

Inhaltsverzeichnis

Gliederungsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Quellenverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XLIX

Einleitung	1
-------------------------	---

Erster Teil: Grundzüge der Gläubigermitwirkung	5
---	---

I. Begriffswesentliche Merkmale	6
A. Grundlegung	6
B. Erfüllungsrelevanz: Das «Nicht-Imstandesein»	8
1. Absolute Erfüllungsrelevanz	9
2. Relative Erfüllungsrelevanz	10
3. Abgrenzung zur willkürlichen Interferenz.....	12
C. Ausgrenzung aus der Schuldpflicht.....	13
1. Ausgehend von der Leistungspflicht	13
2. Ausgehend von einer Mitwirkungsvereinbarung.....	14
D. Praktische Durchführung: Gesetzliche Erscheinungsformen.....	18
1. Mitwirkungsnormen des OR AT	20
2. Mitwirkungsnormen des OR BT	21
3. Mitwirkungsnormen des VVG	22
4. Mitwirkungsnormen mit Rechtsverlust/-vorenthalt.....	24
5. Abgrenzung zu «mitwirkungsnahen» Gesetzesnormen.....	26
II. Wesen des Gläubigerbeitrags	29
A. Die «Annahme» und die «Vorbereitungshandlungen»	29
B. Die Mitwirkungsleistung.....	33
C. Das Mitwirkungsverhalten	37
D. Die Risikoverteilung	39
III. Zeit und Ort	43
A. Zeitraum des Mitwirkungsbedarfs	43
B. Zeitpunkt der Mitwirkung	45
1. Zum Mahngeschäft im Allgemeinen	45
2. Zeitpunkt des Mahngeschäfts	50
a. Wirksamkeit ab Erfüllbarkeit	50
b. Unwirksamkeit trotz Erfüllbarkeit.....	53

3. Reaktionsfrist.....	56
4. Wegfall des Mahnerfordernisses	58
C. Ort der Mitwirkung	63
IV. Verbindlichkeitsgrad	65
A. Ausgangspunkt.....	65
B. Mitwirkung als Gläubigerrecht	66
C. Mitwirkung als Gläubigerobliegenheit.....	69
1. Ausgangspunkt	69
2. Zum Wesen der Obliegenheit.....	69
a. Nach der herkömmlichen Definition	69
b. Nach der typischen Sanktion der Obliegenheit	75
3. Einordnung der Gläubigermitwirkung.....	79
D. Mitwirkung als gesetzliche Gläubigerpflicht?	83
1. Wortlaut von OR 91–96	84
2. Historie früherer Schadenersatzansprüche	86
3. Teleologie der Schuldnerbehelfe	92
4. Gesetzssystematische Verortung	96
a. Im Allgemeinen	96
b. Im Sanktionensystem der Gläubigermitwirkung	98
c. Wertungsfragen	104
E. Mitwirkungspflichten aus Vertragsauslegung und Vertragsergänzung	110
1. Ausgangspunkt	110
2. Mitwirkungspflicht als Gegenstand der Vertragsauslegung.....	110
a. Methode der Vertragsauslegung.....	110
b. Eingrenzung des Streitgegenstands	115
c. Besonderheiten bei der Auslegung des Verbindlichkeitsgrads.....	116
i. Zeitpunktgerechte Vertragsauslegung (<i>ex tunc</i>).....	116
ii. Vom Umgang mit dem Vertragszweck.....	117
iii. Vom Umgang mit sprachlichem Erklärungsverhalten	120
iv. Vom Umgang mit nichtsprachlichem Erklärungsverhalten	124
v. Abreden über den Inhalt der Mitwirkung.....	125
vi. Abreden über den Zeitpunkt der Mitwirkung	126
vii. Regeln für Zweifelsfälle.....	127
d. Ergebnis des Auslegungsvorgangs	130
3. Mitwirkungspflichten als Gegenstand der Vertragsergänzung.....	131
a. Methode der Vertragsergänzung	131
b. Eingrenzung des Streitgegenstands	133

c. Dispositive Gesetzesregel: Keine Mitwirkungspflicht	134
d. Die Ausnahme: Mitwirkungspflicht	136
i. Ausgangspunkt.....	136
ii. Gestützt auf den Vertragsinhalt.....	137
iii. Gestützt auf die Parteiinteressen	139
e. Ergebnis des Ergänzungsvorgangs	145
V. Beizug Dritter	147
A. Vertreter und Hilfspersonen.....	147
B. «Auslagerung» der Mitwirkung an Dritte	152
VI. Verhältnis zu vertraglichen Nebenpflichten des Gläubigers	154
A. Leistungsbezogene Nebenpflichten.....	154
B. Treue- und Sorgfaltspflichten («Treuepflichten»).....	159
1. Grundlegung.....	159
2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses	167
C. Tatbestände des Rechtsmissbrauchs.....	173
D. Verbot der treuwidrigen Bedingungsmanipulation	177
1. Ausgangspunkt	177
2. Analogie der «fingierten Mitwirkung».....	178
Zweiter Teil: Besondere Aspekte der Bauherrenmitwirkung	185
I. Der Mitwirkungsbedarf	186
A. Strukturelle Ursachen.....	186
1. Ausgangspunkt	187
2. Verschränkungen mit der Bauherrensphäre.....	188
3. Abgrenzungen zu Scheinursachen.....	190
B. Annahme- und Vorbereitungshandlungen des Bauherrn	193
C. Typische Mitwirkungsbedürfnisse des Unternehmers	196
1. Verschaffung von Sachen	196
a. Baugrund	197
b. Baustoff	202
c. Energie, Wasser, Betriebsstoffe	204
d. Körperliche Informationsträger	206
2. Verschaffung von Information	208
a. Anweisungen betreffend die Konkretisierung des Bauwerks.....	209
b. Anweisungen betreffend die übrigen Leistungsmodalitäten?.....	213
c. Anweisungen betreffend die Koordination.....	215

3. Verschaffung von Rechten	218
a. Baubewilligungen	218
b. Private Einwilligungen	221
4. Gewillkürte Erfüllungsvoraussetzungen	225
a. Eintritt der Erfüllbarkeit auf «Abruf»	225
b. Zustimmungs- und Weisungserfordernisse	226
c. Tathandlungen	228
D. Eliminierung des Mitwirkungsbedarfs	231
1. Durch Haftungsreduktion	231
2. Durch Substituierung von Mitwirkungsleistungen	236
a. Grundlegung	236
b. Anwendungsbereich und Durchführung	238
c. Rechtsfolgen	242
II. Mahngeschäft und Reaktionsfrist	244
A. Zeitliche Konformität des Mahngeschäfts	244
1. Ohne Aufschub der Erfüllbarkeit	244
a. Erfüllbarkeit der Herstellungspflicht	244
b. Erfüllbarkeit der Ablieferungspflicht	246
c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit	247
d. Wirksamkeit bei fehlender Erfüllbarkeit	250
2. Mit Aufschub der Erfüllbarkeit	250
a. Aufschub aus Abrede	250
b. Aufschub aus Vertragsergänzung	254
c. Unwirksamkeit bei Unzeitigkeit	259
B. Qualitative und örtliche Konformität des Mahngeschäfts	262
C. Reaktionsfrist des Bauherrn	264
D. Wegfall des Mahnerfordernisses?	266
III. Verbindlichkeitsgrad	269
A. Gesetzliche Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers	269
1. Ausgangspunkt	269
2. Analyse werkvertraglicher Gesetzesnormen	269
a. Lieferung des Werkstoffs (OR 365 I)	270
b. Prüfung und Mängelrüge (OR 367 I/370)	270
c. Verursachung von Werkmängeln (OR 369)	271
d. Kündigungsrecht des Bestellers (OR 377)	272
e. Zufälliger Untergang des Werks (OR 376 I)	276
f. Verursachung des Werkuntergangs (OR 376 III)	278
g. Verursachung dauerhafter Leistungsunmöglichkeit (OR 378)	281

h. Annahme des Werks beim Ausfall des Unternehmers (OR 379)	284
3. Wertungsabgleiche	285
a. Abgleich mit der Mitwirkung des Auftraggebers im Agenturvertrag (OR 418f I)	286
b. Abgleich mit der Beitragspflicht des Gesellschafters (OR 530 I)	294
4. Vergleich mit der Bestellermitwirkung gemäss BGB und ABGB	299
5. Ergebnis	303
B. Mitwirkungspflicht des Bauherrn?	304
1. Ausgangspunkt	304
2. Kostenminimierungs- und Kompensationsinteresse des Unternehmers	306
a. Ansätze	306
b. Würdigung	309
3. «Kooperationspflicht» im Bauwerkvertrag?	317
a. Ansätze	317
b. Würdigung	322
4. Durchführungsinteresse des Unternehmers	329
a. Ansätze	329
b. Würdigung	333
5. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118	337
a. Ansätze	337
b. Würdigung	338
6. Ergebnis	346
IV. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten des Bauherrn	347
A. Verhältnis zu Treuepflichten insbesondere	347
1. Ausgangspunkt	347
2. Treuepflichten infolge des Mitwirkungsversäumnisses	348
3. Mitwirkungsversäumnis durch Verletzung von Treuepflichten	352
4. Exkurs: Treuepflichten anlässlich der Mitwirkung	354
5. Abgrenzung zu mitwirkungsfremden Treuepflichten	356
B. Verhältnis zu anderen Rechten und Pflichten	360
1. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten	360
2. Verhandlungspflichten	361
3. Beantwortung von Aufforderungen	365
4. Ersatzvornahmrechte	365
5. Überwachungsrechte	367

6. Einseitige Beststellungsänderungsrechte	369
7. Zahlungspflichten	370
8. Ausgewählte Verhaltensanforderungen der SIA-Norm 118	371
Dritter Teil: Kompensation von Mitwirkungsversäumnissen	373
I. Überblick und Abgrenzungen	373
II. Mitwirkungsbedingte Vermögenseinbussen	375
A. Mehraufwand	376
1. Begriff des Aufwands	377
2. Nutzensausfall durch Produktivitätsverluste	381
a. Ökonomie und Symptomatik	381
b. Nutzensausfall bei der Arbeitskraft	385
c. Nutzensausfall beim Material	388
d. Nutzensausfall beim Inventar	390
e. Nutzensausfall bei Fremdleistungen?	394
3. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen	395
a. Schutzmassnahmen	396
b. Transitionsmassnahmen	397
c. Feststellungsmassnahmen	400
d. Fremdleistungen	402
e. Verwaltung ausserordentlicher Erfüllungshandlungen	402
f. Teuerungseffekte?	403
4. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen	403
a. Endogene Kostensteigerungen	404
i. Im Allgemeinen	404
ii. Beschleunigungsmassnahmen	405
b. Exogene Kostensteigerungen (Teuerungseffekte)	408
c. Fremdleistungen	409
d. Verwaltung verteuert ordentlicher Erfüllungshandlungen	409
5. Mehraufwand bei indirekten Kostenverursachern?	410
a. Grundlegung	410
b. Baustellengemeinkosten (BGK)	411
c. Allgemeine Geschäftskosten (AGK)	415
B. Übrige Vermögenseinbussen	418
1. Begriff	418
2. Haftungsschulden gegenüber Dritten	419
3. Mehraufwand in Drittaufträgen	420

4. Entgangener Gewinn	421
5. Sonstige Einbussen	422
C. Querschnitt: Einbussen infolge zeitlicher Neuarrangierungen	423
1. Einarbeitungseffekte	424
2. Suboptimale Zusammensetzung vorgehaltener Kapazitäten	425
3. Versetzung in aufwändigere Perioden	426
4. Einbussen im Zusammenhang mit Drittaufträgen	427
5. Einbussen aus «Bauzeitverlängerung»?	428
D. Nachweis der Vermögenseinbussen	429
1. Methode: Differenzbetrachtung	430
2. Anstösse zur konkreten Umsetzung	432
a. Übersicht und Eingrenzungen	432
b. Drei Umsetzungsvorschläge in den Grundzügen	436
i. Soll'-Methode	436
ii. Fenster-Methode (<i>Snapshot Analysis</i>)	438
iii. Ist'-Methode	440
c. Aus den Methoden abgeleitete Anforderungskriterien	441
i. Konkretheit	441
ii. Blickrichtung und Betrachtungszeitpunkt	443
iii. Qualitative Darstellung des Bauablaufs	445
iv. Vergleichbarkeit der Ablaufdarstellungen	448
v. Anordnungsbeziehungen, Puffer, kritischer Weg	449
vi. Ursachenvermischungen	453
vii. Fristerstreckungen	456
viii. Vorteilsanrechnung	461
3. Insbesondere zur Konstruktion des Soll-Ablaufs	463
a. Erster Schritt: Grundlage des Soll-Ablaufs	463
i. Arbeitsplanung des Unternehmers	464
ii. Bauzeitabreden	467
iii. Antizipierte Ergänzung der Fristen und Termine	469
b. Zweiter Schritt: Korrekturen und Ergänzungen	470
i. Gemäss den abgeleiteten Anforderungskriterien	470
ii. Empirische Plausibilisierung	471
iii. Theoretische Plausibilisierung	475
4. Grenzen des Nachweises	478
a. Striktes und reduziertes Beweismass im Zivilprozess	478
b. Tendenziell strikte darzubringende Tatsachen	482
c. Tendenziell erleichterte Beweisthemen	485

III. Kompensation aus Vergütungsregeln	492
A. Ausgangspunkt.....	492
B. Voraussetzungen der Mehrvergütung nach Aufwand	493
1. Erfüllbarkeit.....	495
2. Aufwandbezogene Vergütungsregel.....	495
a. Ausgangspunkt.....	495
b. Reine Aufwandvergütung (OR 374).....	496
c. Kostenansätze («Regiepreise»)	500
d. Kein vertraglicher Ausschluss	504
3. Mehraufwand des Unternehmers	507
a. Allgemeines.....	507
b. Vergütungsrechtliche Behandlung «werkfremden» Aufwands	510
4. Vergütungsberechtigung.....	514
5. Weitere Voraussetzungen.....	517
6. Beweislast und Beweismass	519
C. Mehrvergütung nach Aufwand im Festpreisvertrag	521
1. Ausgangspunkt	521
2. Ohne Mehrvergütungsabrede	523
a. Vertragslücke in der Festpreisabrede (OR 373 I).....	523
b. Lückenausfüllung	526
i. Reine Aufwandvergütung nach OR 374	526
ii. Besondere Mehrvergütung nach OR 373 II	529
iii. Zur Preisfortschreibung insbesondere	530
iv. Ergebnis	534
3. Mehrvergütung gemäss SIA-118 58 II	534
a. Ausgangspunkt	534
b. Anwendbarkeit auf das Mitwirkungsversäumnis	535
i. Auslegung	535
ii. Verteidigung	539
c. Bemessung	546
i. Im Pauschalpreisvertrag	547
ii. Im Globalpreisvertrag	552
iii. Im Einheitspreisvertrag	553
iv. Ermittlung und Nachweis des Mehraufwands	557
D. Mehrvergütung nach granularen Festpreisen	557

IV. Kompensation aus Gläubigerverzugsregeln	561
A. Ausgangspunkt.....	561
B. Grundlage und Tragweite des Anspruchs	562
1. Lücke im gesetzlichen Gläubigerverzugsrecht	562
2. Lösungsansätze im Schrifttum.....	571
a. Für den Gläubigerverzug im Allgemeinen	572
b. Für den Gläubigerverzug des Bestellers im Besonderen	574
3. Synthese: Lösungsansatz für die Dienstleistungsschuld.....	576
4. Ersatzanspruch des Bauunternehmers insbesondere.....	585
a. Praktische Durchführung.....	585
b. Vergleich mit BGB § 642 und ABGB § 1168 I.....	589
i. Grundriss von BGB § 642 und ABGB § 1168 I	590
ii. Anspruchsnatur	593
iii. Erfasste und nicht erfasste Vermögenseinbussen	596
iv. Bemessung der Entschädigung	604
C. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen	608
1. Gläubigerverzug des Bauherrn	608
2. Mehraufwendungen.....	615
3. Ersatzberechtigung	616
4. Weitere Voraussetzungen	616
5. Beweislast und Beweismass	618
V. Kompensation aus Pflichtverletzungsregeln	619
A. Ausgangspunkt.....	620
1. Mitwirkungspflicht des Bauherrn	620
a. Pflichtgehalt	620
b. Anspruchsgrundlage: Regeln des Schuldnerverzugs (OR 102 ff./101 I).....	621
c. Sekundäranspruch	624
2. Treuepflicht der rechtzeitigen Säumnisanzeige	625
a. Pflichtgehalt	625
b. Anspruchsgrundlage: Regeln der Nichterfüllung (OR 97 I/101 I).....	625
c. Sekundäranspruch	626
B. Anspruch auf Verspätungsschadenersatz aus der Verletzung einer Mitwirkungspflicht	627
1. Schuldnerverzug des Bauherrn.....	627
2. Schaden	634
a. Grundlegung.....	635

b. Produktivitätsverluste	639
i. Problembeschrieb	639
ii. Lösungsansätze	645
c. Kosten ausserordentlicher Erfüllungshandlungen	653
d. Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen	654
e. Übrige Vermögenseinbussen	655
f. Zuschläge	655
i. Für AGK	655
ii. Für Risiko	656
iii. Nicht für Gewinn	657
g. Mehrwertsteuerbetrag	658
h. Vorteilsanrechnung	659
3. Kausalzusammenhang	660
4. Verschulden	663
a. Grundlegung	663
b. Fahrlässiges Mitwirkungsversäumnis	665
c. Vorsätzliches Mitwirkungsversäumnis	672
d. Haftung für Hilfspersonen	673
e. Haftungsfreizeichnung	683
5. Weitere Voraussetzungen	686
6. Beweislast und Beweismass	687
C. Schadenersatzanspruch aus pflichtwidriger Unterlassung der Säumnisanzeige	689
1. Pflichtverletzung (Anzeigesäumnis)	690
2. Schaden	697
3. Kausalzusammenhang	702
4. Verschulden	703
5. Weitere Voraussetzungen	705
6. Beweislast und Beweismass	706
VI. Verhältnis der Kompensationsansprüche	707
A. Verhältnis der Ansprüche untereinander	707
1. Anspruchskonkurrenz im Umfang der Anspruchskongruenz	707
2. Besonderheiten bei Limitierungs- und Entschädigungsabreden	711
B. Verhältnis der Ansprüche zu solchen aus vorzeitiger Vertragsbeendigung	715
1. In den Fällen von OR 376 und 378	715
2. Vertragsauflösung durch den Bauherrn	723
3. Vertragsauflösung durch den Unternehmer	730

VII. Einzelfragen	736
A. Fälligkeit	736
B. Zins	740
C. Verjährung	743
D. Mitverschulden des Unternehmers	746
1. Symptomatik	746
2. Rechtsgründe für die Berücksichtigung des Mitverschuldens	748
a. Im vertraglichen Haftungsrecht	748
b. Im werkvertraglichen Vergütungsrecht	754
c. Im gläubigerverzugsrechtlichen Entschädigungsrecht	757
3. Zumutbarkeit von Minderungs- und Abwendungsmassnahmen	758
E. «Retentionsrecht» des Unternehmers?	764
F. Besicherung durch Bauhandwerkerpfandrecht	769
Kernsätze	775
Sachregister	789