



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/4ec51b31-51c8-33da-b743-69904a07326e>

|             |                            |
|-------------|----------------------------|
| Zeitschrift | BauR - Baurecht            |
| Autor       | Dr. Paul Popescu           |
| Rubrik      | Aufsätze                   |
| Referenz    | BauR 2026, 1 - 10 (Heft 1) |
| Verlag      | Werner Verlag              |

Popescu, BauR 2026, 1

## Schadensersatz trotz Obliegenheiten im Rahmen von § 642 Abs. 1 BGB

### Vorschlag einer deklaratorischen Gesetzesergänzung



von Dr. Paul Popescu, Köln

Auf Basis der rechtshistorisch-dogmatischen Grundlagen wird nachfolgend die Legitimation einer denkbaren Schadensersatzhaftung des Bestellers im Zusammenhang mit defizitären Mitwirkungshandlungen i.S.v. § 642 Abs. 1 BGB beleuchtet.

## I. Einleitung

Mit seinem viel Aufsehen erregenden Aufsatz in Heft 8 der BauR-Zeitschrift vertritt Kau<sup>1</sup> die Schadensersatzhaftung des Bestellers nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund schuldhafter Mitwirkungsverstöße i.S.d. § 642 Abs. 1 BGB. Bereits zuvor hob der Verfasser insbesondere unter Verweis auf das Urteil des BGH vom 29.11.2023<sup>2</sup> sowie auf die Gesetzesmaterialien zu §§ 644, 645 BGB hervor, dass das restitutionsrechtliche Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen von § 642 BGB nicht zu



vernachlässigen ist.<sup>3</sup> Mit Blick auf die vorerwähnte Entscheidung des BGH kann die hier erörterte These keineswegs als praxisfremde Rechtstheorie oder gar unbeachtliche Literaturmindermeinung abgewertet werden. Insoweit stellt § 241 Abs. 2 BGB auch keinen künstlich konstruierten Hilfsweg und erst recht keine „Modeerscheinung“ dar. Vielmehr beinhaltet die Vorschrift eine erst mit Wirkung zum 01.01.2002<sup>4</sup> in Gesetzesform gegossene Ausprägung eines bereits lange Zeit vor Inkrafttreten des BGB herrschenden Grundprinzips. In seiner gegenwärtigen Fassung bildete § 241 Abs. 2 BGB wiederholt Gegenstand mehrerer beachtlicher Entscheidungen des BGH. Beispielhaft zu erwähnen ist diesbezüglich das Urteil vom 11.11.2014 zum „externen“ Kalkulationsirrtum des an einer öffentlichen Ausschreibung über die Vergabe von Bauleistungen teilnehmenden Auftragnehmers.<sup>5</sup> Zur Rechtslage vor dem 01.01.2002 hat auch der VII. Zivilsenat des BGH unter dem Aspekt der dem Besteller obliegenden vertraglichen Fürsorgepflichten Schadensersatzansprüche bejaht.<sup>6</sup>

Im Folgenden wird der Rechtsrahmen der denkbaren Schadensersatzhaftung im Bereich von Mitwirkungsobliegenheiten veranschaulicht. Zur Vermeidung etwaiger Missverständnisse ist bereits an dieser Stelle besonders hervorzuheben, dass der Bezugspunkt der hier erörterten Haftung nicht der Verstoß gegen die Obliegenheit als solche bildet. Insoweit wird der Verfasser auch nicht die These der herrschenden Meinung in Frage stellen, nach welcher die Mitwirkungshandlungen des Bestellers gem. § 642 Abs. 1 BGB ohne anderslautenden Parteivereinbarungen – wie z.B. in Form von § 3 Abs. 1 VOB/B<sup>7</sup> – im Ausgangspunkt keine Vertragspflichten i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB, sondern nicht einklagbare Obliegenheiten gem. §§ 293 ff. BGB darstellen.<sup>8</sup> Ein (deklaratorischer) Gesetzesvorschlag als Alternative zur aktuellen Initiativstellungnahme des DAV<sup>9</sup> zur Änderung des § 642 BGB rundet den Beitrag ab.

## II. Übergeordnete Fundamentalprinzipien des BGB

Die einzelnen Normen des BGB und die jeweils damit zusammenhängende Systematik sind vielfach in übergeordneten Fundamentalprinzipien mit spürbaren Auswirkungen für die Rechtsanwendung eingebettet. Mit anderen Worten fußt das BGB auf verschiedene Grundprinzipien, die weit über das im Gesetz ausdrücklich Normierte hinausgehen – mithin überrechtlicher Natur sind – und die das Gericht bei der Streitlösung stets zu beachten hat. Für die hier interessierende Thematik sind insbesondere zwei dieser Grundsätze hervorzuheben, die materiell-rechtlich mehr oder weniger unmittelbar ineinandergreifen und sich ergänzen.

### 1. Redlichkeitsgebot – Treu und Glauben

Unbestreitbar zählt das Redlichkeitsgebot zum elementarsten Fundamentalprinzip des deutschen Zivilrechts. Es durchstreift das gesamte BGB und ist gesetzlich vordergründig in der – freilich nicht unumstrittenen – Generalklausel des Treu und Glaubens des § 242 BGB verankert. Entgegen weit verbreiteter Meinung beschränkt sich dieser Rechtssatz nicht nur auf die Regel des römischen Rechts *bona fides*; vielmehr greift sein Ursprung weit hinter dieses Zeitalter zurück.<sup>10</sup> So finden sich z.B. auch in der Bibel einschlägige Passagen zum Grundsatz von Treu und Glauben im Handelsverkehr. Dabei verwenden die moderneren Übersetzungen in Form der Gute Nachrichten Bibel sowie der Basis Bibel explizit die Wörter Treu und Glauben; als Beispiel dient 2. Könige, 12, 16 folgenden Inhalts: „Die Männer, denen man das Geld übergab, um die Handwerker zu bezahlen, mussten keine Rechnung bringen. Sie handelten auf Treu und Glauben.“<sup>11</sup> Dieser Abschnitt bezieht sich auf die grundlegende Renovierung des Tempels in Jerusalem durch König Joasch im 9. Jahrhundert vor Christus und beschreibt das den für die Bauarbeiten Verantwortlichen entgegengebrachte Vertrauen gerichtet auf ein redliches Verhalten unter



Verzicht auf eine Rechnungsprüfung und Rechenschaftsablegung dahingehend, dass sie nur das Geld ausgeben werden, das der tatsächlich erbrachten und äquivalenten Leistung der Handwerker entspricht.

Der Begriffskanon Treu und Glauben im Sinne des Gesetzes, welcher zwei Ausdrücke mit mehr oder weniger synonyme Bedeutung aus verschiedenen Blickwinkeln zusammenfasst<sup>12</sup> und neben § 242 BGB in zahlreichen weiteren Vorschriften, wie z.B. in §§ 157, 162, 320, 815 etc. BGB, vorkommt, bezeichnet eine redliche Handlungsweise, die von einem „loyalen“, „verlässlichen“, „zuverlässigen“, „aufrichtigen“, „rücksichtsvollen“, „gewissenhaften“ etc. sowie „vertrauensvollen“ Verhalten geprägt ist. Das Wort Glauben beschreibt das Vertrauen auf die Haltung des Treupflichtigen,<sup>13</sup> sodass das Begriffspaar bzw. § 242 BGB sowohl den Schuldner als auch den Gläubiger gleichermaßen im Blick hat. Insgesamt liegt im Rechtssatz von Treu und Glauben, wie von Looschelders/Olzen<sup>14</sup> uneingeschränkt treffend beschrieben, „der Verweis auf außerrechtliche soziale und rechtsethische Maßstäbe und damit auf ein Grundelement der westlich-abendländischen Rechtskultur. Es besteht im wechselseitigen Vertrauen ihrer Mitglieder auf rechtmäßiges, redliches Verhalten“. Soziale und rechtsethische Maßstäbe unterliegen dem Wandel Zeit; insoweit können sie sich ändern und finden in dieser Form im Recht des § 242 BGB ihre entsprechende Beachtung und Wirkungskreis. Losgelöst hiervon bildet der Tatbestand von Treu und Glauben die Grundbasis zahlreich über längerer Zeit kraft Richterrecht entwickelter Rechtsinstrumentarien, die der Gesetzgeber sukzessive in das BGB kodifiziert hat. Hierzu zählen unter anderem: Das AGB-Recht in seiner Ursprungsfassung aus 1976,<sup>15</sup> das nunmehr in §§ 305 ff. BGB enthalten ist, die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nach heutigem § 313 BGB<sup>16</sup> und eben das hier erörterte Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB,<sup>17</sup> das zudem die Grundlage und den Anknüpfungspunkt für die seinerzeit ebenfalls nur kraft Richterrecht entwickelte und nunmehr in § 311 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB geregelte c.i.-c.-Haftung bildet.

## 2. Neminem laedere und Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB

Ein ebenso elementar wichtiges Fundamentalprinzip bildet der neminem-laedere-Grundsatz: Füge niemandem Schaden zu. Aus gutem Grund ist diese Formel durchaus als eine „Selbstverständlichkeit“ zu bezeichnen, die an sich keiner näheren Erläuterung bedarf; jedenfalls bildet sie unabhängig davon die Basis für das gesamte vertragliche und außervertragliche Schadensersatzrecht des BGB.<sup>18</sup> Auch der BGH rekurriert auf dieses Prinzip, indem er beispielhaft zur Ratio der Schadensersatzhaftung nach §§ 823 Abs. 2, 909 BGB aufgrund Grundstücksvertiefung wortwörtlich anführt:<sup>19</sup>

„Es geht bei der Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 909 BGB nicht um die Verletzung von Pflichten eines Vertrages, sondern um den Verstoß gegen das Gebot des neminem laedere. Es geht, mit anderen Worten, um allgemeine, gegenüber jedermann bestehende Verhaltenspflichten, die im vorliegenden Fall durch § 909 BGB oder sonst vielfach durch allgemeine Verkehrssicherungspflichten bestimmt und konkretisiert werden.“

Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber mit der am 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform<sup>20</sup> das aus § 242 BGB entspringende und jedem Schuldverhältnis als Nebenpflicht anhaftende Rücksichtnahmegebot in die Vorschrift des § 241 Abs. 2 BGB implementiert. Hierzu führte er unter anderem aus:<sup>21</sup>

„Die moderne Schuldrechtslehre unterscheidet zwischen Leistungs- und Schutzpflichten (oder auch weiteren Verhaltenspflichten). [...] Hinsichtlich der Intensität gehen diese Schutzpflichten über die allgemeinen



deliktischen Verhaltenspflichten hinaus. Sie verpflichten die Beteiligten zu einem gesteigerten Schutz der Rechtsgüter des jeweils anderen. Die Verletzung von Schutzpflichten erzeugt daher Ansprüche nach dem Recht der Sonderverbindung, verbunden insbesondere mit der Anwendbarkeit von § 278, d.h. einer Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen. Diese Rechtslage wird auch von der Rechtsprechung uneingeschränkt anerkannt.“

Mit anderen Worten verpflichtet § 241 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Parteien zur „besonderen Rücksicht“ bezogen auf die wechselseitig bestehenden Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Diese besondere Rücksicht geht wesentlich über das deliktsrechtliche Gebot der Achtung fremder Rechtskreise hinaus, das zugunsten des Rechtsverkehrs nur auf den Schutz absoluter Rechte beschränkt ist. Die Legitimation resultiert aus der bereits bestehenden Sonderverbindung der Kontrahenten, die im Rahmen von §§ 823 ff. BGB erst durch die begangene unerlaubte Handlung als solche entsteht. Insoweit war es auch ein Anliegen des Gesetzgebers entsprechend dem obigen Zitat zu betonen, dass § 241 Abs. 2 BGB anders als §§ 823 ff. BGB auch das „bloße Vermögen“ umfasst.<sup>22</sup>

Als eine besondere Ausprägung des § 241 Abs. 2 BGB zählt beispielhaft das vom BGH bislang ebenfalls aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB abgeleitete *bauvertragliche Kooperationsgebot*,<sup>23</sup> welches die Parteien unter anderem auch zu einer rechtzeitigen sowie adäquaten Kommunikation mit dem Ziel der Abwendung etwaig drohender oder bereits eingetretener Bauablaufstörungen verpflichtet. Damit ist lediglich eine Konkretisierung, nicht jedoch eine Erweiterung der in § 241 Abs. 1 BGB normierten Schutzpflichten verbunden.

### III. Herkunft und Reichweite der Obliegenheit

Bereits lange Zeit vor den Beratungen des BGB war allen voran in Rechtsprechung und Literatur die Frage höchst umstritten, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gläubiger zur Entgegennahme der ihm nach dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis gebührenden Leistung im Sinne einer Rechtspflicht mit allen daran anknüpfenden Rechtsfolgen obliiert werden kann. In einem 1897 veröffentlichten sowie äußerst beachtlichen und umfassenden Beitrag hat sich Josef Kohler<sup>24</sup> dazu unter anderem wie folgt positioniert:

„In der That ist jene Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers einer der fundamentalsten Irrthümer in der Lehre des Obligationenrechts. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen, es ist die Annahme ein Recht und nur ein Recht, keine Pflicht; es steht auf gleicher Stufe, wie jede anderwärtige Benutzung des Vermögensgutes. Ich darf meinen Schuldner, welcher mir zahlen will, abweisen, ebenso gut, wie ich mein Geld auf die Straße unter das Publikum werfen kann.“

In diesem Rahmen hatte Kohler auch explizit die Mitwirkung des Bestellers im Sinne der heutigen Fassung des § 642 BGB im Blick und kritisierte insoweit eine anderslautende Gerichtsentscheidung vom 07.10.1873, nach welcher der Bauherr zur Mitwirkung an der Fertigstellung der Bauarbeiten verpflichtet wurde, mit folgenden scharfen Worten:<sup>25</sup>



„Allein wo in aller Welt verpflichtet sich Jemand dazu, dem Uebernehmer des Werks, die Arbeit zu gestatten? Wo macht sich Jemand zum Sklaven seines Spenglers, seines Schneiders, seines Zimmermeisters, seines Stiefelputzers, seines Bodenwischers? Und es dürfte höchst schwierig sein, eine solche Verpflichtung überhaupt zu konstruieren. Denn es fehlt in solchen Fällen, wie gezeigt, nicht an einem Interesse des Handwerkers, oder Werkübernehmers, indem derselbe dadurch die Gelegenheit finden würde, durch geschickte Arbeit sein Renommee zu begründen, sich in der Arbeit zu üben u. dgl.; allein dieses Interesse ist nicht geeignet, die Grundlagen der Obligation zu bilden, weil dasselbe nur höchst indirekter und sekundärer Natur ist und weil ein solches indirektes, sekundäres Interesse nicht genügt, um der Obligation den nöthigen rechtlichen halt zu bieten [...] Zuletzt könnte man auch ein Recht des Zahnarztes zum Zahnziehen, des Chirurgen zu seinen chirurgischen Operationen u.s.w. konstruieren, was Niemand vertheidigen wird.“

In den Gesetzesmaterialien des BGB wurden diese letztlich auf der Hand liegenden Selbstverständlichkeiten und die damit verbundenen Meinungsverschiedenheiten betreffend die Rechtsnatur des Gläubigerverzugs nicht weiter vertieft; mit anderen Worten war es zum Zeitpunkt des konsolidierten Gesetzentwurfs des BGB klar, dass die Annahme der Gegenleistung keine einklagbare Rechtspflicht darstellt. Insoweit stand im Gesetzgebungsverfahren lediglich die Streitfrage zur Diskussion, ob der Gläubigerverzug, ähnlich wie der Schuldnerverzug, ein Verschulden voraussetzt, was letztlich verneint wurde.<sup>26</sup> Speziell zum Werkvertragsrecht hatte sich der Gesetzgeber zudem zur etwaigen Haftung des Bestellers im Falle eines von ihm i.S.v. § 276 BGB schuldhaft begangenen Mitwirkungsverstoßes wie folgt positioniert:<sup>27</sup>

„Ob der Annahmeverzug des Bestellers auf einem Verschulden desselben beruht oder nicht, ist nach den Bestimmungen des Entwurfes auf die Folgen des Annahmeverzuges als solchen ohne Einfluss. Ist jedoch der Annahmeverzug ein verschuldeter, so kann mit demselben ein Erfüllungsverzug des Bestellers konkurrieren, wenn derselbe nach dem Inhalte des Vertrages dem Uebernehmer gegenüber (als Schuldner) verpflichtet ist, in der erforderlichen Weise bei der Ausführung des Werkes mitzuwirken. In einem solchen Falle werden außer den Vorschriften über den Annahmeverzug die allgemeinen Grundsätze über die Folgen des Erfüllungsverzuges (vergl. § 369 Abs. 2) anwendbar. Dieser Fall braucht bei der Bestimmung des § 575 daher nicht besonders berücksichtigt zu werden.“

## IV. Rückschlüsse zur Haftung aus § 241 Abs. 2 BGB i. R. v. § 642 BGB

Aus dem Vorstehenden folgt zum einen, dass der Besteller bei Fehlen anderslautender Parteivereinbarungen nicht zur Mitwirkung an der Werksherstellung im Sinne einer „echten“ Pflicht gem. § 241 Abs. 1 BGB obligiert und verklagt werden kann. Nach der Grundlagensystematik der §§ 280 ff. BGB kann daher der Verstoß gegen eine Mitwirkungsobliegenheit auch keinen Schadensersatz begründen. Auf der anderen Seite darf der Unternehmer aufgrund der durch den Werk- oder Bauvertrag bestehenden Sonderverbindung jederzeit und uneingeschränkt auf



ein stets redliches Verhalten des Bestellers und entsprechend dem *neminem-laedere*-Prinzip insbesondere darauf vertrauen, dass der Besteller auf seine Vermögensinteressen i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB ausreichend Rücksicht nimmt und dass er ihm keinen Schaden zufügt. Die soeben skizzierten Aspekte sind wie folgt zu präzisieren:

## 1. Obliegenheit bedeutet nur fehlende Pflicht

Insbesondere, aber nicht nur, nach den eindrucksvollen und lebhaften Ausführungen von Josef Kohler bedeutet Obliegenheit i.R.v. § 642 BGB in rechtlicher Hinsicht im Ergebnis lediglich, dass der Besteller nicht zur Mitwirkung an der Werksherstellung verpflichtet werden kann. Mehr nicht. Sofern in diesem Zusammenhang überhaupt von einem wie auch immer gearteten Schutzaspekt die Rede sein kann, erschöpft sich dieser darin, dass der Besteller sich nicht im Sinne einer einklagbaren Obligation mit allen daran anknüpfenden Prozessmöglichkeiten nach §§ 253 ff., 300 ff., 704 ff. ZPO aktiv an der Leistungsausführung partizipieren muss. Dieser „Schutzbereich“ endet spätestens dort, wo der Besteller uneingeschränkt an der Werkausführung festhalten möchte, mithin entgegen den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers den Werkvertrag wegen der drohenden Nachteile aufgrund fehlender Mitwirkung gerade nicht frei nach § 648 BGB kündigt,<sup>28</sup> sondern stattdessen die Leistungskapazitäten sowie Ressourcen des Unternehmers einfordert, seinerseits jedoch schuldhaft die notwendigen Mitwirkungshandlungen nicht (rechtzeitig) erfüllt.

## 2. Verletzte Rücksichtnahme als Haftungsgrund

In einem solchen Fall verlässt der Besteller – bildhaft dargestellt – seinen ihm nach den Rechtsgedanken und Motiven der §§ 293 ff., 642 BGB geschützten Rechtskreis und dringt entgegen dem *neminem-laedere*-Prinzip widerrechtlich und schuldhaft in den Integritätsbestand des Unternehmers ein. Haftungsgrund dieser Konstellation bildet somit nicht die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit des § 642 Abs. 1 BGB als solche, sondern die nach §§ 276 ff. BGB verschuldete Missachtung des Rücksichtnahmegebots des § 241 Abs. 2 BGB. In diesem Rahmen ist der Besteller, der unbeschränkt an der Werksausführung festhält, ipso jure verpflichtet sich in einer Weise einzurichten, die die Leistungserfüllung des Unternehmers innerhalb der vertraglich bzw. sich nach § 271 Abs. 1 BGB ergebenden Ausführungsdauer nicht gefährdet. Dies gilt erst recht für den planungsverantwortlichen Besteller, der plastisch ausgedrückt die unabdingbare „Rezeptur“ mit allen daraus resultierenden Einzelarbeitsschritten der Werksrealisierung vorgibt und auf diese Weise den Unternehmer in entsprechend leistungsbezogener Abhängigkeit bindet. In diesem Rahmen hat der Besteller rechtzeitig ausreichend Sorge dafür zu tragen, dass dem Unternehmer die maßgeblichen Ausführungsunterlagen ordnungsgemäß vorliegen. Das Verschulden der vom Besteller zur Erfüllung dieser Aufgabe eingesetzten Personen, wozu insbesondere Architekten und Ingenieure zählen, muss er sich wie eigenes Vertreten nach § 278 BGB zurechnen lassen.<sup>29</sup> Die beschriebene Haftung kann, vor allem auch mit Blick auf den schadensrechtlichen Grundsatz des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, gem. § 311 Abs. 1 und 2 BGB in Form des Verschuldens bei Vertragsschluss bestehen.<sup>30</sup> Können z.B. dem Unternehmer während der nachvertraglichen Abwicklungsphase die notwendigen behördlich freigegebenen Ausführungspläne deshalb nicht rechtzeitig beigelegt werden, weil der (v.a. öffentliche) Auftraggeber vorvertraglich die entsprechenden Genehmigungen nicht oder verspätet einreichte und er auf diese Weise die Vertragsvergabe pflichtwidrig verfrüht veranlasste, so ist er dem Unternehmer nach §§ 280 Abs. 1, 311





Abs. 1 und 2, 241 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Insoweit kann der Unternehmer einwenden, dass er den gegebenen Vertrag nicht oder nicht zu den vereinbarten Konditionen geschlossen hätte. Entscheidend für eine etwaige Haftung des Bestellers ist somit stets der Bezugspunkt bzw. der Zeitpunkt des jeweiligen Verstoßes des Bestellers gegen das Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB; hinzu kommen die sonstigen restitutionsrechtlich relevanten Gesichtspunkte, wozu insbesondere die Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten<sup>31</sup> des Schuldners zählt.

Das vorliegende Ergebnis deckt sich mit den vorstehend zitierten Erwägungen des historischen Gesetzgebers aus Motive II, 496, nach welchen der Besteller bei Vorliegen von Verschulden auf Schadensersatz haftet, „wenn derselbe nach dem Inhalte des Vertrages dem Uebernehmer gegenüber (als Schuldner) verpflichtet ist, in der erforderlichen Weise bei der Ausführung des Werkes mitzuwirken“. Diese sich „nach dem Inhalte des Vertrages“ ergebende Pflicht resultiert in den hier erörterten Fällen aus dem allgemeinen, dem Grundsatz von Treu und Glauben entspringenden Rücksichtnahmegebot, das der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.01.2002 durch die Vorschrift des § 241 Abs. 2 BGB explizit in das BGB normiert hat. Auch anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber hat das BGB weiter entwickelt und Schutzpflichten als „echte“ Vertragspflichten normiert, die i. S. d. Motive II, 496, bei schuldhafter Verletzung zum Schadensersatz führen.

## a) Der Unterschied des Annahmeverzug des § 642 BGB zu §§ 293 ff. BGB und die illegitime Schutzlosigkeit des Unternehmers beim leistungsfordernden, seiner Mitwirkung jedoch schuldhaft nicht nachkommenden Besteller

Für die vorgeschriebene Haftung streitet vor allem folgender elementarer Gesichtspunkt: § 642 BGB und der darin normierte Annahmeverzug betreffen den Herstellungsprozess vor Vollendung der Vertragsleistung – d. h. das „unfertige“ Werk –, wohingegen sich der allgemeine Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB, auf welchen beispielhaft auch die werkvertragliche Gefahrtragungsregelung des § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB verweist, auf die Vertragsleistung als solche – mithin auf das komplett fertiggestellte Werk – bezieht. Im Ausgangspunkt stellt die Möglichkeit des Schuldners zur Erbringung der eigens geschuldeten Vertragsleistung mit dem Ziel der Erlangung der Gegenleistung eine von der Rechtsordnung geschützte Rechtsposition dar. Insbesondere über die gerichtliche Feststellung des Annahmeverzugs des Gläubigers kann der leistungsbereite und – fähige Schuldner nach § 756 Abs. 1 ZPO die Zug-um-Zug-Verpflichtung überwinden und auf diese Weise auch ohne gleichzeitige Erfüllung der ihm obliegenden Leistung direkt den Erhalt der Gegenleistung zwangsvollstreckungsrechtlich durchsetzen. Eine vergleichbare Möglichkeit steht dem (ohne mit der Vorleistungspflicht belasteten) Werkunternehmer bei einer schon im Herstellungsprozess fehlenden Mitwirkungshandlung des Bestellers nicht zu, weil die Vergütungspflicht des Bestellers mangels Fertigstellung und Abnahmefähigkeit des Werks per se nicht fällig wird. Möchte der Besteller die ihm jeweils obliegende Mitwirkungshandlung endgültig nicht bewirken, z. B. aufgrund nachvertraglich fehlenden Interesses an der Werkerrichtung etc., so ist dies nach den gesetzlichen Wertungen des BGB und in den Worten von Josef Kohler ausgedrückt sein gutes Recht; in einem solchen Fall kann der Unternehmer den Besteller nicht auf Vertragserfüllung in Anspruch nehmen. Vielmehr ist das Vertragsverhältnis gemäß § 648 BGB oder gemäß § 643 BGB zu beenden.

Im Gegensatz hierzu ist es dem Besteller sowohl nach § 241 Abs. 2 BGB als auch schon nach der ebenfalls auf § 242 BGB fußenden Grundregel des venire contra factum proprium jedoch verwehrt, einerseits die Leistungspflichten des Unternehmers uneingeschränkt einzufordern, andererseits die hierfür jeweils notwendigen Mitwirkung schuldhaft i. S. v. §§ 276 ff. BGB zu obstruieren.



## b) Gesamtwertung des Gesetzes nach §§ 644, 645 BGB und §§ 280 ff. BGB

Das vorskizzierte Haftungsregime wird im Übrigen von der Gesetzeswertung der Systematik über die Gefahrtragung nach §§ 644, 645 BGB, welche § 642 BGB in Form eines temporären Leistungshindernisses ergänzt,<sup>32</sup> in Verbindung mit der vertraglichen Schadensersatzhaftung bestätigt. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers erfasst § 645 Abs. 1 BGB nur den zum Untergang oder Verschlechterung des Werks führenden Zufall ohne ein mitwirkendes Verschulden einer der Vertragsparteien.<sup>33</sup> Insoweit stellt § 645 Abs. 2 BGB ausdrücklich klar, dass eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens unberührt bleibt. Diese Vorschrift wurde auf Antrag anlässlich der Beratungen des BGB-Entwurfes eingefügt,<sup>34</sup> welche in der Sache letztlich einen deklaratorischen Charakter aufweist. Denn schon in den Motiven<sup>35</sup> zur Gefahrtragung nach den heutigen §§ 644, 645 BGB ist festgehalten, dass bei Verschulden einer der Beteiligten die „allgemeinen Grundsätze maßgebend, aber auch ausreichend“ sind.<sup>36</sup> Mit den allgemeinen Grundsätzen hat der Gesetzgeber bezogen auf § 644 BGB hinsichtlich eines Verschuldens des Bestellers „insbesondere die Bestimmungen über die Folgen der Leistung [...] sowie die Bestimmung über die Folgen verschuldeter Nichterfüllung der Verbindlichkeiten, falls das Verschulden des Bestellers sich zugleich als Verletzung einer ihm obliegenden Vertragspflicht darstellt [...]“<sup>37</sup> aufgezählt. Des Weiteren fügte er hinzu, dass „auch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen [...] geeignetenfalls anwendbar“ sein können.<sup>38</sup> Nahtlos hieran gliedert sich das seit dem 01.01.2002 wirkende Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB an, das nach den skizzierten Ausführungen des Gesetzgebers im Rahmen schon bestehender Sonderverbindungen eine erweiterte Haftung gegenüber dem Deliktsrecht aufweist.<sup>39</sup>

In Erwägung all dessen beinhalten §§ 642 bis 645 BGB kein wie auch immer geartetes abschließendes und gegenüber §§ 280 ff. BGB spezielleres Sonderregelungssystem, sondern sie implementieren explizit die verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung der Vertragsbeteiligten. Der Annahmeverzug nach dem Gesetz der §§ 293 ff. BGB bedeutet nur, dass dieser kein Verschulden voraussetzt. Liegt hingegen ein Verschulden vor, richten sich die damit verbundenen Rechtsfolgen – in den Worten des historischen Gesetzgebers ausgedrückt – „nach allgemeinen Grundsätzen“. Entscheidend ist, dass der Besteller im Bereich von § 645 Abs. 2 BGB uneingeschränkt auf Schadensersatz haftet, soweit seine Mitwirkung i.S.v. §§ 276 ff. BGB schuldhaft defizitär ist und der Unternehmer hierdurch Einbußen erleidet. Insoweit macht es in Ansehung des § 241 Abs. 2 BGB wertungsmäßig auch keinen Unterschied, ob die Werksausführung z.B. an der schuldhaften Beschädigung der im Eigentum des Unternehmers stehenden Materialien durch den Besteller oder daran scheitert, dass der Besteller mit demselben Verschuldensgrad dem Unternehmer fehlerhafte Materialien zur Verfügung stellt.<sup>40</sup> In beiden Fällen missachtet der Besteller das Gebot des § 241 Abs. 2 BGB, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Kontrahenten gebührend Rücksicht zu nehmen. Folglich kann der Fall, dass die rechtzeitige Werksherstellung an der schuldhaften Nichtmitwirkung des an der Vertragserfüllung unbeschränkt festhaltenden Bestellers scheitert, wertungsmäßig nicht anders behandelt werden.

## c) Regressansprüche und sonstige Schutzaspekte zugunsten des Bestellers

Zu beachten ist ferner, dass der Besteller in den hier erörterten Fällen einer Haftung für Erfüllungsgehilfen nicht schutzlos gestellt ist. Vielmehr stehen ihm Regressansprüche gegen den jeweils verantwortlichen Vertragspartner bzw. Schuldner zu. In den einschlägigen Konstellationen, z. B. betreffend den schuldhaft nicht rechtzeitig





leistenden Vorunternehmer, ist es auch rechtsdogmatisch folgerichtig, dass zum einen letztlich der Veranlasser für den insgesamt entstandenen Schaden aufzukommen hat und dass zum anderen die Schadensabwicklung in den jeweiligen Schuldverhältnissen stattfindet<sup>41</sup>. Losgelöst hiervon haftet der Besteller gegenüber seinen Vertragspartnern wegen eines Fehlverhaltens einer Behörde insgesamt nicht auf Schadensersatz; eine Behörde ist in aller Regel nicht Erfüllungsgehilfe des Bestellers i. S. v. § 278 BGB, weil sie ausschließlich im Rahmen des ihr nach dem jeweils einschlägigen öffentlichen Recht hoheitlich obliegenden Pflichtenkreises tätig wird und daher nicht mit dem Willen des privatrechtlich handelnden Bestellers bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson agiert<sup>42</sup>. Schadensersatzansprüche wegen einer bestehenden Amtspflichtverletzung der Behörde i. S. v. § 839 BGB i. V. m. Art 34 GG, z. B. wegen Verzögerung der Entscheidung über ein Baugesuch<sup>43</sup>, die grundsätzlich dem Besteller als Antragsteller zustehen, kann der Unternehmer im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen<sup>44</sup>.

### 3. Das Rücksichtnahmegebot des Unternehmers

In gleicher Weise ist allerdings auch der Unternehmer zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet. Insoweit hat er den Besteller insbesondere – ebenfalls rechtzeitig – über die Zeitpunkte und/oder den Umfang der von ihm jeweils erforderlichen Mitwirkungshandlungen in Kenntnis zu setzen, sofern dem Besteller diese Aspekte nicht bekannt sind. Dies gilt erst recht bei Anpassungen der Leistungsausführung aufgrund geänderter sowie bereits gestörter Bauabläufe, die nicht vom Besteller gesteuert werden, sondern sich nach der werkvertraglichen Dispositionsfreiheit des Unternehmers richten. Anders ausgedrückt: Soweit der Besteller bei geänderten oder gestörten Bauabläufen nicht selbst die Ausführungsmodalitäten bestimmt und er auch sonst über keinen adäquaten Einblick in die vom Unternehmer beabsichtigten Arbeitsschritte verfügt, bedarf er nach dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB eines rechtzeitigen Hinweises hinsichtlich der von ihm vorzunehmenden Mitwirkungshandlungen. Darin liegt auch der ureigentliche Gedanke und Schutzzweck der sog. Behinderungsanzeige i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B, die nach hier vertretener Ansicht ebenfalls nur eine besondere Ausprägung bzw. rechtsgeschäftlich gesondert geregelte Schutzpflicht des allgemein in § 241 Abs. 2 BGB verankerten Rücksichtnahmegebots und des daraus resultierenden bauvertraglichen Kooperationsgebots darstellt. Jedenfalls kann sich der Unternehmer im Rahmen der vorbeschriebenen Fälle modifizierter Bauabläufe nicht auf die fristgebundenen Arbeitsschritte des anfänglichen Terminplans berufen und erst recht nicht darauf aufbauend etwaige Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche begründen, wenn er nicht zuvor den aufklärungs- bzw. informationsbedürftigen Besteller nach § 241 Abs. 2 BGB rechtzeitig und ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt hat.<sup>45</sup> In diesem Zusammenhang scheitern etwaige Entschädigungs- und/oder Schadensersatzansprüche des Unternehmers bereits an den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB bzw. der Bestimmung des § 254 BGB.

## V. Vorschlag einer deklaratorischen Gesetzesergänzung

Nach dem Vorstehenden bedarf es an sich keiner speziellen Gesetzesregelung für die erörterten Konstellationen eines Schadensersatzanspruchs des Unternehmers. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit bietet sich jedoch eine einschlägige Bestimmung gemäß der nachstehenden Formulierung an. Sie dient vor allem auch als Alternative bzw. Ergänzung zu der Initiativstellungnahme des Ausschusses Privates Bau- und Architektenrecht beim DAV aus September 2025 gerichtet auf eine Änderung des § 642 BGB, welche als Reaktion auf die in der



Praxis allgemein als unzufrieden empfundene Situation betreffend die restriktive Handhabung der bisherigen Gesetzesnorm erfolgte<sup>46</sup>. Die darin enthaltene Empfehlung beschränkt sich stark zusammengefasst auf eine Erstattung der dem Unternehmer nach dem Ende des Mitwirkungsverzugs des Bestellers entstehenden tatsächlich erforderlichen Mehrkosten ohne Ausgleich der Allgemeinen Geschäftskosten sowie des Wagnisses und Gewinns. Sie greift nach Auffassung des Verfassers bezogen auf die hier erörterten Konstellationen eines schuldhaften Mitwirkungsversagens des Bestellers zu kurz und kann – bildhaft ausgedrückt – nur als eine schwer umkämpfte Kompromisslösung zwischen den Vertretern der Auftraggeber- und denjenigen der Auftragnehmerseite aufgefasst werden. Auf Grundlage der Ausführungen in den vorangehenden Abschnitten wird folgende Ergänzung vorgeschlagen, die naturgemäß nicht mit der Schärfe eines druckreifen Gesetzesentwurfs formuliert ist (die Anpassungen sind in Kursivschrift enthalten; aus Gründen der Vollständigkeit wird auch eine [ebenfalls deklaratorische] Regelung zum Beendigungszeitpunkt des Annahmeverzugs i. R. v. § 642 BGB mit eingefügt, die aus Platzgründen andernorts vertieft erörtert wird<sup>47</sup>:

#### § 642 BGB Mitwirkung des Bestellers

- (1) 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.
- (2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. *Der Verzug gilt in dem Zeitpunkt als beendet, in dem der Unternehmer die vertragliche Produktivität der von der jeweiligen unterlassenen Handlung betroffenen Teilleistung wieder erreichen kann.*
- (3) *Hat der Besteller infolge der unterlassenen Handlung den Werkvertrag nicht nach § 648 BGB gekündigt und hat er die zum Unterlassen der Handlung führenden Umstände zu vertreten, so kann der Unternehmer Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. §§ 278, 280 Abs. 1 Satz 2, 254 BGB gelten entsprechend.*

## VI. Fazit

1. Der unter anderem in § 242 BGB verankerte Grundsatz von Treu und Glauben spiegelt das Fundamentalprinzip der westlich-abendländischen Rechtskultur wider, dessen Herkunft und Wirkungskreis weit über das Gesetz des BGB hinausgeht. Danach können die Vertragskontrahenten stets wechselseitig auf Redlichkeit und Rücksichtnahme ihrer Vermögensinteressen vertrauen. Dieses Rücksichtnahmegebot wurde mit Wirkung zum 01.01.2002 in § 241 Abs. 2 BGB implementiert. Es ergänzt das gleichfalls übergesetzliche *neminem-laedere*-Prinzip: Füge niemandem Schaden zu.

2. Die Mitwirkung nach § 642 Abs. 1 BGB stellt in Ermangelung anderslautender Parteivereinbarungen nach h.M. eine Obliegenheit dar. Obliegenheit in diesem Sinne bedeutet im Ergebnis nur, dass der Besteller sich nicht im Sinne einer einklagbaren Rechtspflicht aktiv an der Werksherstellung beteiligen muss. Mehr nicht.

3. Hält der Besteller unbeschränkt an der Werksausführung fest und fordert er die Leistungskapazitäten sowie Ressourcen des Unternehmers ein, verlässt er seinen von §§ 293 ff., 642 Abs. 1 BGB geschützten Rechtskreis und dringt widerrechtlich und schuldhaft in den Integritätsbestand des Unternehmers ein, wenn er durch defizitäre Mitwirkung i.S.v. §§ 276 ff. BGB die Leistungserbringung seines Kontrahenten erschwert. Haftungsgrund in diesem Fall bildet nicht die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit als solche, sondern der Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB. Anders als im Rahmen der gesamten Vertragsleistung als solche



betreffenden Bestimmungen des Annahmeverzugs gemäß § 293 ff. BGB steht dem sich im Stadium des unabgeschlossenen Herstellungsprozesses befindenden Unternehmer keine mit § 756 ZPO vergleichbaren Schutzmechanismen bezogen auf die Situation des Annahmeverzugs nach § 642 BGB zu. Insoweit ist es dem Besteller nach § 241 Abs. 2 BGB sowie bereits nach der ebenfalls auf § 242 BGB fußenden Grundregel des venire contra factum proprium verwehrt, einerseits die Leistungspflichten des Unternehmers uneingeschränkt einzufordern, andererseits die hierfür jeweils notwendigen Mitwirkung schuldhaft i. S. v. §§ 276 ff. BGB zu obstruieren.

4. Das vorbeschriebene Haftungsregime deckt sich nicht nur mit der Systematik der Gefahrtragung nach §§ 644, 645 BGB und insoweit insbesondere mit § 645 Abs. 2 BGB, sondern allen voran mit dem Willen des historischen Gesetzgebers und der ständigen Rechtsprechung des BGH zum Gebot der Rücksichtnahme als besonderer Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben. In Ansehung des § 241 Abs. 2 BGB macht es wertungsmäßig in der Sache keinen Unterschied, ob der Schaden des Unternehmers durch eine schuldhafte Handlung des Bestellers i.S.d. § 645 Abs. 2 BGB oder dadurch entsteht, dass der unbeschränkt an der Werksausführung festhaltende Besteller seiner ordnungsgemäßen Mitwirkung ebenfalls schuldhaft nicht nachkommt. Annahmeverzug nach dem Gesetz der §§ 293 ff. BGB bedeutet nur, dass hierfür kein Verschulden des Gläubigers erforderlich ist. Insoweit schließt er es nicht aus, dass sich die Rechtsfolgen bei Vorliegen von Verschulden – in den Worten des historischen Gesetzgebers ausgedrückt – nach den „allgemeinen Grundsätzen“ schadensersatzrechtlicher Art gemäß den heutigen §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB richten, die eine Weiterentwicklung des Gesetzes verglichen zur Ursprungsfassung des BGB darstellen.

5. Der Besteller ist in den hier erörterten Fällen einer Haftung für Erfüllungsgehilfen nicht schutzlos gestellt; vielmehr stehen ihm Regressansprüche gegen seinen jeweils verantwortlichen Schuldner zu. Für ein etwaiges behördliches Fehlverhalten haftet der Besteller mangels Erfüllungseigenschaft i. S. d. § 278 BGB ohnehin nicht auf Schadensersatz.

6. In gleicher Weise ist auch der Unternehmer nach § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme verpflichtet; einen aufklärungs- und informationsbedürftigen Besteller hat er stets rechtzeitig über die Zeitpunkte und/oder den Umfang der von ihm jeweils zu erbringenden Mitwirkungshandlungen in Kenntnis zu setzen.

7. Eine Gesetzesregelung zur Abbildung der hier erörterten Schadensersatzansprüche des Unternehmers ist an sich nicht erforderlich, sie bietet sich jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit an.



|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| *  | Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 1  | Kau, BauR 2025, 1136 ff.; s. dazu auch Bolz, IBR 2025, 502, mit den entsprechenden Leseranmerkungen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 2  | BGH, Ur. v. 29.11.2023 – VIII ZR 164/21, BauR 2024, 631.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 3  | Leupertz/Popescu, in: Staudinger (2024), § 642 Rdnr. 30.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 4  | Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 2001 S. 3138.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 5  | BGH, Ur. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14, BauR 2015, 479; s. dazu Popescu, ZfBR 2015, 342 ff., welcher in der dem BGH zur Entscheidung konkret vorgelegten Konstellation einen anderen, gegenüber § 241 Abs. 2 BGB vorrangigen dogmatischen Lösungsansatz vertritt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 6  | BGH, Ur. v. 14.09.1999 – X ZR 89/97, BauR 2000, 262.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 7  | Bsp. Döring, in: Ingenstau/Korbion, § 3 VOB/B, Rdnr. 3; mit zahlreich weiteren Nachweisen § 6, Rdnr. 6; a.A. Jurgeleit, BauR 2025, 1127 ff.; Karczewski, ibR-VOB/B (16.7), § 3, Rdnr. 21; KG, Ur. v. 29.01.2019 – 21 U 122/18, BauR 2019, 823.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 8  | Jurgeleit, BauR 2025, 1127 f.; Retzlaff, in: Grüneberg, 83. Aufl. (2024), § 642, Rdnr. 2; Leupertz/Popescu, in: Staudinger (2024), § 642, Rdnr. 27; Leupertz, BauR 2014, 382 (386); Peters, NZBau 2011, 641; BGH, Ur. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, Rdnr. 30; a.A. bsp. Kapellmann, NZBau 2011, 193.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 9  | <a href="https://anwaltverein.de/newsroom/sn-55-25-aenderung-des-642-bgb-bei-bauzeitverzoegerungen">https://anwaltverein.de/newsroom/sn-55-25-aenderung-des-642-bgb-bei-bauzeitverzoegerungen</a> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 10 | Zur Geschichte des § 242 BGB statt aller Looschelders/Olzen, in: Staudinger (2024), § 242 BGB, Rdnr. 1 ff. mit zahlreich weiteren Nachweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 11 | In der Lutherübersetzung ist nur das Wort „Glauben“ enthalten. In der Hoffnung für Alle Bibel wird die Stelle wie folgt übersetzt: „Dabei vertraute man auf die Ehrlichkeit der Bauführer. Sie mussten keine Rechenschaft über die Ausgaben ablegen.“                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 12 | Looschelders/Olzen, in: Staudinger (2024), § 242 BGB, Rdnr. 140 f. 142.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 13 | Vgl. etwa Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), § 242, Rdnr. 6.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 14 | In: Staudinger (2024), § 242 BGB, Rdnr. 143 und 152.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 15 | S. dazu zum AGBGB von 1976 BT-Drucks. 7/3919, S. 10, 13, 14 und 22, u.a.: „Die Inhaltskontrolle von AGB stützt der Bundesgerichtshof nicht mehr allein auf § 138 BGB, sondern zusätzlich und überwiegend auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dabei verlangt er von demjenigen, der AGB aufstellt, daß er wegen der ‚einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit‘ schon bei der Aufstellung die Belange der künftigen Vertragspartner nach Treu und Glauben ausreichend berücksichtigen müsse [...]“.                                                                                                                   |
| 16 | BT-Drucks. 14/6040, S. 174: „Letztlich handelt es sich beim Problem des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage um einen besonderen Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben, also des § 242“.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 17 | Olzen, in: Staudinger, § 241 BGB, Rdnr. 513; Looschelders/Olzen, in: Staudinger (2024), § 242 BGB, Rdnr. 100.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 18 | Grundlegend Picker AcP 183 (1983), 369, 460 ff.; ders., JZ 1987, 1041 (1047 ff.).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 19 | BGH, Ur. v. 22.10.2004 – V ZR 310/03, Rdnr. 11 (juris).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 20 | BGBl. I 2001 S. 3138.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 21 | BT-Drucks. 14/6040, S. 125.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 22 | BT-Drucks. 14/6040, S. 125.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 23 | Vgl. Leupertz/Popescu, in: Staudinger (2024), § 631 BGB, Rdnr. 87 und 88. Nach zutreffender Ansicht ist entgegen der h.M. (allen voran BGH, Ur. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344) auch die allgemeine werkvertragliche Prüfungs- und Hinweispflicht unter § 241 Abs. 2 BGB zu subsummieren, vgl. Vorwerk, BauR 2003, 1 ff.; Peters, NZBau 2008, 609 ff.; Markus, NZBau 2010, 604 ff.; Popescu BauR 2017, 443 ff.; Pioch, AcP 219 (2019), 704, 730 f. Dies folgt bereits aus den mehr als eindeutigen Ausführungen des historischen Gesetzgebers, Motive II, 485 f., und gilt erst recht unter der Prämisse der h.M., die Prüf- |



|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | und Hinweispflicht sei aus § 242 BGB als Ausfluss der Kooperationspflicht zu verstehen; s. Nachweise bei Leupertz/Popescu, in Staudinger (2024), § 633 BGB, Rdnr. 168, zumal das Kooperationsgebot, wie erwähnt, seit dem 01.01.2002 einen Unterfall des gesetzlichen Rücksichtnahmegebots des § 241 Abs. 2 BGB bildet und die Verletzung einer entsprechenden (Neben-)Pflicht nach der Gesetzessystematik der §§ 275 Abs. 4, 280 ff. BGB verschuldensabhängig Schadensersatzansprüche auslöst.                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 24 | Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Bd. 17 = N.F. Bd. 5 [1879]), S. 261 ff., 267.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 25 | Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Bd. 17 = N.F. Bd. 5 [1879]), S. 279 f.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 26 | Motive II, 68 ff.; Mugdan II, 538 ff.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 27 | Motive II, 496.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 28 | Motive II, S. 496: „Durch die Bestimmung des § 575 [§ 642 BGB n.F.] wird das Interesse beider Theile in angemessener Weise gewahrt, zumal nach § 578 [§ 648 BGB n.F.] der Besteller jederzeit von dem Vertrage zurücktreten und sich dadurch gegen die ihm nach § 575 während der Dauer des Verzuges treffenden Nachteile schützen kann, wenn die Verhinderung voraussichtlich von längerer Dauer sein sollte und er deshalb der Gefahr ausgesetzt ist, dass die nach § 575 mit dem Verzuge für ihn verbundenen Nachteile größer sind, als diejenigen, welche ihm nach § 578 im Falle des Rücktrittes vom Vertrage treffen.“                                                                                                                                                        |
| 29 | Kau, BauR 2025, 1136 (1144 f.); s. dazu auch Popescu, in: ibr-online-Kommentar VOB/B, 25.08.2025, § 6, Rn.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 30 | Dazu s.a. Popescu, BauR 2017, 443 ff. (445 f.), im Zusammenhang mit der Thematik der Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 31 | Dazu bsp. BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 156/11, NJW 2012, 2022; der BGH siedelt den Tatbestand des rechtmäßigen Alternativverhaltens beim Kriterium der Zurechenbarkeit des Schadenserfolges an.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 32 | BGH, Urt. v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19 Rdnr. 52.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 33 | Motive II, 501.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 34 | Mugdan II, 934 f.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 35 | Motive II, 499, 501.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 36 | Motive II, 501.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 37 | Motive II, 499, 500.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 38 | Motive II 500.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 39 | s.o. Ziff. II.2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 40 | Ein etwaiges Mitverschulden des Unternehmers nach § 254 BGB lässt die primäre Haftung des Bestellers unberührt, vgl. die umgekehrte Situation nach BGH, Urt. v. 20.06.2013 – VII ZR 4/12, BauR 2013, 1472– „Steilhang Rügen“ zur mangelhaften Planung und Haftung des Architekten trotz der dem Besteller bekannter risikoreicher Bodenverhältnisse. Aufgrund im Einzelfall bestehender Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers kann letztlich auch dieser dem Besteller zum Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, sodass sich die wechselseitig bestehenden Verantwortlichkeiten im Ergebnis nach der jeweiligen Mitverschuldensquote richten. Im Einzelfall kann z.B. bei überlegenem (Fach-)Wissen des Bestellers nur dieser allein haften. |
| 41 | Das stellt das elementare Grundprinzip des BGB im Bereich relativer Rechte und Schuldverhältnisse dar, sodass der Auffassung von Karczewski, NZBau 2025, 154, welcher sich für die Drittschadensliquidation dahingehend ausspricht, dass der Unternehmer Ersatz seines wegen fehlender Mitwirkungshandlung des Bestellers erlitten Schadens gegenüber den Verantwortlichen geltend machen kann, in diesem Punkt nicht gefolgt werden kann.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 42 | Hierzu vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781, zum Jobcenter (Sozialamt) hinsichtlich der Zahlungspflichten des Mieters.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 43 | Dazu vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.10.2024 – III ZR 48/23, BauR 2025, 236 (239) Rn. 23 m. Verw. auf BGH, Urt. v. 12.07.2001 – III ZR 282/00, NVwZ 2002, 124 sowie BGH, Beschl. v. 23.01.1992 – III ZR 191/90, NVwZ 1993, 299 und v. 21.09.1989 – III ZR 41/88, BeckRS 1989, 31069286.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 44 | BGH, Urt. v. 22.11.1966 – VI ZR 49/65, NJW 1967, 930.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |



|    |                                                                                                                                                                                                     |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 45 | S. hierzu auch Leupertz/Popescu, in: Staudinger (2024), § 642 BGB, Rdnr. 67.                                                                                                                        |
| 46 | <a href="https://anwaltverein.de/newsroom/sn-55-25-aenderung-des-642-bgb-bei-bauzeitverzoegerungen">https://anwaltverein.de/newsroom/sn-55-25-aenderung-des-642-bgb-bei-bauzeitverzoegerungen</a> . |
| 47 | Dazu vgl. Leupertz/Popescu, in Staudinger (2024), § 642 BGB, Rn. 62 ff., 64 ff.                                                                                                                     |