wohl eher die rechtliche Unteilbarkeit des Werkerfolgs, die in diesen Konstellationen bezüglich der Vergütung durchbrochen werden muss. Zu diesem Zweck wurde § 642 BGB mit seiner Anleitung in seinem Abs. 2 zusätzlich zu § 615 BGB eingeführt.

### **cc) Schlussfolgerung**

Wortlaut sowie Historie der Norm sprechen recht deutlich gegen die Ersatzfähigkeit von Vorhaltekosten im Rahmen des § 642 BGB und somit gegen die aktuell gängige Praxis.

Vergegenwärtigt man sich die ganz oben dargelegte Differenzierung zwischen entstehenden Mehrkosten (Gruppe 1) und einem entgehenden Verdienst (Gruppe 2), wird schnell klar, für welche der beiden Gruppen § 642 BGB gedacht war und ist, und für welche nicht. Da nur der spezielle Nachteil eines Verdienstausfalls (Gruppe 2) – der keinesfalls mit einem entgangenen Gewinn i.S.d. § 252 BGB zu verwechseln ist – ausgeglichen werden sollte, sind solche Kosten, die zusätzlich entstehen, namentlich Vorhaltekosten für Gerät, Material und Personal (Gruppe 1), nicht von der Entschädigung umfasst. Ersetzt werden soll nur das, was der Unternehmer mit seiner Arbeitskraft während des Verzugszeitraums hätte erwirtschaften können; etwas Entgangenes (Gruppe 2).

Genau genommen ist diese Sichtweise aber auch gar nicht neu. Vielmehr ergibt sie sich bereits aus den ersten Kommentierungen zum BGB. Bspw. schrieb *Oertmann* im gleichnamigen Kommentar aus dem Jahre 1899:<sup>29</sup>

„Der § 642 enthält nur ein Sonderrecht; daneben kommen für unseren Fall die allgemeinen Regeln über den Annahmeverzug zur Anwendung [...]. Also namentlich auch die volle Erstattungspflicht des Unternehmers wegen der Mehraufwendungen (§ 304 BGB), die keineswegs nothwendig schon durch den Anspruch aus § 642 gedeckt sind.“

In einer Kommentierung von *Planck* aus dem Jahr 1900, der u.a. als Generalreferent der zweiten Kommission maßgebend am Entstehungsprozess des BGB beteiligt war,<sup>30</sup> heißt es dazu:<sup>31</sup>

„Für die Wirkungen des Verzugs sind zunächst die §§ 300 I und 304 maßgebend. Außerdem soll aber nach den §§ 642, 643 der Unternehmer befugt sein, eine angemessene Entschädigung zu verlangen [...].“

Diese Aussagen sind von sehr hohem Wert, da sie von Personen stammen, die unmittelbar am Gesetzgebungsprozess beteiligt waren und zugleich ein weitestgehend unbefangenes Rechtsverständnis unter Zugrundelegung der damaligen Vorstellungen wiedergeben. Insofern handelt es sich hier eher um einen Versuch der Wiederbelebung einer vor langer Zeit bereits vertretenen Ansicht.

### **c) Ermittlung der Entschädigungshöhe nach diesem Verständnis**

Dieses Verständnis von der Norm führt zu der Folgefrage, was danach überhaupt noch von der Entschädigung des § 642 BGB umfasst ist.

#### **aa) Weites Ermessen bei der gesamten Ermittlung**

Vorweg ist auf das weite Ermessen des Gerichts hinzuweisen, welches im Rahmen des § 642 Abs. 2 BGB eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. Wie insbesondere *Althaus*<sup>32</sup> in Anschluss an den von *Glöckner*, *Leupertz* und *Siens* zu dieser Thematik entwickelten Ansatz<sup>33</sup> herausgearbeitet hat, setzt das Ermessen hier

nämlich nicht erst bei der endgültigen Festlegung der Entschädigungshöhe an – dies wäre ohnehin nach § 287 Abs. 2 ZPO möglich. Um den Schwierigkeiten bei der Entschädigungsermittlung gerecht werden zu können, darf das Ermessen vielmehr bereits bei der Festsetzung der einzelnen Bemessungsfaktoren, aus deren Gesamtheit sich die Entschädigung ergibt, zur Anwendung kommen. Nicht ohne Grund handelt es sich um eine „angemessene“ Entschädigung.<sup>34</sup>

---

29 Oertmann, BGB, 1. Aufl. 1899, § 642 Nr. 6.

30 Vgl. Jakobs/Schubert, Einführung, S. 58.

31 Planck, Kommentar zum BGB, 1. und 2. Aufl. 1900, Vorb. zu §§ 642 bis 645, Nr. 1c.

32 Althaus, NZBau 2015, 67 ff.

33 Glöckner, BauR 2014, 368 ff. ; Leupertz, BauR 2014, 381 ff. ; Sienz, BauR 2014, 390 ff.

34 Bereits Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag (1905), S. 244, sah den Ausdruck „angemessene Entschädigung“ als unzweifelhaften Hinweis auf das richterliche Ermessen; vgl. auch Glöckner, BauR 2014, 368 (375) .

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 - 417 << >>*

Auch in den Motiven zum BGB wurde betont, dass mit den im heutigen § 642 Abs. 2 BGB angegebenen Kriterien nur die Grundlage für die Feststellung der Entschädigung gegeben werden sollte, auf welcher das Gericht, ohne an das Ergebnis einer „reinen rechnerischen Subtraktion gebunden zu sein, im Einzelfall die angemessene Entscheidung zu treffen hat“.<sup>35</sup>

## **bb) Ermittlung des Anteiligen Verdienstes**

Ausgangspunkt ist nach wie vor die Anleitung des § 642 Abs. 2 BGB . Diese ist strikt zu befolgen. Demnach findet die Entschädigungsermittlung im Ausgangspunkt anhand der vereinbarten Vergütung, also von „oben nach unten“ statt.

Zunächst sind dabei die Kriterien der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung in ein angemessenes Verhältnis zu setzen.<sup>36</sup> Durch diesen Schritt wird die zeitanteilige Vergütung ermittelt, die sich der Unternehmer während des Annahmeverzugs verdient hätte. Bereits hier dürfte das Ermessen des Gerichts gefragt sein, um im Einzelfall bestimmen zu können, welche Leistungen voraussichtlich im Zeitraum des Annahmeverzugs erbracht worden wären.

## **cc) Abzugsposten**

Von diesem Ausgangsbetrag sind sodann die negativen Faktoren des § 642 Abs. 2 BGB abzuziehen. Dazu gehören ersparte Aufwendungen und jeder mögliche anderweitige Erwerb.<sup>37</sup>

Als ersparte Aufwendungen sind all diejenigen Ressourcen anzusehen, die im Zeitraum des Annahmeverzugs zur Erfüllung eingesetzt worden wären, tatsächlich aber wegen des Verzugs nicht eingesetzt wurden. Dabei kann es sich bspw. um nicht verbautes Material, nicht eingesetztes Personal oder nicht verwendete Verbrauchsstoffe wie Diesel, Strom etc. handeln.<sup>38</sup> In erster Linie dürften aber die für diesen Zeitraum eingeplanten direkten Kosten (Einzelkosten der Teilleistung) abzuziehen sein.

Es sei an dieser Stelle erneut betont, dass diese Kosten auch nicht im Gewand der Vorhaltekosten sozusagen „durch die Hintertür“ wieder Einzug in die Entschädigungsermittlung finden dürfen.<sup>39</sup>

Ferner kann in diesem Rahmen ein etwaiger Wagniszuschlag in Abzug zu bringen sein. Dies ist v.a. dann der Fall, wenn sich ein bestimmtes Wagnis im Zeitraum des Annahmeverzugs – gerade wegen des Verzugs – gar nicht realisieren kann. Entsprechend der aktuellen Rechtsprechung des BGH<sup>40</sup> zu § 649 BGB erscheint es dabei auch hier sinnvoll, danach zu differenzieren, ob der Zuschlag für das allgemeine Unternehmerwagnis oder für besondere Einzelwagnisse kalkuliert wurde.<sup>41</sup>

Schließlich ist im Rahmen des § 642 Abs. 2 BGB jeglicher mögliche anderweitige Erwerb zu berücksichtigen.<sup>42</sup> Bezüglich sogenannter „echter Füllaufträge“ ist dabei mit *Sienz* zu betonen, dass auch diese im Rahmen des § 642 BGB – anders als bei § 649 Satz 2 BGB – in Abzug zu bringen sein können.<sup>43</sup>

## **3. Zwischenergebnis**

Die vorgestellte Ermittlungsmethode dürfte in vielen Fällen dazu führen, dass sich die endgültige Entschädigungshöhe meist nur noch aus den kalkulierten Faktoren für Wagnis und Gewinn sowie den entgangenen Deckungsanteilen für allgemeine Geschäftskosten zusammensetzt.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick verblüffen. Hat bereits der BGH dem Unternehmer über § 642 BGB eine betragsmäßig geringere Entschädigung zugesprochen, dürfte sie nach der aufgezeigten Ermittlungsmethode in aller Regel noch deutlich geringer ausfallen. Dieses Ergebnis erscheint aber gerecht und insbesondere angemessen. Der Unternehmer bekommt das ersetzt, was er im Zeitraum des Annahmeverzugs erwirtschaftet hätte – nicht mehr und nicht weniger.

35 Vgl. Mugdan, Bd. II, S. 932.

36 So auch Althaus, NZBau 2015, 67 (69).

37 Zum weiten Begriff des anderweitigen Erwerbs vgl. Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht (im Erscheinen), 4. Kap., C., III.

38 Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Teil 4 Rdnr. 277.

39 Dazu oben, II., 2., b).

40 BGH, MDR 2016, 645 f. [BGH 24.03.2016 - VII ZR 201/15]

41 Ausführlich zu den verschiedenen Wagnisgruppen Sundermeier, in: Würfele/Gralla/Sundermeier Rdnr. 776 ff.; ausführlich zu einem etwaigen Abzug i.R.d. § 642 BGB Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht (im Erscheinen), 4. Kap., C., II., 4.

42 Vgl. BeckOK-BGB/Voit, § 642 Rdnr. 15 (Stand: 01.02.2017); Pause/Vogel, in: Kniffka, Ibr-online-Kommentar, § 642 Rdnr. 63 (Stand: 12.05.2017); Stickler, in: Messerschmidt/Voit, § 642 Rdnr. 48; Boldt, BauR 2006, 185 (199) .

43 Vgl. dazu ausführlich Sienz, BauR 2014, 390 (391 ff.) ; so auch Althaus, NZBau 2015, 67 (69 f.).

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 – 418 << >>*

Auch aus dogmatischer Sicht erscheint die hier vorgeschlagene Vorgehensweise naheliegend, ja fast zwingend. Der Anwendungsbereich der Norm wurde spätestens seit der Vorunternehmer II-Entscheidung des BGH<sup>44</sup> im Jahre 1999 aus Gesichtspunkten der Billigkeit immer weiter ausgedehnt.<sup>45</sup> Dies kann um der Gerechtigkeit willen auch durchaus angebracht sein. Eine Notwendigkeit dazu besteht aber dann nicht, wenn der Billigkeit ein solcher Vorrang gegenüber der Dogmatik gar nicht eingeräumt werden muss, weil das Gesetz eine ganz andere Lösung bereithält.

### III. Das wahre Potential des § 304 BGB

Und in der Tat beinhaltet das geltende Recht einen Mechanismus, der in den hier interessanten Fällen Abhilfe schaffen kann: Die Lösung ist in § 304 BGB zu suchen. Diese Norm gewährt einen Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen, die wegen des Annahmeverzugs anfallen, während § 642 BGB lediglich den oben erwähnten speziellen Nachteil des Unternehmers abdeckt.

Für diese Sichtweise sprechen bereits die oben aufgezeigten Aussagen von *Oertmann* und *Planck*. Diese decken sich nicht nur mit dem bis hierhin erarbeiteten Ergebnis. Zugleich zeigen sie die Vorstellungen bezüglich des Verhältnisses der §§ 642 , 304 BGB zueinander auf, von denen man anfangs ausging. Danach sollten in erster Linie die allgemeinen Regelungen des Annahmeverzugs zur Anwendung kommen. § 642 BGB hingegen nur dann, wenn es um den speziellen Nachteil geht, für dessen Kompensation die Norm geschaffen wurde.

In Anlehnung an dieses Verständnis und die bisher gefundenen Ergebnisse sei für das weitere Vorgehen die folgende Arbeitsthese vorangestellt:

§ 304 BGB ist die richtige Anspruchsgrundlage hinsichtlich des Ersatzes von Vorhaltekosten, die durch den Annahmeverzug des Bestellers entstehen und umfasst auch diejenigen Kosten, die zwar kausal durch aber erst nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen.

#### 1. Bisheriger Umgang mit der Norm

§ 304 BGB gewährt seinem Wortlaut nach einen Ersatzanspruch für Mehraufwendungen, die für ein erfolgloses Angebot sowie die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands gemacht werden mussten. Nach einhelliger Auffassung wird der Anspruch dabei auf solche Kosten beschränkt, die zur Aufbewahrung und Erhaltung *körperlicher Gegenstände* gemacht werden müssen.<sup>46</sup> Darunter sind im werkvertraglichen Bereich in erster Linie solche Mehraufwendungen zu verstehen, die bspw. zur Einlagerung oder zum Schutz fertiger Bauteile oder der Baustelle selbst anfallen.<sup>47</sup>

Dementsprechend begnügt sich auch der BGH in seiner aktuellen Entscheidung mit der Feststellung, dass diese Norm zwar nicht von § 642 BGB verdrängt werde, aber keinen Ersatz für die streitigen Mehrkosten gewähre. Eine eigene Begründung für diese Sichtweise enthält die Entscheidung nicht.<sup>48</sup>



## 2. Neues Verständnis von § 304 BGB

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Norm auf solche Mehraufwendungen, die sich auf *körperliche Gegenstände* beziehen wird ihrem wahren Potenzial jedoch nicht gerecht. Schon ihre systematische Stellung sollte Zweifel an diesem Umgang aufkommen lassen. Die Auslegung der Norm wird im Folgenden zeigen, dass § 304 BGB einen deutlich größeren Anwendungsbereich hat, als es bisher angenommen wird.

Die primär zu beantwortende Frage lautet dabei, was genau unter dem geschuldeten Gegenstand i.S.d. § 304 BGB zu verstehen ist und was es bedeutet, diesen zu „erhalten“.

### a) Systematik und Sinn und Zweck

§ 304 BGB ist im allgemeinen Schuldrecht verortet und gilt daher gleichermaßen für alle Schuldverhältnisse. Da es aber nicht in allen Schuldverhältnissen um den Austausch von oder den sonstigen Umgang mit körperlichen Gegenständen geht, kann es bereits aus systematischer Sicht nicht überzeugen, den Anwendungsbereich der Norm auf Mehraufwendungen für körperliche Gegenstände zu beschränken. Es

---

44 BGH, BauR 2000, 722 ff.

45 Ausführlich zur historischen Entwicklung der Rechtsprechung und Praxis zu § 642 BGB, Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht (im Erscheinen), 2. Kap., B.

46 Vgl. nur BGH Urt. v. 26.10.2017 – Az.: VII ZR 16/17, Tz. 39; BGH NJW 1996, 1464 (1465); Leupertz, BauR 2017, 381 (388); PWW/Zöchling-Jud, § 304 Rdnr. 1; Staudinger/Feldmann, § 304 Rdnr. 1.

47 Vgl. Erman/J. Hager, § 304 Rdnr. 2.

48 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, Tz. 39.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 – 419 << >>*

wäre doch etwas ungewöhnlich, eine Norm des allgemeinen Schuldrechts nur auf bestimmte Schuldverhältnisse anzuwenden, auf andere aber nicht.

Dies würde auch dem Sinn und Zweck der Norm nicht gerecht werden. Da der Schuldner während des Annahmeverzugs des Gläubigers weiterhin zur Leistung verpflichtet bleibt, ihm aber kein Schadensersatzanspruch zusteht, soll er über § 304 BGB vor denjenigen Kosten geschützt werden, die ihm für die Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit zusätzlich entstehen. Er soll nicht mit zusätzlichen Kosten belastet werden, die einzig durch den Annahmeverzug des Gläubigers verursacht werden.<sup>49</sup> Dieser hinter der Norm stehende Telos hat Gültigkeit für alle Schuldverhältnisse.

Systematik sowie Sinn und Zweck der Norm legen vielmehr den Schluss nahe, dass der Gegenstand i.S.d. § 304 BGB im *Gegenstand der Leistung* zu sehen ist, der sich nach dem jeweiligen Schuldverhältnis bestimmt. Nur so kann die Norm der ihr zugedachten Aufgabe gerecht werden und nur so erklärt sich die Verortung der Norm im allgemeinen Schuldrecht.

### b) Historische Analyse

Wie § 642 BGB, gehört auch § 304 BGB zu denjenigen Normen, die seit Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 unveränderten Bestand haben. Daher ist auch hier eine historische Betrachtung der Norm von besonderer Bedeutung.

Die historische Analyse verrät die Intention, die den am Gesetzgebungsprozess Beteiligten vor Augen stand. Während in den Vorentwürfen zum BGB noch eine Regelung vorgesehen war,<sup>50</sup> die explizit von der Aufbewahrung und Erhaltung der „geschuldeten Sache“ sprach, wich man von dieser Formulierung für das BGB von Anfang an ab. In § 261 E I (heute § 304 BGB) erhielt die Norm zunächst folgende Fassung:<sup>51</sup>

„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 Gegenstands der Leistung *entstanden sind*.“<sup>52</sup>

Diese Fundstellen bestätigen die Annahme, dass unter dem Begriff „Gegenstand“ i.S.d. § 304 BGB der Gegenstand der Leistung gemeint war. Hinweise darauf, dass sich diese Vorstellung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert hat, ergeben sich aus den vorhandenen Materialien nicht. Auch für die heute abweichende Fassung der Norm findet sich eine sinnvolle Erklärung, die dieses Ergebnis nicht berührt:

Erst in der zweiten Kommission wurde beantragt, den Relativsatz am Ende des § 261 E I (heute § 304 BGB)

wie folgt abzuändern:<sup>53</sup>

„[...] welche für das erfolglose Anbieten, sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstands *erforderlich waren*.“<sup>54</sup>

Dieser Antrag wurde durch die Kommission gebilligt, da sie darin „eine Verdeutlichung des dem Entwurf zu Grunde liegenden Gedankens sah; im Sinne des Entwurfes seien die Mehraufwendungen nur so weit als durch das Anbieten und die Aufbewahrung der Sache entstanden anzusehen, als sie hierzu erforderlich waren.“<sup>55</sup>

Eine weitere Begründung findet sich nicht. Durch die Änderung sollte demnach primär verdeutlicht werden, dass nicht jegliche Mehraufwendungen ersatzfähig sind.<sup>56</sup> Eine Begründung für die in diesem Zuge ebenfalls ergangene Änderung der Wendung „Gegenstand der Leistung“ zum „Gegenstand“ findet sich indes nicht. Es kann daher nur gemutmaßt werden, warum diese Änderung vorgenommen wurde. Dabei dürfte jedoch die Annahme fernliegen, dass man die Norm inhaltlich auf solche Schuldverhältnisse beschränken wollte, die den Austausch eines körperlichen Gegenstands zum Inhalt haben. Einen dahingehenden Willen hätte der Gesetzgeber aller Wahrscheinlichkeit

---

49 Vgl. auch BeckOK-BGB/Unberath, § 304 Rdnr. 1 (Stand: 15.06.2017); MünchKomm/Ernst, § 304 Rdnr. 1.

50 Vgl. Schubert, Vorlagen der Redaktoren, Schuldrecht 1, S. 855.

51 Vgl. Mugdan, Bd. 2, XII.

52 Kursivierung durch den Verfasser.

53 Protokolle Bd. I S. 333; vgl. zum ganzen Entstehungsprozess, Jakobs/Schubert Recht der Schuldverhältnisse II, S. 361.

54 Kursivierung durch den Verfasser.

55 Protokolle Bd. I S. 333.

56 Dieses Anliegen wurde in der vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse für die zweite Lesung des Entwurfs noch weiter verdeutlicht, indem dort die Wendung „Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, welche [...] er machen musste“ eingesetzt wurde, vgl. Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 361.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB - Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? - BauR 2018 Heft 3 - 420 << >>*

nach deutlich zum Ausdruck gebracht. Vermutlich hielt man es hingegen schlicht für selbstverständlich, dass nur der Gegenstand der Leistung gemeint sein kann.

### **c) Übertragung auf den Bau-/Werkvertrag**

Für den werkvertraglichen Bereich ergibt sich aus diesen Überlegungen die Folgefrage, was in den hier interessanten Konstellationen unter dem Gegenstand der Leistung i.S.d. § 304 BGB zu verstehen ist.

Bei genauerem Hinsehen ergibt sich hier eine Parallele zu der oben diskutierten Frage nach der „Leistung“ i.S.d. § 293 BGB, die angeboten werden muss, um den Besteller in Annahmeverzug zu versetzen. Der Leistungsbegriff in diesem Sinne deckt sich insofern mit dem Begriff des Gegenstands (der Leistung) i.S.d. § 304 BGB. Denn auch im Rahmen des § 304 BGB stellt grundsätzlich das fertige und abnahmereife Werk den Gegenstand der Leistung dar. Und auch hier ist dieser Gegenstand zu den relevanten Zeitpunkten noch nicht existent.

Richtiger Anknüpfungspunkt kann daher entsprechend dem oben gefundenen Ergebnis auch hier nur die Leistungsfähigkeit des Unternehmers hinsichtlich der zum relevanten Zeitpunkt zu erbringenden Leistungen sein. Da der Unternehmer grundsätzlich weiterhin an den Vertrag gebunden ist, bleibt er zur Leistung verpflichtet und muss sich leistungsbereit halten. Soweit ihm deswegen Kosten für Personal oder Gerät entstehen (Mehrkosten i.S.v. Gruppe 1), da er beides vorhalten muss, um seine Leistung nach Wegfall des Annahmeverzugs wieder aufnehmen zu können, sind diese Vorhaltekosten als Mehraufwendungen zur Erhaltung der Leistungsbereitschaft bzw. Leistungsfähigkeit (des Gegenstands der Leistung) anzusehen.

Der Begriff der „Erhaltung“ i.S.d. § 304 BGB ist dabei weit zu verstehen. Er wird im juristischen, wie auch im allgemeinen Sprachgebrauch verwendet, wenn es darum geht, einen gewissen Zustand aufrechtzuerhalten bzw. das weitere Bestehen desselben zu sichern.<sup>57</sup> Im hiesigen Kontext ist es die Leistungsfähigkeit des Unternehmers, die in ihrem Zustand – sozusagen im *status quo* – erhalten werden muss, damit die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden kann.

## **3. Das Beste zum Schluss - Zeitlicher Anwendungsbereich des § 304 BGB**

Der große und – spätestens seit der neuen Entscheidung des BGH – gerade für den werkvertraglichen Bereich enorm wichtige Vorteil dieser Norm besteht darin, dass sie im Gegensatz zu § 642 BGB in ihrem zeitlichen Anwendungsbereich nicht beschränkt ist. Daher sind über diese Norm auch solche Mehraufwendungen ersatzfähig, die zwar kausal durch aber erst nach Beendigung des Annahmeverzugs zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit anfallen.

Diese Sichtweise bestätigt sich bereits durch einen Abgleich mit dem herkömmlichen Verständnis von der Norm. Danach sollen über § 304 BGB Kosten ersatzfähig sein, die kausal durch den Annahmeverzug entstehen.<sup>58</sup> Da dem Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs kein Schadensersatzanspruch zusteht, soll durch die Norm erreicht werden, diesen nicht mit zusätzlichen Kosten zu belasten, die ihm „durch“ den Verzug entstanden sind.<sup>59</sup>

Eine weitere Bestätigung dieser Sichtweise liefert auch hier die historische Betrachtung der Norm. In einem etwas anderen Kontext zu § 304 BGB<sup>60</sup> kommt die Intention der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten recht deutlich zum Ausdruck. Dort heißt es:<sup>61</sup>

„Immer ist festzuhalten, dass der Schuldner nur einen Anspruch auf dasjenige hat, was er mehr aufgewendet hat, als er ohne den Annahmeverzug aufgewendet haben würde.“

---

57 Deutsches Universalwörterbuch, S. 512; Grimm, Deutsches Wörterbuch Bd. 3, S. 838; ausführlich dazu Schneider, Der finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermithilfe im Werkvertragsrecht (im Erscheinen), 3. Kap., B., II., 2.

58 Vgl. BeckOK-BGB/Unberath, § 304 Rdnr. 1 (Stand: 01.03.2011); PWW/Zöchling-Jud, § 304 Rdnr. 1 („durch den Annahmeverzug entstehende Kosten“); ebenso Soergel/Schubel § 304 Rdnr. 1; Staudinger/Feldmann, § 304 Rdnr. 1 (Mehraufwendungen, die infolge des Annahmeverzugs notwendig werden).

59 Vgl. BeckOK-BGB/Unberath, § 304 Rdnr. 1 (Stand: 01.03.2011).

60 An dieser Stelle sollte v.a. verdeutlicht werden, dass der Schuldner nur das bekommt, was er tatsächlich mehr aufwenden musste, so wie es der Wortlaut des heutigen § 304 BGB mit den Worten „machen musste“ auch deutlich macht.

61 Motive Bd. 2, S. 77 oben.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB – Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? – BauR 2018 Heft 3 - 421 << >>*

In dieser negativ formulierten Aussage („nur“) kommt einerseits eine gewisse Vorsicht bezüglich einer ausufernden Haftung zum Ausdruck. Auf der anderen Seite bringt diese Stellungnahme positiv zum Ausdruck, dass alle Mehraufwendungen, die der Schuldner ohne den Annahmeverzug nicht gehabt hätte, ersatzfähig sein sollten – soweit sie eben erforderlich waren.

Insofern sprechen gute Argumente für eine – im Rahmen des jeweiligen Schuldverhältnisses – in zeitlicher Sicht unbegrenzte Anwendung des § 304 BGB bezüglich aller kausal durch den Annahmeverzug verursachten Mehraufwendungen, die zur Erhaltung des Leistungsgegenstands erforderlich waren. Dies bestätigt auch der Wortlaut der Norm, der im Gegensatz zu § 642 BGB keine zeitliche Begrenzung enthält.

## **a) Gestiegene Lohn- und Materialkosten**

Im werkvertraglichen Bereich gehören zu diesen Mehraufwendungen insbesondere solche, die durch gestiegene Lohn- und Materialkosten erst nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen. Auch in diesen Fällen muss der Unternehmer letztlich mehr aufwenden, um seine Leistungsfähigkeit – den Gegenstand der Leistung i.S.d. § 304 BGB – nach Beendigung des Verzugs weiterhin gewährleisten bzw. aufrechterhalten zu können. Dieser Mehraufwand ist kausal auf den Verzug des Bestellers zurückzuführen. Somit steht ihm dafür ein Mehraufwendungsersatzanspruch gem. § 304 BGB zu.

Der Gesetzgeber hat durch die Einführung des § 304 BGB – wie auch durch § 642 BGB – im Ergebnis nichts Anderes getan, als für diese Konstellationen eine abstrakte Entscheidung in Form einer Risikoweisung zu treffen. Das Risiko bezüglich verzugsbedingt höherer Leistungskosten wird dabei demjenigen zugewiesen, aus dessen Sphäre das verzugsauslösende Ereignis stammt. Dies kann im Einzelfall zu erheblichen finanziellen Einbußen führen. Dies erscheint im Ergebnis aber billig und gerecht.

## **b) Korrektiv: „machen musste“**

Um nun der nicht unbegründeten Angst vor einer ausufernden Haftung des Bestellers entgegenzutreten, sei hier noch auf das in § 304 BGB verankerte Korrektiv der Erforderlichkeit („machen musste“) hingewiesen.

Wie oben bereits angeklungen, hat man im Gesetzgebungsverfahren die Gefahr erkannt, dass es für den

Gläubiger durch seinen Annahmeverzug durchaus zu hohen finanziellen Belastungen kommen kann. Diese Last sollte dann wenigstens auf ein Maß reduziert werden, welches einer missbräuchlichen Vorgehensweise durch den Schuldner Einhalt gebietet und auf den Ersatz der tatsächlich erforderlichen Kosten beschränkt ist.

Der Unternehmer wird daher auch im Rahmen des § 304 BGB genau darzulegen und zu beweisen haben, welche Mehraufwendungen er tatsächlich „machen musste“, um seine Leistungsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Insofern dürfte sich die strenge Rechtsprechung, die sich bezüglich der Darlegungs- und Beweislast zu § 642 BGB entwickelt hat<sup>62</sup> auch in diesem Bereich niederschlagen.

Darüber hinaus ist hier rein vorsorglich zu betonen, dass sich der Schutzzweck der Norm immer nur auf das jeweilige Schuldverhältnis erstreckt. Dies folgt schon aus dem Wortlaut, der auf die Erhaltung des Gegenstands (der Leistung [des jeweiligen Schuldverhältnisses]) abstellt. Mehrkosten, die durch den Verzug bspw. im Rahmen der Wahrnehmung von Folgeaufträgen anfallen, werden freilich nicht mehr in den Schutzbereich der Norm einbezogen.

#### **IV. Fazit**

Es ist nach geltendem Recht möglich, in den einschlägigen Konstellationen dogmatisch sauber und zugleich dem Rechtsempfinden entsprechend vorzugehen. Dazu muss jedoch der Umgang mit der Problematik des Gläubigerverzugs im Werkvertragsrecht grundlegend überdacht und die vorhandenen gesetzlichen Mechanismen in der hier beschriebenen Art und Weise angewendet werden.

Die neueren Ansätze in der Literatur<sup>63</sup> sowie die neue Rechtsprechung des BGH<sup>64</sup> gehen bereits in eine durchaus begrüßenswerte Richtung, indem sie

---

62 Vgl. nur OLG Brandenburg, NJW-RR 2016, 653 (654) [OLG Brandenburg 18.02.2016 - 12 U 222/14]; OLG Köln, NJW-Spezial 2015, 332 ff.; OLG Köln, NZBau 2014, 626 ff. [OLG Köln 28.01.2014 - 24 U 199/12]; LG Memmingen, Urte. v. 08.02.2017 - 1 HK O 1976/12.

63 Insb. Hartwig, BauR 2014, 1055 ff. und Sienz, BauR 2014, 390 ff.

64 BGH, Urte. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17.

*Schneider: Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB - Ein Sieg der Dogmatik über das Rechtsempfinden? - BauR 2018 Heft 3 - 422 <<*

der ausufernden Anwendung des § 642 BGB entgegenzutreten. Nach der hier vertretenen Sichtweise ist der wichtigste Schritt jedoch noch nicht vollzogen.

Die neue Rechtsprechung des BGH lädt geradezu dazu ein, das hier vorgeschlagene Lösungskonzept ernsthaft in Betracht zu ziehen. Vor der Entscheidung vom 26.10.2017 lagen die Abweichungen des hier vorgestellten Konzepts eher auf dogmatischer Ebene. Nachdem der BGH sich im Rahmen des § 642 BGB nun endgültig gegen die Ersatzfähigkeit von Kosten, die zwar durch, aber erst nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen, entschieden hat, bietet diese Lösung einen klaren Vorteil: Nur danach besteht eine Chance für den Unternehmer, nicht auf Kosten „sitzen zu bleiben“, an deren Verursachung ihn noch viel weniger ein „Verschulden“ trifft, als den Besteller.