

## Fall 7: Lösung

A. U könnte gegen B einen Anspruch aus § 631 I BGB auf Zahlung des Werklohnes haben.

## 1. Werkvertrag

U und B haben einen Werkvertrag abgeschlossen, geschuldet ist die Herstellung der Scheune (Erfolg).

2. Erlöschen des Anspruchs auf die Gegenleistung gemäß § 326 I 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Leistung?

Nach § 326 I 1 BGB ist der Anspruch auf die Gegenleistung erloschen, wenn die Leistung für U unmöglich geworden ist. Die Scheune kann jedoch erneut errichtet werden. Ein Übergang der Leistungsgefahr durch Konkretisierung auf das konkret begonnene Bauwerk ist nicht eingetreten, wie § 644 I 1 BGB zeigt.<sup>1</sup> Damit ist die Leistung für U nicht gem. § 275 I BGB unmöglich geworden. Der Anspruch auf die Gegenleistung ist daher nicht gem. § 326 I 1 BGB erloschen.

## 3. Fälligkeit

Der Anspruch auf Zahlung des Werklohnes ist gemäß § 641 I 1 BGB erst bei Abnahme des Werkes, § 640 BGB, fällig. Der Werkunternehmer ist grundsätzlich vorleistungspflichtig und trägt gem. § 644 I 1 BGB die Preisgefahr bis zur Abnahme des Werkes. Eine Abnahme ist hier noch nicht erfolgt. Dies bedeutet, dass U die Scheune nochmals errichten muss, bevor der Anspruch fällig werden kann.

4. Damit besteht kein fälliger Anspruch des U auf Zahlung des Werklohnes gegen B.

B. Anspruch des U gegen B auf anteilige Vergütung gemäß § 645 I 1 BGB analog<sup>2</sup>

U könnte gegen B einen Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Anteil der Vergütung aus § 645 I 1 BGB analog haben.

<sup>1</sup> Grundsätzlich regelt § 644 BGB nur die Gegenleistungsgefahr. Die Leistungsgefahr ist in § 275 BGB geregelt. Diese muss aber spätestens mit der Gegenleistungsgefahr übergehen. Dies könnte etwa durch Abnahme eines mangelfreien Werkes (§ 644 I 1, 640 BGB), Annahmeverzug (§ 644 I 3 BGB) oder durch Versendung des Werkes durch den Unternehmer auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort erfolgen (§ 644 II BGB), vgl. Staudinger-Peters § 644 Rn. 3, 12.

<sup>2</sup> Nach einer Mindermeinung ist § 645 I 1 BGB keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern Anspruchserhaltungsnorm als von der Grundregel des § 326 I 1 BGB abweichende Regelung der Gegenleistungsgefahr. Anspruchsgrundlage wäre dann § 631 BGB i.V.m. § 645 BGB. Dieser Auffassung wird hier nicht gefolgt, da der Wortlaut des § 645 I BGB („kann...verlangen“) für eine Anspruchsgrundlage spricht. Weiterführend dazu: Kohler, NJW 1993, 417, 419f. Relevant wird der Streit vor allem für die Frage, ob der Werkunternehmer zur Neuerstellung des Werkes verpflichtet bleibt.

Direkt greift § 645 I 1 BGB nicht ein, weil die Scheune weder infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes noch aufgrund einer Anweisung des Bestellers untergegangen ist.

In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung. Voraussetzung jeder Analogie ist zunächst das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Diese kann hier nach allgemeiner Ansicht bejaht werden. Denn § 645 I 1 BGB greift nur lückenhaft zwei Fälle auf, in denen dem Unternehmer wenigstens ein Teil der Vergütung zu gewähren ist.

Eine Analogie setzt ferner eine vergleichbare Interessenlage voraus. Für welche Fallkonstellationen diese bejaht werden kann, ist streitig:

## 1. Sphärentheorie

Nach einer vor allem in der älteren Literatur vertretenen Auffassung sollen alle Umstände, die in der Sphäre des Bestellers wurzeln und zum Untergang des Werkes geführt haben, zum Übergang der Preisgefahr führen (sog. „Sphärentheorie“). Da das Einlagern des Heus in der Scheune in der Sphäre des B wurzelt und zum Untergang des Werkes führte, wäre danach eine vergleichbare Interessenlage gegeben.

Gegen die Sphärentheorie spricht allerdings, dass sie vom BGB-Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt wurde.<sup>3</sup> Auch führt sie zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit, da die „Sphären“ von Besteller und Unternehmer praktisch schwer abgrenzbar sind. Auch würde die Sphärentheorie die Grundregel des § 644 I 1 BGB, wonach der Unternehmer grundsätzlich die Vergütungsgefahr bis zur Abnahme trägt, aushöhlen.

## 2. Analogie im Einzelfall

Die Rechtsprechung<sup>4</sup> hat die Sphärentheorie bisher nicht allgemein anerkannt. Sie bejaht eine den Fällen des § 645 I 1 BGB vergleichbare Interessenlage aber im Einzelfall, etwa wenn eine *Handlung des Bestellers* das Werk in einen Zustand oder in eine Lage versetzt hat, die eine *Gefährdung* des Werks mit sich gebracht hat und *ursächlich* für seinen Untergang geworden ist oder der Untergang auf einen *in der Person des Bestellers* liegenden Umstand zurückgeht. Diese Fälle stehen den in § 645 BGB geregelten Tatbeständen nahe, weil auch bei diesen der Besteller selbst die Gefahr für den Untergang des Werkes erhöht hat und ohne diese Erhöhung der Gefahr das Werk nicht untergegangen wäre. In solchen Fällen wäre es ebenso unbillig, den Unternehmer leer ausgehen zu lassen wie bei den in § 645 BGB geregelten Tatbeständen. Auf ein Verschulden des Bestellers kommt es nicht an.<sup>5</sup>

Im vorliegenden Fall geht der Untergang des Werkes auf eine gefahrerhöhende Handlung des B zurück (Selbstentzündung des

---

<sup>3</sup> Prot II 234.

<sup>4</sup> BGHZ 40,71; BGHZ 78, 352; BGH NJW 1997, 3018.

<sup>5</sup> Weiterer Anwendungsfall ist die Zweckerreichung (z.B. Auto ist vor Eintreffen des Abschleppdienstes weggefahren: Der Abschleppdienst hat Anspruch auf Zahlung einer anteiligen Vergütung).

eingelagerten Heus). Auch die Rechtsprechung würde also hier einen Anspruch aus § 645 I BGB bejahen.

3. Ergebnis

Da nach allen Auffassungen im vorliegenden Fall eine Analogie zu § 645 I BGB zu ziehen ist, kann der Meinungsstreit offen bleiben. B hat einen Anspruch gemäß § 645 I 1 BGB analog auf einen seiner Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung, hier 90 %.