

Kathrin Susanne Jansen

Die Mangelrechte des Bestellers
im BGB-Werkvertrag vor Abnahme



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einleitung	1
A. Gegenstand der Untersuchung	1
B. Ablauf der Untersuchung	2
Teil 1: Die gegenwärtige Rechtslage	3
1. Kapitel: Die Mangelrechte des Bestellers vor Abnahme nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB	3
A. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungenrechte bei Aufreten von Mängeln im Ausführungsstadium	4
I. Die mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung	4
II. Die Fristsetzung zur Erfüllung/Nacherfüllung	4
III. Vom Unternehmer zu vertretender Mangel?	5
IV. Ausschlussgründe	5
1. Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung, §§ 281 Abs. 1 S. 3; 323 Abs. 5 S. 2 BGB	5
2. Mangel an einer abgrenzbaren Teilleistung, §§ 281 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB	6
a) Quantitative Teilleistung	6
b) Qualitative Teilleistung	6
aa) Keine Anwendung bei qualitativer Teilleistung	7
bb) Anwendung bei qualitativer Teilleistung	8
cc) Eigene Stellungnahme	9
3. Alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers, § 323 Abs. 6 BGB	10
4. Die mangelnde Vertragstreue des Gläubigers	10
V. Beweislast	10
VI. Zwischenergebnis	11
B. Der Zeitpunkt der Entstehung der allgemeinen Leistungsstörungenrechte	12
I. Grundsatz: Nach Fälligkeit des Herstellungsanspruchs	12
II. Ausnahmsweise schon vor Fälligkeit des Herstellungsanspruchs?	13
1. Der vorzeitige Rücktritt gem. § 323 Abs. 4 BGB	13

2.	Die analoge Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB auf den Schadensersatzanspruch gem. § 281 BGB?	14
III.	Beweislast	15
IV.	Zwischenergebnis	16
C.	Die Rechtsfolgen der allgemeinen Leistungsstörungenrechte	16
I.	Rücktritt – Rückabwicklung des Vertrages gem. § 346 BGB	16
II.	Schadensersatz statt der Leistung	17
1.	Regelfall: Kleiner Schadensersatz	17
2.	Großer Schadensersatz	18
a)	Rückabwicklungsschaden	18
b)	Nichterfüllungsschaden	18
III.	Zwischenergebnis	19
D.	Ergebnis und kritische Würdigung	19
I.	Prognoserisiko	19
II.	Anknüpfung an den oft schwer zu bestimmenden Fälligkeitszeitpunkt	20
III.	Problematische Rechtsfolgenregelung	21
2. Kapitel:	Die Mangelrechte des Bestellers vor Abnahme nach dem Werkvertragsrecht der §§ 634 ff. BGB	22
A.	Der Geltungsbereich des Werkvertragsrechts	22
I.	Arbeiten an einer unbeweglichen Sache	23
II.	Reparaturarbeiten, die nicht zur Herstellung einer neuen Sache führen	24
III.	Geistige Leistungen, die in einer beweglichen Sache verkörpert sind	24
IV.	Unkörperliche Leistungen	24
V.	Zwischenergebnis	24
B.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der werkvertraglichen Mangelrechte	25
I.	Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr.1, 635 BGB	25
1.	Mangel der Werkleistung	25
a)	Mangel im Fall vertraglich vereinbarter Beschaffenheit § 633 Abs. 2 S. 1 BGB	26
b)	Mangel bei fehlender vertraglicher Beschaffenheitsvereinbarung § 633 Abs. 2 S. 2 BGB	28

aa)	Vertraglich vereinbarte Verwendung § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB.....	28
bb)	Gewöhnliche Verwendung § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB.....	29
c)	Herstellung eines anderen Werkes oder des geschuldeten Werkes in zu geringer Menge.....	29
d)	Beschaffenheitsgarantie	30
e)	Anerkannte Regeln der Technik.....	30
f)	Haftungsausschluss durch Hinweis auf Bedenken.....	31
2.	Rechtsfolgen.....	32
II.	Selbstvornahme gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB.....	33
1.	Mangel der Werkleistung.....	33
2.	Fristsetzung.....	33
III.	Rücktritt gem. §§ 634 Nr. 3, 636, 323 Abs. 1 BGB	33
IV.	Minderung gem. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB.....	34
V.	Schadensersatz gem. §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB	34
VI.	Zwischenergebnis.....	35
C.	Der Zeitpunkt der Entstehung der werkvertraglichen Mangelrechte	35
I.	Die unterschiedlichen Auffassungen zum zeitlichen Anwendungsbereich der werkvertraglichen Mangelrechte	35
1.	Mangelrechte ab Herstellungsbeginn.....	36
2.	Mangelrechte ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs	37
3.	Mangelrechte ab Herstellung des Werkes	38
4.	Mangelrechte ab Abnahme.....	40
II.	Kritische Würdigung der einzelnen Auffassungen und eigene Stellungnahme.....	47
1.	Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung.....	47
a)	§ 633 Abs. 1 BGB.....	47
b)	§ 634 BGB.....	48
c)	§§ 635 Abs. 1, 637 Abs. 1, 638 Abs. 1 S. 1 BGB.....	49
d)	Ergebnis.....	50
2.	Historische Interpretation.....	50
a)	Die Entstehung der werkvertraglichen Mangelrechte im BGB	51
b)	Der Anwendungsbereich der Mangelrechte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002... ..	55
aa)	Grundsatz: Werkvertragliche Mangelrechte ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs	56

bb)	Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mangelrechte vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs nur in Ausnahmefällen	58
cc)	Zwischenergebnis.....	59
c)	Probleme bei der Abgrenzung der werkvertraglichen Mangelrechte von den allgemeinen Leistungsstörungenrechten.....	60
d)	Die Änderungen im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts.....	60
e)	Ergebnis.....	62
3.	Systematische Interpretation.....	63
a)	Folgen der Einbettung der Mangelrechte in das allgemeine Leistungsstörungenrecht.....	63
b)	Verhältnis von Erfüllungsanspruch gem. § 631 BGB zu Nacherfüllungsanspruch gem. § 635 BGB.....	65
aa)	Inhaltliche Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch.....	65
(1)	Wahlrecht des Unternehmers § 635 Abs. 1 BGB.....	65
(2)	Einwand der Unverhältnismäßigkeit § 635 Abs. 3 BGB.....	66
bb)	Unterschiede in der Verjährung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch.....	68
cc)	Bewertung der Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch.....	69
c)	Verhältnis der anderen werkvertraglichen Mangelrechte zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten.....	69
d)	Regelung der Verjährung in § 634a BGB.....	70
e)	Ergebnis.....	70
4.	Teleologische Interpretation.....	71
a)	Koordinations- und Abwicklungsprobleme.....	71
b)	Unangemessene Benachteiligung des Unternehmers.....	71
aa)	Vorschussanspruch des Bestellers vor Fälligkeit des Werklohns des Unternehmers.....	72
bb)	Beweislastverteilung vor Abnahme.....	72
cc)	Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers.....	74
c)	Keine entgegenstehenden berechtigten Beläge des Bestellers.....	75
d)	Ergebnis.....	75
5.	Anwendungsbereich der werkvertraglichen Mangelrechte vor Abnahme in Ausnahmefällen.....	76
a)	Anderweitiger Gefahrübergang.....	76

b)	Berechtigte Abnahmeverweigerung.....	76
c)	Mangel wird offensichtlich im vereinbarten Fertigstellungstermin noch vorliegen	78
d)	Vorliegen besonderer Umstände, die die Geltendmachung der werkvertraglichen Mangelrechte vor Abnahme rechtfertigen.....	79
e)	Verzicht auf Erfüllung und weitergehende Rechte	80
f)	Kündigung oder sonstige vorzeitige Vertragsbeendigung.....	80
6.	Verhältnis der Mangelrechte zu den Rechten des allgemeinen Leistungsstörungenrechts in den soeben erläuterten Ausnahmefällen.....	81
III.	Zwischenergebnis	81
D.	Ergebnis und kritische Würdigung	82
3. Kapitel:	Die außerordentliche Kündigung als Mangelrecht vor Abnahme.....	83
A.	Die rechtlichen Grundlagen des Kündigungsrechts vor der Schuldrechtsreform... ..	85
B.	Änderungen durch die Schuldrechtsreform	86
I.	Beschränkung des Kündigungsrechts auf Dauerschuldverhältnisse, gem. § 314 BGB	86
II.	Ausschluss durch die Regelungen über den Teilrücktritt.....	87
III.	Zwischenergebnis	87
C.	Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines Mangels im Ausführungsstadium.....	88
I.	Außerordentlicher Kündigungsgrund	88
II.	Fristsetzung	89
III.	Zwischenergebnis	89
D.	Rechtsfolgen	90
E.	Ergebnis und kritische Würdigung	91
4. Kapitel:	Mangelrechte des Bestellers während der Ausführung nach der VOB/B.....	92
A.	Die rechtliche Einordnung der VOB/B und ihr Verhältnis zum Werkvertragsrecht des BGB... ..	92
B.	Die Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag	93
C.	Rechte des Auftraggebers beim Auftreten von Mängeln während der Ausführung des Bauvorhabens gem. § 4 Nr. 7 VOB/B.....	94

I. Der Anspruch auf Mangelbeseitigung gem. § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B	95
1. Mangel oder vertragswidrige Leistung.....	95
a) Mangel.....	95
b) Vertragswidrige Leistung	96
c) Zeitpunkt der Beurteilung der Mangelhaftigkeit oder Vertragswidrigkeit der Leistung.	96
2. Weitere Anspruchsvoraussetzungen	97
3. Einschränkungen.....	97
II. Schadensersatzanspruch gem. § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B	98
III. Kündigungsrecht gem. §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3 VOB/B	98
1. Mangelbeseitigungsanspruch.....	98
2. Fristsetzung mit Kündigungsandrohung	99
a) Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung	100
b) Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung	100
c) Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung.....	100
3. Umfang des Kündigungsrechts.....	101
a) Kündigung des gesamten Vertrages.....	101
b) Teilkündigung.....	102
IV. Schadensersatz gem. §§ 4 Nr. 7 Abs. 2, 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B ...	104
V. Ersatzvornahme gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B.....	105
VI. Zwischenergebnis.....	106
D. Inhaltskontrolle des § 4 Nr. 7 VOB/B.....	107
I. Inhaltskontrolle der Einzelregelungen der VOB/B?.....	108
II. Grundsätze der Inhaltskontrolle gem. § 307 ff. BGB.....	111
1. Inhaltskontrolle nur gegen den Verwender	111
2. Unangemessene Benachteiligung	113
a) Treuwidrige Benachteiligung	113
b) Verletzung des Transparenzgebots.....	115
aa) Verständlichkeitsgebot.....	115
bb) Bestimmtheitsgebot.....	115
cc) Täuschungsverbot.....	115
III. Halten die Einzelregelungen des § 4 Nr. 7 VOB/B einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307ff BGB stand?.....	116
1. Mangelbeseitigungsanspruch schon während der Herstellung, § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B.....	116
2. Schadensersatzanspruch schon im Ausführungsstadium, § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B.....	118

3.	Außerordentliches Kündigungsrecht im Ausführungsstadium, §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3 VOB/B	118
a)	Kündigungsrecht statt Rücktritt	118
aa)	Unvereinbare Abweichung	118
bb)	Keine unvereinbare Abweichung	119
cc)	Stellungnahme	120
b)	Außerordentliches Kündigungsrecht schon während der Herstellung	121
c)	Notwendigkeit der Androhung der Auftragsentziehung vor Kündigung	123
aa)	Unvereinbare Abweichung bei Verbraucherverträgen	123
bb)	Keine unvereinbare Abweichung	124
cc)	Stellungnahme	124
4.	Verletzung des Transparenzgebots durch die Regelungen in § 4 Nr. 7 VOB/B?	125
a)	Verletzung des Transparenzgebots, da die Ausnahmefälle vom Wortlaut nicht umfasst werden	126
b)	Keine Verletzung des Transparenzgebots, da keine abschließende Regelung	126
c)	Stellungnahme	127
IV.	Zwischenergebnis	128
E.	Ergebnis und kritische Würdigung	128
5. Kapitel:	Zusammenfassende Würdigung der gegenwärtigen Rechtslage ..	130
A.	Die gesetzliche Regelung im BGB	130
I.	Das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280, 281, 323 BGB	130
II.	Die werkvertraglichen Mangelrechte der §§ 633 ff. BGB	131
III.	Das gewohnheitsrechtlich anerkannte Recht zur außerordentlichen Kündigung	132
B.	Die Regelung in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B	132
C.	Ergebnis	133
2. Teil:	Vorschläge für eine gesetzliche Neuregelung der bauvertraglichen Mangelrechte	133
1. Kapitel:	Die bisherigen Lösungsvorschläge	133
A.	Die bisherigen Lösungsvorschläge	133

I.	Vorschlag des Freiburger Instituts für Baurecht zur Änderung des § 4 Nr. 7 VOB/B.....	134
II.	Ergänzungsentwurf zum Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen.....	134
III.	„Freiburger Entwurf“ zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	134
IV.	Zwischenergebnis.....	135
B.	Auseinandersetzung mit den bisherigen Änderungsvorschlägen.....	135
I.	„Enger“ oder „weiter Mangelbegriff“.....	135
II.	Kündigungserfordernis entbehrlich?	136
1.	Selbstvornahmerecht ohne vorherige Kündigung zweckmäßig.....	136
2.	Vorherige Kündigung als Korrektiv erforderlich	138
3.	Eigene Stellungnahme	138
C.	Ergebnis	142
2. Kapitel:	Eigener Lösungsvorschlag	142
A.	Rechtliche Grundlage des Anspruchs auf Mangelbeseitigung vor Abnahme.....	143
B.	Die daraus herzuleitenden Mangelrechte und ihre Voraussetzungen ..	144
I.	Rechtsfolgen einer konkreten Erfüllungsgefährdung.....	144
1.	Anspruch auf Mangelbeseitigung.....	145
2.	Kündigungsrecht	145
3.	Recht zur Selbstvornahme	146
4.	Schadensersatz statt der Leistung/wegen Nichterfüllung.....	146
5.	Minderung.....	147
6.	Zwischenergebnis	147
II.	Die Anspruchsvoraussetzungen.....	147
1.	Vorliegen eines nicht unerheblichen Mangels während der Ausführungsphase.....	147
2.	Gefährdung des Erfüllungserfolges als eigenständiger Pflichtverletzungstatbestand.....	147
3.	Fristsetzung zur Mangelbeseitigung	149
4.	Selbstvornahmerecht ohne vorherige Kündigung.....	150
5.	Vorherige Androhung der Selbstvornahme.....	151
6.	Zwischenergebnis	151
C.	Formulierungsvorschlag	152
I.	Gesetzliche Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs der werkvertraglichen Mangelrechte.....	152

II. Gesetzliche Regelung der Mangelrechte des Bestellers im Bauvertrag vor Abnahme	153
3. Teil: Gesamtergebnis.....	153
Literaturverzeichnis	XXI