



**Eine zentrale Vorschrift des Werkvertragsrechts -
Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und
Entschädigung des Auftragnehmers nach § 642 BGB**

von Jarl-Hendrik Kues¹

Inhaltsverzeichnis

I. Allgemeines.....	1
II. Ansprüche des Auftragnehmers bei Störungen des Bauablaufs	2
1. Anspruch des Auftragnehmers auf Ausführungsfristverlängerung gemäß § 6 I, II VOB/B.....	2
a) Soll-Bauzeit.....	2
b) Behinderung der Ausführung	2
c) Behinderungsanzeige	3
d) Behinderungstatbestände/ Mitwirkungspflichten des Auftraggebers.....	4
e) Verlängerung der Ausführungsfrist.....	5
f) Durchsetzung der Ausführungsfristverlängerung.....	6
2. Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 642 BGB.....	8

I. Allgemeines

Nicht nur bei Großprojekten sondern auch bei kleineren Bauvorhaben spielt die rechtzeitige, d. h. die termingerechte Erfüllung der Leistungspflichten der Bauvertragsparteien eine besondere Rolle. Neben terminlichen Zwängen, die sich aus dem Bauobjekt selbst ergeben, sind sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite wirtschaftliche Gründe Hauptursache für die ständig wachsende Bedeutung der Bauzeit. Während für den Auftraggeber Renditeüberlegungen und Finanzierungskosten ausschlaggebend sind, sind für den Auftragnehmer zeitabhängige Kosten wesentliche Bestandteile seiner Kalkulation und entscheiden damit häufig nicht nur über den Erhalt eines Auftrags, sondern auch über den erzielbaren Gewinn.

¹ Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Kanzlei Leinemann Partner Rechtsanwälte.

II. Ansprüche des Auftragnehmers bei Störungen des Bauablaufs

Der Auftraggeber muss in vielfältiger Form Mitwirkungspflichten aus dem Bauvertrag erfüllen. Kommt der Auftraggeber seinen Mitwirkungspflichten nicht rechtzeitig nach, führt dies in der Regel zu einer Störung des Bauablaufs mit unterschiedlichen Folgen für den Auftragnehmer.

Solche Störungen können einzeln oder kumulativ Bauzeitverlängerungs-, Schadensersatz- und/oder Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers gemäß § 6 II, § 6 VI VOB/B oder § 642 BGB nach sich ziehen, aber auch Ansprüche auf eine Zwischenabrechnung gemäß § 6 V VOB/B begründen und den Auftragnehmer letztlich auch zur Kündigung des Vertrages berechtigen, § 6 VII VOB/B.

1. Anspruch des Auftragnehmers auf Ausführungsfristverlängerung gemäß § 6 I, II VOB/B

Gemäß § 6 I, II VOB/B gerät der Auftragnehmer trotz Terminüberschreitung nicht in Verzug, wenn ihm ein Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung zusteht.

Die Ausführungsfristen werden gemäß § 6 II VOB/B verlängert, soweit die Behinderung durch einen Umstand aus der Risikosphäre des Auftraggebers verursacht wurde, durch Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb, durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände und der Auftragnehmer die Behinderung gemäß § 6 I VOB/B dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzeigt oder die Behinderung offenkundig ist.

a) Soll-Bauzeit

Für die Ermittlung der Soll-Bauzeit ist, soweit sich aus dem Vertrag nicht Näheres zum vorgesehenen zeitlichen Ablauf entnehmen lässt, der vom Auftragnehmer geplante Arbeitsablauf maßgeblich.² Dies ergibt sich auch aus Abschnitt 0.2.1 der DIN 18299 (VOB/C). Der Auftragnehmer darf davon ausgehen, dass in Ermangelung anderer Angaben in den Ausschreibungsunterlagen oder seinem Vertrag ein kontinuierlicher und ungestörter Arbeitsablauf gewährleistet wird.³

b) Behinderung der Ausführung

Behinderungen im vertragsrechtlichen Sinne sind alle Umstände, die sich störend auf die Ausführung der Leistung auswirken. Erfasst sind alle jene Einflüsse, die den Bauablauf erschweren oder verzögern, solange sie die Leistungserbringung nicht unmöglich machen.

² Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 9; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 4. Aufl. (2013), § 6 VOB/B Rn. 1.

³ Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 10.

Ein den Bauablauf beeinflussendes Ereignis kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein.⁴ Die rechtlichen Hinderungsgründe beruhen nicht zwangsläufig auf rechtswidrigem Verhalten einer Partei, sondern können auch durch rechtmäßiges Handeln oder sogar durch Umstände hervorgerufen werden, die dem Einfluss beider Parteien entzogen sind.

Als Behinderungen können somit neben ungewöhnlich schlechter Witterung, Streiks, Lieferungsschwierigkeiten, notwendigen Reparaturen an Maschinen oder Baugeräten oder ungünstigen Bodenverhältnissen auch Schuldnerverzug⁵, Annahmeverzug, Verletzung der Mitwirkungspflichten⁶ oder die unrechtmäßige Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten durch den Vertragspartner⁷ sowie Änderungsanordnungen und zusätzliche Leistungen oder die Stilllegung durch eine Behörde gewertet werden, wenn und soweit diese tatsächlich zu einer Störung im Bauablauf geführt haben, was nachzuweisen Aufgabe des Anspruchstellers ist.⁸

Liegt eine Störung in diesem Sinne vor, die zu der Verlängerung der Soll-Bauzeit führt, so steht dem Auftragnehmer unter den Voraussetzungen des § 6 I und II VOB/B ein Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung zu.

c) **Behinderungsanzeige**

Nach § 6 I VOB/B können Behinderungen aus formalen Gründen nur dann zu einer Ausführungsfristverlängerung führen, wenn der Auftragnehmer die Behinderung dem Auftraggeber rechtzeitig schriftlich angezeigt hat. Fehlt es an einer solchen Anzeige, kann der Auftragnehmer sich nur dann auf einen Bauzeitverlängerungsanspruch berufen, wenn die hindernden Umstände und deren behindernde Wirkung für den Auftraggeber offenkundig waren.⁹ Denn wenn der Auftragnehmer anzeigen müsste, was der Auftraggeber ohnehin schon weiß oder ihm nicht verborgen geblieben sein kann, ist eine gesonderte Behinderungsanzeige bloße „Förmelei“ und daher ausnahmsweise entbehrlich. An die Voraussetzungen, ob es sich um eine offenkundig bekannte Behinderung handelt, werden jedoch hohe Anforderungen gestellt, weshalb zu empfehlen ist, jede Behinderung unverzüglich und schriftlich anzuzeigen.

⁴ Döring, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl. (2013), § 6 VOB/B Rn. 6; Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 13.

⁵ BGH, Urt. v. 17.01.1974 – VII ZR 146/72, BauR 1974, 208.

⁶ BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98, BauR 2000, 409, 410.

⁷ BGH, Urt. v. 05.09.2001 – XII ZR 336/99, NJW 2001, 3779.

⁸ Döring, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl. (2013), § 6 VOB/B Rn. 10.

⁹ BGH, Urt. v. 21.12.1989 - VII ZR 132/88, BauR 1990, 210, 211; BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 723.

Die unverzügliche Anzeige soll dem Auftraggeber ermöglichen, Anordnungen und Entscheidungen zu treffen, um die Folgen der Behinderung und damit letztlich eine Ausführungsfristverlängerung zu umgehen oder möglichst gering zu halten.¹⁰ Die Behinderungsanzeige muss daher Tatsachen enthalten, aus denen sich die Gründe der Behinderung für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit ergeben.

Das bloße Unterlassen einer Behinderungsanzeige ist für den Auftragnehmer folgenlos und löst nicht etwa Schadensersatzansprüche des Auftraggebers aus.¹¹ Die Behinderungsanzeige ist keine vertragliche Nebenpflicht des Auftragnehmers, sondern dient der Wahrnehmung eigener Rechte.

d) Behinderungstatbestände/ Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Wird eine Behinderung ordnungsgemäß angezeigt oder ist sie offenkundig, so regelt § 6 II Nr. 1 a) – c) VOB/B, ob und welche Störungen zur Verlängerung von Ausführungsfristen führen. Darüber hinaus verlängern unter den (engen) Voraussetzungen des § 6 II Nr. 2 VOB/B auch Witterungseinflüsse die Ausführungszeit.¹²

Der in der Praxis häufigste Grund für eine Ausführungsfristverlängerung ist die in § 6 II Nr. 1 a) VOB/B genannte Behinderung durch Umstände aus dem Risikobereich des Auftraggebers. Eine Definition des „*Risikobereichs des Auftraggebers*“ enthält die VOB/B nicht und wäre angesichts der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen auch kaum möglich. Abzustellen ist daher auf die in der VOB/B und im BGB vorgenommene Risikoverteilung des Bauvertrags sowie die in der Rechtsprechung und Literatur genannten Einzelfälle. Danach ist der Risikobereich des Auftraggebers berührt, wenn der Auftraggeber selbst oder seine Erfüllungsgehilfen Handlungen, Duldungen, Unterlassungen oder Anordnungen treffen, die sich hindernd auf den Bauablauf auswirken.¹³ Behinderungen aus dem Risikobereich des Auftraggebers können ebenso tatsächlicher oder auch rein rechtlicher Natur sein. Auf ein irgendwie geartetes Verschulden der Behinderung durch den Auftraggeber kommt es nicht an. Auch Umstände, die dem Einfluss beider Parteien gänzlich entzogen und/oder unkontrollierbar sind, liegen in der Risikosphäre des Auftraggebers.

Zu den Beispielen für den Risikobereich des AG gehören insbesondere die richtige Leistungsbeschreibung, die Mitteilung eines späteren Baubeginns, die Überreichung eines Bauzeitenplans, der eine spätere Ausführung des Gewerks des AN vorsieht, die Anordnung eines Baustopps, des Umsetzens auf der

¹⁰ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 f.

¹¹ Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 27.

¹² Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 33.

¹³ Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 35.

Baustelle oder die Veränderung des geplanten Bauablaufs, Fehlen/Verspätung von Plänen, Fehlen der Baugenehmigung und insbesondere auch das Fehlen von Leistungen, die durch Vorunternehmer zu erbringen waren. Da dem AG nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 die Koordinierungspflicht für die Bauarbeiten obliegt, stellen alle aus fehlerhafter Koordination der Baustelle resultierenden Verzögerungen Umstände aus dem Risikobereich des AG dar, einschließlich z.B. der Aufrechterhaltung bestehender Schutzmaßnahmen für die Baustelle wie Hochwasserschutz, aber auch Grundwasserschutz (Weiterbetrieb einer bestehenden Wasserhaltung) und anderer, AG-seitiger Maßnahmen. Die Erbringung aller Mitwirkungshandlungen nach § 4 gehört zum Risikobereich des AG, insbesondere die Beibringung der Baugenehmigung, evtl. wasserrechtlicher Erlaubnisse, Deponiebenennung, verkehrsbehördlicher Erlaubnisse und die Grundstücksbereitstellung entsprechend § 3. Ebenso obliegt die Anordnung von geänderten und zusätzlichen Leistungen sowie das Auftreten von Mehr- und Mindermengen dem vertraglichen Risikobereich des AG. Von besonderer Bedeutung sind die Mitwirkungspflichten des AG, die auch in der rechtzeitigen Beistellung von Schalungs- und Bewehrungsplänen bestehen, sich aber darin nicht erschöpfen. Hierzu gehören vielmehr auch die Ermöglichung der Zufahrt zur Baustelle, das Freimachen des Baugeländes, die Bereitstellung der vom AG zu stellenden Materialien und Leistungen, aber auch während der Bauausführung die regelmäßige Mitwirkung bei Bemusterungsentscheidungen, die rechtzeitige Beauftragung zusätzlicher und geänderter Leistungen und insbesondere auch das Treffen all jener Entscheidungen, die dem AG nach der VOB oder auch nach dem Vertrag selbst oder bestimmten, von ihm ermächtigten Personen vorbehalten sind. Ein AG ist daher auch verantwortlich für Verzögerungen, die aus seinem komplizierten Verwaltungsablauf oder aus dem Planlauf durch verschiedenste für die Planprüfung zusätzlich eingerichtete Stellen entstehen wie auch für Verzögerungen bei der Beschaffung notwendiger Freigaben zuständiger Behörden und Dienststellen. Im Einzelfall kann anderes dann gelten, wenn hierzu vertraglich gesonderte Vereinbarungen getroffen worden sind, etwa bestimmte Prüfzeiträume, die jedoch angemessen sein müssen. Eine Verletzung der Bauaufsichtspflicht seitens der vom AG beauftragten Bauleitung ist dem AG im Verhältnis zum AN indes nicht als haftungsbegründendes Verhalten i.S.d. § 6 Abs. 6 zurechenbar. Zur Definition des Risikobereichs des AG ist auch die VOB/C (DIN 18 299), insbesondere deren Abschnitt 0 heranzuziehen. Dort finden sich detaillierte Zuweisungen von Verantwortungsbereichen, insbesondere Beschreibungspflichten des AG im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Entsprechendens gilt für die Pflichten des AG, die die Rechtsprechung anhand von § 9 Nr. 1-3 VOB/A a. F. = § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B (2009) entwickelt hat.

e) Verlängerung der Ausführungsfrist

Wird eine von § 6 II VOB/B erfasste Behinderung ordnungsgemäß angezeigt oder ist sie wegen Offenkundigkeit ausnahmsweise entbehrlich, steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen zu.

Diese Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit, § 6 IV VOB/B. Ein solcher Zuschlag ist differenziert nach den behinderten Gewerken zu beurteilen. So können komplizierte, geräteintensive Arbeiten eine längere Vorlaufzeit benötigen, etwa weil Spezialkräfte und besonderes Gerät disponiert werden müssen oder aber der Auftragnehmer musste auf Grund seiner Schadensminderungspflicht Personal in den Urlaub schicken oder Spezialgeräte wieder abziehen, um sie anderweitig produktiv einsetzen zu können. Vor diesem Hintergrund kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass mit Beendigung der eingetretenen Störungen die Bautätigkeit sogleich wieder aufgenommen wird.

f) Durchsetzung der Ausführungsfristverlängerung

Die von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse zur Durchsetzung einer Ausführungsfristverlängerung und damit verbundener Mehrkosten des Auftragnehmers können zwei Urteilen des BGH aus dem Jahr 2002 und 2005 entnommen werden.¹⁴

Den Auftragnehmer trifft die Verpflichtung, die Behinderungen möglichst konkret darzulegen. Erst der möglichst konkrete Vortrag zur Behinderung erlaubt die Beurteilung, inwieweit auf sie zurückzuführende Schäden für den Auftragnehmer entstanden sind.

Aus diesem Grund kann der Bauzeitverlängerungsanspruch regelmäßig nur mit Hilfe eines baubetrieblichen Sachverständigengutachtens vor Gericht geltend gemacht werden. Die Bauvorhaben sind oftmals so komplex, dass es nur wenigen Unternehmen und Anwälten möglich ist, derartige Ansprüche baubetrieblich ausreichend substantiiert zu unterlegen. Die Einholung eines baubetrieblichen Gutachtens bringt zudem den Vorteil mit sich, dass schon vor dem Rechtsstreit eine Überprüfung der eigenen Position und eine realistische Einschätzung hinsichtlich des Umfangs der geltend zu machenden Ansprüche herbeigeführt werden kann. Bei komplexeren gestörten Bauabläufen ist es daher faktisch unerlässlich, durch ein baubetriebliches Gutachten Art und Umfang der Behinderung sowie gegebenenfalls auch die daraus entstehenden Kosten nachweisen zu lassen.

¹⁴ Leinemann, NZBau 2009, 563, 564.

Ein baubetriebliches Sachverständigengutachten sollte folgende Aspekte abdecken:¹⁵

- Überprüfung des vertraglich vereinbarten Bauablaufes (Vertragsterminplan einschließlich späterer Terminvereinbarungen),
- Darstellung aller Bauablaufstörungen unterteilt in:
 - Änderungsanordnungen (§ 2 V VOB/B) und Zusatzleistungen (§ 2 VI VOB/B);
 - Annahmeverzug des Auftraggebers (§ 642 BGB);
 - sonstige Behinderungen im Sinne des § 6 II VOB/B;
 - eigenverschuldete Verzögerungen;
- Darstellung des aus den vorgenannten Bauablaufstörungen resultierenden Bauzeitverlängerungsanspruches (fiktiver Bauablauf (Soll-1) ohne Beschleunigungsmaßnahmen).
- Darstellung des tatsächlichen Bauablaufes (Ist-Ablauf der Baustelle).

Wie sich behindernde Ereignisse auswirken und welche bauzeitlichen Konsequenzen sich daraus ergeben, wird regelmäßig durch eine baubetriebliche Untersuchung festzustellen sein. Hier stehen drei Fragen im Vordergrund:¹⁶

1. Ist durch die angezeigten Ereignisse tatsächlich eine Beeinflussung des Bauablaufs feststellbar?
2. Besteht zwischen der Störung und den Auswirkungen auf die Bauzeit ein kausaler Zusammenhang?
3. Welchen Umfang haben die zeitlichen Auswirkungen daraus?

Eine sichere baubetriebliche Ermittlung der Störung und ihrer Folgen ist anhand des Bauzeitenplan vorzunehmen, der entweder bereits mit Bauvertragsschluss oder auf der Basis des Vertragsschlusses unmittelbar zu Beginn der Baumaßnahme erstellt und vereinbart wurde. Als ergänzender Maßstab hierzu wird die Kapazitäts- und Ablaufplanung des Auftragnehmers hinzuzuziehen sein.¹⁷ Steht erst einmal fest, dass der Auftragnehmer seine Baustelle hinsichtlich der vorgesehenen Kapazitäten entsprechend des Bauzeitenplans kalkuliert und eingerichtet hat, kann die Feststellung und Untersuchung der aufgetretenen Störungen beginnen.

¹⁵ Reister/Silbe, in: Leinemann, VOB/B, 5.Aufl. (2013), § 6 Rn. 202 ff.

¹⁶ Reister/Silbe, in: Leinemann, VOB/B, 5.Aufl. (2013), § 6 Rn. 202 ff.

¹⁷ Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5.Aufl. (2013)§ 6 Rn. 87; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt,VOB Teile A und B, 4. Aufl. (2013), § 6 VOB/B Rn. 37.

Der BGH hat bereits früher darauf hingewiesen, dass die Anforderung einer konkreten Darstellung auch und gerade bei Großbaustellen nicht überhöht ist, weil es dem Auftragnehmer in einem Fall, in dem er sich behindert fühlt, zuzumuten ist, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergeben. Diese muss auch diejenigen unstreitigen Umstände berücksichtigen, die gegen eine Behinderung des Bauablaufs sprechen. Es geht im Ergebnis darum, erkennbar und plausibel zu machen, dass eine Behinderung den Bauablauf tatsächlich und nicht nur theoretisch beeinträchtigt hat, so dass es nicht darauf ankommt, jede Einzelheit umfassend darzulegen und in ihren Auswirkungen zu beschreiben.

Der durch die Behinderung erlittene Schaden gehört nicht mehr zum Haftungsgrund, sondern ist dem Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität zuzuordnen, so dass die Beurteilung nach § 287 ZPO durch den Tatrichter erfolgt. Es unterliegt auch der einschätzenden Bewertung des Tatrichters, inwieweit eine konkrete Behinderung von bestimmter Dauer zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist geführt hat. Dementsprechend ist letztlich auch eine Schätzung nach § 287 ZPO möglich, inwieweit ein Verhalten des Auftragnehmers einerseits und dasjenige des Auftraggebers andererseits einen auf eine Ausführungsfristverlängerung zurückzuführenden Schaden verursacht haben.¹⁸

2. Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 642 BGB

Der seit der Fassung 2006 in die VOB/B eingefügte § 6 VI 2 VOB/B stellt in Umsetzung der Rechtsprechung des BGH¹⁹ ausdrücklich klar, dass neben einem Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gemäß § 6 VI 1 VOB/B ein Anspruch des Auftraggebers auf angemessene Entschädigung wegen Annahmeverzugs gemäß § 642 BGB unberührt bleibt, soweit der Auftragnehmer zuvor die Behinderung angezeigt hat oder die Behinderung offenkundig war.

Gemäß § 642 BGB ist es die Obliegenheit des Auftraggebers, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken. Die zu erbringenden Mitwirkungshandlungen können sowohl in einem aktiven Tun als auch in einem Unterlassen bestehen, von dem der Beginn oder die Durchführung der Bauleistung abhängig ist.²⁰

Die erforderliche Mitwirkung des Auftraggebers richtet sich nach der jeweiligen konkreten Vertragsgestaltung, und kann schon damit beginnen, dass er bei oder nach Vertragsschluss dem Auftragnehmer Unterlagen zur Verfügung stellen muss, die ihn in

¹⁸ BGH, Urt. v. 24.02.2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861.

¹⁹ BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725; BGH, Urt. v. 13.05.2004 - VII ZR 363/02, BauR 2004, 1285, 1288; BGH, Urt. v. 20.10.2005 - VII ZR 190/02, BauR 2006, 371, 374.

²⁰ Döring, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl. (2013), § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 53; Palandt/Sprau, BGB, 73. Auflage (2014), § 642 Rn. 1.

die Lage versetzen, mit den Baumaßnahmen zu starten. Dabei kann es sich um die Baugenehmigung oder andere öffentlich-rechtliche Bauvoraussetzungen handeln, von denen die Durchführung des Bauvorhabens abhängig ist. Zu den Mitwirkungen des Auftraggebers gehört es beispielsweise auch, die verschiedenen an der Baumaßnahme beteiligten Unternehmen zu koordinieren oder während der Baudurchführung anfallende Entscheidungen zu treffen.

Der Anspruch nach § 642 BGB besteht selbstständig neben dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers auch dann, wenn der Auftraggeber die ihm obliegende Handlung nachholt und die Bauleistung später hergestellt wird.²¹ Der Anspruch erstreckt sich dann auf den Verzögerungszeitraum bis zum Ende der Behinderung.

Anspruchsvoraussetzung ist, dass der Auftraggeber durch das Unterlassen der notwendigen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät. Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger (Auftraggeber) in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Da der Annahmeverzug kein Verschulden erfordert, schafft § 642 BGB eine sehr weitgehende, verschuldensunabhängige Verantwortung des Auftraggebers für das Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung.²²

Obwohl in § 642 BGB von Entschädigung die Rede ist, wird dieser Anspruch laut BGH wie ein Vergütungsanspruch berechnet. Die Entschädigungshöhe ist nicht anhand der Differenztheorie zu berechnen, sondern ist ähnlich wie bei den Ansprüchen des Auftragnehmers gemäß § 2 III – VII VOB/B auf der Basis einer Fortschreibung der Kalkulation des Auftragnehmers aufzustellen. Lediglich der kalkulierte Gewinn bleibt außer Ansatz.²³ Das infolge der Nichtausführung Ersparte ist gegenzurechnen. Zur Anspruchshöhe gehören damit die direkten Kosten des Auftragnehmers, namentlich Personalkosten, Gerätevorhaltung, Stoffkosten, Schalung, Mehrkosten der Nachunternehmer, daneben Baustellengemeinkosten und AGK, die jeweils anhand der kalkulativen Werte zu berechnen sind.²⁴ Die Umsatzsteuer ist hinzuzusetzen.²⁵

Da § 642 BGB kein Verschulden voraussetzt und die finanziellen Folgen bei kalkulierter Fortschreibung leichter darzulegen sind, ist der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB praktisch leichter zu begründen als der Schadensersatzanspruch gemäß § 6 VI VOB/B, mit der Folge, dass § 6 VI VOB/B seine Bedeutung für behinderungsbedingte Ansprüche des Auftragnehmers mittlerweile nahezu vollständig eingebüßt hat.²⁶

²¹ BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725.

²² BGH, Beschl. v. 22.07.2010 - VII ZR 117/08, BauR 2010, 1935.

²³ BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725.

²⁴ Döring, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl. (2013), § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 63; Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B, 5. Aufl. (2013), § 6 Rn. 169 f.

²⁵ BGH, Urt. v. 24.01.2008 – VII ZR 280/05, BauR 2008, 821, 822.

²⁶ Schilder, BauR 2007, 450, 457.