

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 69

Die Mitwirkung des
Bestellers beim Werkvertrag

Von

Dr. Christoph Müller-Foell



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CHRISTOPH MÜLLER-FOELL

Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 69

Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag

Von

Dr. Christoph Müller-Foell



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Die Arbeit wurde im Februar 1981 abgeschlossen. Später erschienenes Schrifttum wurde, soweit möglich, noch nachgetragen.

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 05058 4

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

1.	Das Problem	11
2.	Vorgehensweise	12

Erster Teil

Die historische Entwicklung der Mitwirkungsproblematik im schuldrechtlichen Kontext

3.	Die Zeit zu Ende des 19. Jahrhunderts	14
3.1.	Die Rechtsprechung	14
3.2.	Stellungnahmen in der Literatur	16
3.2.1.	Beiläufige Äußerungen	16
3.2.2.	Äußerungen im Zusammenhang mit der Lehre von der Mora ..	16
3.2.2.1.	Carl Otto von Madai	17
3.2.2.2.	Carl Wilhelm Wolff	18
3.2.2.3.	Friedrich Mommsen	18
3.2.2.4.	Josef von Schey	19
3.2.2.5.	Bernhard Windscheid	21
3.2.3.	Insbesondere: die Stellungnahme von Josef Kohler	21
4.	Die Regelungen im BGB	23
4.1.	Die gesetzlichen Vorschriften	23
4.2.	Der in den Protokollen niedergelegte Entstehungsprozeß	24
4.3.	Die Erläuterungen in den Motiven	26
5.	Die Zeit zwischen 1900 und 1945	28
5.1.	Die Rechtsprechung des RG	28
5.2.	Die Literatur	33
5.2.1.	Erste Stellungnahmen zur Regelung im BGB	33
5.2.2.	Das Schuldverhältnis als Organismus	34

6.	Resümee der bisherigen Entwicklung	36
7.	Die Zeit nach 1945	39
7.1.	Die Rechtsprechung	39
7.2.	Die Literatur	45
7.2.1.	Die Etablierung des Obliegenheitsbegriffs im vertraglichen Schuldrecht	46
7.2.2.	Verfeinerungen der vertraglichen Pflichtendifferenzierung	48
7.2.2.1.	Zur Pflichtenhierarchie allgemein im vertraglichen Schuldverhältnis	49
7.2.2.2.	Speziell: die Pflichten des Bestellers im Werkvertrag	52
7.2.3.	Stellungnahmen zur Einordnung der Bestellermitwirkung	53
7.2.3.1.	Die Einordnung als Obliegenheit	53
7.2.3.2.	Die Qualifizierung als Rechtspflicht	54
7.2.3.3.	Vermittelnde Auffassungen	55
7.2.3.4.	Auf die Rechtsfolgen beschränkte Äußerungen	57
7.2.3.5.	Stellungnahmen speziell in der baurechtlichen Literatur	58
8.	Zusammenfassung zur historischen Entwicklung	61

Zweiter Teil

Zur Lösung der Mitwirkungsproblematik: Fehlen einer vorgegebenen Einordnung — Prüfung zu erwägender Lösungsansätze — Notwendigkeit einer differenzierenden Behandlung aufgrund Interessenabwägung

9.	Analyse der gesetzlichen Regelungen und der zur Einordnung vorgebrachten Argumente	63
9.1.	Offenheit der gesetzlichen Regelungen	63
9.2.	Bindung durch die Motive?	66
9.3.	Gläubiger als Schuldner?	67
9.4.	Mangelnde Argumentation der „Obliegenheitstheorie“	68
9.5.	Zur Begründung einer Einordnung der Bestellermitwirkung als Rechtspflicht	68
10.	Zu Möglichkeiten einer begrifflich-subsumtiven Einordnung der Bestellermitwirkung	69
10.1.	Mitwirkungshandlungen und Obliegenheitsbegriff	69
10.2.	Mitwirkungshandlungen und Rechtspflichtbegriff	70
10.2.1.	Definitionen der Rechtspflicht	70

10.2.2.	Der psychologische Rechtspflichtbegriff	71
10.2.3.	Der normlogische Rechtspflichtbegriff	73
11.	Eigener Lösungsweg: Einordnung aufgrund Interessenabwägung	75
11.1.	Zur Methodik der Interessenabwägung	76
11.1.1.	Die Interessenjurisprudenz	76
11.1.2.	Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz	80
11.1.3.	Zur Anwendung auf die vorliegende Problemstellung	84
11.2.	Interessenabwägung bei der Mitwirkungsproblematik	84
11.2.1.	Fehlen einer einheitlichen Interessenkonstellation	84
11.2.1.1.	Entwicklungen des Werkvertrags	85
11.2.1.2.	Neue Dimension der Bestellermitwirkung	86
11.2.1.3.	Mitwirkungshandlungen am Beispiel der VOB/B	87
11.2.1.4.	Fazit: Unangemessenheit von Einheitslösungen	89
11.2.2.	Analyse faktischer Interessenlagen	90
11.2.2.1.	Interessen des Werkunternehmers	90
11.2.2.2.	Interessen des Bestellers	94
11.2.3.	Rechtliche Bewertung der Interessen	94
11.2.3.1.	Annahmeverzugsnormen als gesetzliche Interessenkonfliktlösung?	95
11.2.3.2.	§ 640 BGB als Zeichen gesetzlicher Interessenbewertung?	96
11.2.3.3.	Argument aus § 649 BGB?	97
11.2.3.4.	Sonstige rechtliche Bewertung des Bestellerinteresses	99
11.2.3.5.	Sonstige rechtliche Bewertung des Unternehmerinteresses	101
11.2.4.	Abwägung der Interessen — Einordnung der Bestellermitwirkung	102
11.2.5.	Einschränkung nach der Struktur der Mitwirkungshandlung ...	104
11.2.6.	Möglichkeit abweichender Parteivereinbarung	105
11.3.	Ergebniskontrolle durch Folgenanalyse	106
11.3.1.	Zur ökonomischen Bedeutung des Vertrags	107
11.3.2.	Ökonomische Analyse des Rechts als methodischer Bezugsrahmen	108
11.3.3.	Ökonomische Analyse der Mitwirkungsfrage	109
12.	Ergebnis der rechtlichen Einordnung der Bestellermitwirkung ..	111

Dritter Teil

**Rechtsfolgen bei Störungen hinsichtlich der Erbringung
von Mitwirkungshandlungen**

13.	Differenzierungskriterien bei der Rechtsfolgenanordnung	113
-----	---	-----

14.	Rechtsfolgen bei der Verletzung einer Rechtspflicht zur Mitwirkung	113
14.1.	Rechtsfolgen bei Durchführung des Vertrags	113
14.1.1.	Anspruch des Unternehmers bei schlichtem Unterlassen von Mitwirkungshandlungen — Möglichkeiten der Anspruchsrealisierung	113
14.1.1.1.	Bestehen eines Erfüllungsanspruchs	114
14.1.1.2.	Klage auf Vornahme von Mitwirkungshandlungen	114
14.1.1.3.	Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung	114
14.1.1.4.	Einstweiliger Rechtsschutz	116
14.1.1.5.	Einschränkung der gerichtlichen Geltendmachung	116
14.1.2.	Rechtsfolgen bei verzögerter Erbringung von Mitwirkungshandlungen	117
14.1.2.1.	Anspruch des Unternehmers aus § 642 BGB	117
14.1.2.2.	Anspruch des Unternehmers aus § 304 BGB	119
14.1.2.3.	Anspruch des Unternehmers aus § 286 Abs. 1 BGB	119
14.1.2.4.	Kein Anspruch des Unternehmers aus § 326 BGB	120
14.1.2.5.	Grundsätzlich kein Anspruch des Unternehmers aus pVv	120
14.1.2.6.	Keine Ansprüche des Bestellers bei Verzögerungen aufgrund verspäteter Erbringung von Mitwirkungshandlungen	120
14.1.3.	Rechtsfolgen bei mangelhafter Erbringung von Mitwirkungshandlungen	121
14.1.3.1.	Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs	121
14.1.3.2.	Anspruch des Unternehmers aus § 645 Abs. 1 BGB	121
14.1.3.3.	Anspruch des Unternehmers aus pVv	121
14.1.3.4.	Auswirkung auf Mängelansprüche des Bestellers	122
14.2.	Rechtsfolgen bei Vertragsbeendigung infolge Verletzung von Mitwirkungspflichten	123
14.2.1.	Kein Erfüllungsanspruch des Unternehmers auf die Vergütung	123
14.2.2.	Vertragsbeendigung durch den Unternehmer und deren Folgen	123
14.2.2.1.	Vertragsbeendigung nach § 643 BGB	123
14.2.2.2.	Keine Vertragsbeendigung nach § 326 BGB	125
14.2.2.3.	Grundsätzlich keine Vertragsbeendigung aus allgemeinen subsidiären Rechtsinstituten	126
14.2.3.	Vertragsbeendigung durch den Besteller	126
14.2.3.1.	Kündigung gemäß § 649 BGB	126
14.2.3.2.	Keine sonstigen Ansprüche auf Vertragsbeendigung	127
14.2.4.	Vertragsbeendigung infolge Unmöglichkeit	127
15.	Rechtsfolgen bei Verletzung einer Obliegenheit zur Mitwirkung	129
15.1.	Kein Anspruch des Unternehmers auf Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit	129
15.2.	Schadlosstellung des Unternehmers	130

Inhaltsverzeichnis

9

15.2.1.	Entschädigungsansprüche	130
15.2.2.	Keine Schadensersatzansprüche	130
15.3.	Anspruch des Unternehmers aus § 645 Abs.1 BGB	131
15.4.	Anspruch des Unternehmers aus Unmöglichkeit	131
15.5.	Vertragsbeendigung durch den Unternehmer	131
15.6.	Kein Erfüllungsanspruch des Unternehmers hinsichtlich der Vergütung bei Vertragsbeendigung	132
15.7.	Einschränkung von Bestellerrechten	132

Schluß

16.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	133
17.	Ausblick	133
Literaturverzeichnis		135

Abkürzungen

Selbständig erschienenes Schrifttum ist grundsätzlich nur mit Verfasser-
namen zitiert. Soweit zur Unterscheidung erforderlich, ist zusätzlich der
Titel angeführt; hierbei verwendete Kurztitel sind aus dem Literaturver-
zeichnis ersichtlich.

Im übrigen wurden die geläufigen Abkürzungen benutzt, die großenteils
auf den Vorschlägen von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
2. Aufl. 1968, beruhen.

Daneben wurden folgende spezielle Abkürzungen aus dem Bauvertrags-
recht verwendet:

AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
D-P-S-St	Daub—Piel—Soergel—Steffani (Kommentar zur VOB, Bd. 2, Teil B, 1976)
H-L-N	Hereth—Ludwig—Naschold (Kommentar zur VOB, Bd. II, Erläuterungen zu Teil B, 1954)
H-R-S	Heiermann—Riedl—Schwaab (Handkommentar zur VOB, Teile A u. B, 3. Aufl. 1981)
I-K	Ingenstau—Korbion (VOB, Teile A u. B, Kommentar, 9. Aufl. 1980)
N-W	Nicklisch—Weick (Kommentar zur VOB, Teil B, 1981)
S-F Z	Schäfer—Finnern, Rechtsprechung der Bau-Ausführung (Lose- blattsammlung)
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B

Einleitung

1. Das Problem

Es wird überliefert, daß im Jahre 1510 der Bildhauer Tilman Riemenschneider, der die Herstellung eines Sakramentshäuschens für den Würzburger Dom übernommen hatte, zehn Tage lang auf das vom Besteller zu liefernde Gerüst warten mußte und deswegen eine Entschädigung erhielt¹.

Hieran zeigt sich die Tradition der vorliegend behandelten Problemstellung, die daran anknüpft, daß für die Durchführung eines Werkvertrags regelmäßig ein Mitwirken des Bestellers erforderlich ist, ohne das der Unternehmer das versprochene Werk nicht herstellen kann. Die gängigsten Beispiele für solche werkvertraglichen Mitwirkungshandlungen sind Lieferung des zu bearbeitenden Stoffs, Bereitstellen von Raum, in oder an dem gearbeitet werden soll, und schließlich persönliches Erscheinen, etwa zur Anprobe oder Porträtsitzung. Erbringt der Besteller solche Mitwirkungshandlungen nicht, nicht rechtzeitig oder nur mangelhaft, so stellt sich das Problem, welche rechtlichen Sanktionen an solche Verletzungshandlungen zu knüpfen sind. Diese Frage wiederum läßt sich erst angemessen beantworten, wenn die rechtliche Einordnung der Bestellermitwirkung geklärt ist.

Das BGB hat entsprechend der besonderen Bedeutung der Bestellermitwirkung für die Durchführung des Werkvertrags dieser in §§ 642, 643 und 645 Abs. 1 S. 2 eigene Vorschriften gewidmet. Daß trotz dieser Bestimmungen und trotz der Tradition einerseits und der — im Lauf der vorliegenden Untersuchung sich zeigenden — wachsenden Bedeutung der Problematik um die Bestellermitwirkung andererseits diese noch weitgehend ungeklärt ist, zeigt schon ein flüchtiger Blick auf den aktuellen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur. So hat der BGH in einem Fall unterlassener Bestellermitwirkung einen Schadensersatzanspruch des Unternehmers aus pVv bejaht², in einem anderen Fall dem Unternehmer den vollen Vergütungsanspruch zuerkannt³. In der Literatur bewegt sich die Meinungsskala zur rechtlichen Einordnung

¹ Rothenbücher, S. 69.

² BGHZ 11, 80.

³ BGHZ 50, 175.

der Bestellermitwirkung von Auffassungen, die lediglich eine Gläubigerobliegenheit annehmen, über differenzierende Stellungnahmen bis zu solchen, die eine echte Schuldnerpflicht des Bestellers bejahen⁴.

Schon diese kurzen Hinweise zeigen, daß die Problematik der Bestellermitwirkung zentrale Bereiche des vertraglichen Schuldrechts tangiert: Es geht um die kategoriale Einordnung als Rechtspflicht oder als bloße Obliegenheit, hinsichtlich der Verletzungssanktionen um einen Anspruch des Unternehmers auf Erfüllung, Schadensersatz oder Entschädigung, um die Rechtsfolgen aus Schuldnerverzug, Annahmeverzug oder pVv.

2. Vorgehensweise

Die vorliegende Arbeit will zur Klärung der genannten Fragen beitragen. Hierbei soll im ersten Teil die Bestellermitwirkung in ihrer Entwicklung zur aktuellen Problemstellung dargestellt werden, da — wie sich zeigen wird — die heutigen Rechtsfragen und Lösungsmöglichkeiten nicht unhistorisch betrachtet werden können, sondern das Ergebnis eines Prozesses darstellen, der insbesondere in der Auflösung der starren Gläubiger- und Schuldnerfronten besteht. Im Hinblick auf einen zu erwartenden Erkenntniswert ist es hierbei ausreichend, im wesentlichen die Entwicklung seit Inkrafttreten des BGB nachzuzeichnen, wobei zum Verständnis der BGB-Regelungen deren Vorgeschichte miteinzubeziehen ist. Bei der historischen Darstellung wird sich zeigen, daß die Mitwirkungsproblematik in sich wandelnde Auffassungen vom Schuldverhältnis — in denen sich gesellschaftliche Veränderungen reflektieren — einzubinden ist. Betrachtung des Schuldverhältnisses als Organismus, Entwicklung eines vertraglichen Pflichtensystems und Etablierung des Obliegenheitsbegriffs sind hier die wesentlichen Stichpunkte. Nur vor diesem allgemeinen Hintergrund der Öffnung des Rechtspflichtsbegriffs bis hin zur Anerkennung auch von Gläubigerpflichten sowie der Verfeinerung des vertraglichen Pflichtensystems wird die Diskussion um die Einordnung der Bestellermitwirkung verständlich, da damit die Spannweite der Einordnungsmöglichkeiten vorgegeben ist. Insofern orientieren sich Rechtsprechung und Literatur — offen oder unausgesprochen — an diesen Entwicklungen, ohne aber bei der Einordnung selbst und der Verhängung von Verletzungssanktionen zu widerspruchsfreien und einheitlichen Lösungen zu kommen. Die Mitwirkungsproblematik wird nach wie vor kontrovers diskutiert und behandelt.

Im zweiten Teil der Arbeit werden zunächst mögliche Argumente und Methoden zur Problemlösung vorgestellt und analysiert. Es wird sich

⁴ s. dazu eingehend u. 7.2.3.

dabei zeigen, daß sich die Vielschichtigkeit der vorliegenden Problematik einer glatten Einheitslösung entzieht. Vielmehr kann nur eine differenzierende Interessenanalyse, -bewertung und -abwägung zu sachgerechten Lösungen führen. Ein gewisser Schwerpunkt wird hierbei bewußt auf die Analyse der Methodik der Interessenabwägung gelegt, um eine durch mangelnde Methodenreflexion bedingte „halbierte Rationalität“ in Argumentation und Ergebnis zu vermeiden.

Im dritten Teil werden schließlich die Rechtsfolgen bei Störungen hinsichtlich der Erbringung von Mitwirkungshandlungen des Bestellers untersucht.