

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Einleitung	17
A. Einführung in die Thematik	17
B. Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung	19
Erster Teil: Dogmatische Grundlagen des freien Kündigungsrechts nach § 648 BGB	25
A. Terminologie und Motive des Gesetzgebers	26
I. Bezeichnung als „Kündigung“	26
II. Motive des historischen Gesetzgebers	28
B. Verhältnis des § 648 BGB zum Gesamtgefüge des BGB	29
I. Systematische und dogmatische Einordnung des Kündigungsrechts aus § 648 S. 1 BGB	29
1. Freies Kündigungsrecht als strenge Konsequenz des Annahmeverzugs?	30
2. Freies Kündigungsrecht als Wiederherstellung eines schuldrechtlichen Grundsatzes der fehlenden Annahmepflicht?	32
3. Freies Kündigungsrecht als Ausnahme von allgemein bestehender Annahmepflicht?	33
4. Stellungnahme: Freies Kündigungsrecht als gesetzgeberische Wertentscheidung	35
a. Freies Kündigungsrecht keine strenge Konsequenz des Annahmeverzugs	35
b. Freies Kündigungsrecht nicht aus systematischen/ dogmatischen Gründen erforderlich	37
II. Systematische und dogmatische Einordnung des Anspruchs aus § 648 S. 2 BGB	39

1.	Unterschiedliche Einordnung in der Literatur und Rechtsprechung	39
2.	Konsequenzen der dogmatischen Einordnung	41
3.	Stellungnahme	42
a.	Vergütungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB für erbrachten Teil der Leistung	43
b.	Vergütungsanspruch aus § 648 S. 2 BGB für nicht erbrachten Teil der Leistung	44
aa.	Eigene Anspruchsgrundlage	44
bb.	Vergütungsanspruch mit Entschädigungscharakter ...	46
c.	Schadensersatzrechtlicher Charakter des Anspruchs	47
aa.	Vorteilsausgleichung	47
bb.	Schadensminderungsobliegenheit	49
III.	Vereinbarkeit des freien Kündigungsrechts mit dem Grundsatz der Vertragstreue	50
1.	Grundsatz der Vertragstreue	52
a.	Die drei Elemente der Vertragstreue	52
aa.	Vertragsbindung	52
bb.	Naturalerfüllungsgrundsatz	53
cc.	Leistungstreue	54
dd.	Zweiseitige Dimension der Vertragstreue	54
b.	Praktische Bedeutung der Vertragstreue	54
2.	Verhältnis des freien Kündigungsrechts zur Vertragstreue	55
a.	Allgemeine Wirkung der freien Kündigung auf die Vertragstreue	55
b.	Spezifische Wirkung der freien Kündigung auf die Vertragstreue	56
aa.	Vertragsbindung	57
bb.	Naturalerfüllungsgrundsatz	57
(1)	Gegenleistungsinteresse des Bestellers wird gewahrt	58
(2)	Weitere Leistungserbringungsinteressen im Kündigungsfall nicht geschützt	58

(3) Naturalerfüllungspflicht des Bestellers	59
bleibt bestehen	59
cc. Leistungstreue	60
3. Zusammenfassung	60
IV. Eigenständiger Regelungsgehalt des § 648 BGB	61
1. Generelles Recht, sich von vertraglichen Pflichten „freizukaufen“?	62
2. Verhältnis des freien Kündigungsrechts zur Unmöglichkeit	63
a. Literaturansicht: Auch ohne freies Kündigungsrecht deckungsgleicher Anspruch aus § 326 Abs. 2 BGB	64
b. Unmöglichkeit lässt sich nicht stets vom Besteller herbeiführen	64
aa. Unmöglichkeit der Leistung	65
bb. Unmöglichkeit der Leistung durch unterlassene Mitwirkung des Gläubigers?	65
cc. Unmöglichkeit der Leistung durch schlichte Nichtannahme?	67
c. Ergebnis: Unmöglichkeitsrecht macht § 648 BGB nicht entbehrlich	68
3. Freies Kündigungsrecht und Schadensersatz wegen Erfüllungsverweigerung	69
a. Literaturansicht: Auch ohne Kündigungsrecht deckungsgleicher Schadensersatzanspruch	70
b. Rechtsprechung erkennt Anspruch des Unternehmers auch ohne freie Kündigung des Bestellers an	71
aa. BGHZ 50, 175 = NJW 1968, 1873	71
bb. BGH, NJW 1990, 3008	72
cc. BGH, NJW 2005, 1650	72
c. Stellungnahme	73
aa. Urteile betreffen abweichende Sachverhalte	73
bb. Urteile bezwecken Schutz des Unternehmers	74
cc. Schadensersatzanspruch bietet keine rechtssichere Lösung	75

dd.	Freies Kündigungsrecht erweitert die Möglichkeiten des Bestellers	76
(1)	Grundsatz: Vertragsdurchführungsrecht aus dem Vertrag selbst	76
(2)	Kein allgemeines Rechtsprinzip, das weitere Leistungserbringung verbietet	78
(3)	Mitwirkendes Verschulden des Unternehmers durch weitere Vertragsausführung?	79
(a)	Entscheidungen des RG sowie des BGH zu Deckungsgeschäften	80
(b)	Kritik an Rechtsprechung des BGH und Stellungnahme	81
ee.	Freies Kündigungsrecht legalisiert Loslösung des Bestellers vom Vertrag	84
ff.	Zwischenergebnis	84
4.	Zusammenfassung	85
C.	Prinzip der Vor- und Nachteilstwahrung als wesentlicher Normzweck	85
I.	Begriffsbestimmungen	85
1.	Definition des Prinzips der Vor- und Nachteilstwahrung	85
2.	Definition des Vorteils	86
II.	Prinzip der Vorteilstwahrung	87
III.	Prinzip der Nachteilstwahrung	88
1.	Ganz überwiegende Akzeptanz des Prinzips	88
2.	Teilweise Bedenken gegen das Prinzip	88
3.	Stellungnahme	90
a.	Wortlaut des § 648 S. 2 BGB gibt keinen Aufschluss	90
b.	Entstehungsgeschichte/Motive des Gesetzgebers	91
c.	Vorteile für Unternehmer nicht als Kompensation für freies Kündigungsrecht	91
d.	Vorteile für den Unternehmer gleichwohl im Einklang mit dem Zweck der Norm	92
aa.	Äquivalenzverhältnis des gesamten Vertrages maßgeblich?	92

bb.	Äquivalenzverhältnis nur im Hinblick auf den gekündigten Vertragsteil maßgeblich?	92
cc.	Kritik: Nur Anrechnung auf die gesamte Vergütung trägt dem Prinzip der Vor- und Nachteilswahrung Rechnung	93
dd.	Modifizierte Rechtsprechung im Fall von Verlustgeschäften?	94
(1)	BGH lässt Vortrag zu erbrachten Leistungen genügen	94
(2)	Gesamtbetrachtung aller Leistungspositionen, um kalkulatorische Verschiebungen zulasten des Bestellers zu verhindern	94
(3)	Verlustgeschäft schließt Anspruch aus § 648 S. 2 BGB nicht per se aus	95
(4)	Zwischenergebnis: Rechtsprechung beschränkt Anrechnung auf die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen	96
ee.	Rechtsprechungspraxis ist dogmatisch und wertungsmäßig vorzugswürdig	97
(1)	Dogmatische Gründe sprechen gegen eine Anrechnung	97
(2)	Interessenserwägungen sprechen gegen eine Anrechnung	97
(3)	Zwischenergebnis	100
e.	Präzisierung der Definition des Prinzips der Vor- und Nachteilswahrung	101
aa.	Bisherige Definitionen sind zu weit	101
bb.	Vorschlag einer neuen Definition	102
cc.	Änderung des Wortlauts von § 648 S. 2 BGB?	102
4.	Zusammenfassung	103
IV.	Faktische Vor- und Nachteile infolge der Kündigung	104
1.	Besserstellung	104
a.	Überblick	104

b.	Auch bei Verlustkalkulation kein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer	105
c.	Sofortige Fälligkeit und Abzinsung	105
d.	Materialien und Bauteile	106
2.	Schlechterstellung	107
a.	Überblick	107
b.	Allgemeine Lösungsmöglichkeiten	108
aa.	Keine Ersatzfähigkeit mangels materiell-rechtlicher Anspruchsgrundlage	108
bb.	Schlichte Erhöhung des Vergütungsanspruchs	108
cc.	Minderung der anzurechnenden Ersparnis	109
dd.	Ergänzende Vertragsauslegung oder Störung der Geschäftsgrundlage	110
(1)	Ergänzende Vertragsauslegung	110
(2)	Störung der Geschäftsgrundlage	111
ee.	Teleologische Extension und Erweiterung des § 648 BGB	112
(1)	Teleologische Extension	112
(2)	Erweiterung des § 648 S. 2 BGB	113
c.	Differenzierung nach einzelnen Nachteilen	113
aa.	Transport-, Lagerungs- und Rückführungskosten ...	113
bb.	Abrechnungskosten/Mehrkosten für Aufmaß	114
cc.	Rechtsverfolgungskosten	116
dd.	Akquisitionskosten	117
V.	Zusammenfassung	117
Zweiter Teil: Rechtspolitische Bewertung des freien Kündigungsrechts	119	
A.	Freies Kündigungsrecht bei Werkverträgen zweckmäßig?	119
I.	Motive für Schaffung des freien Kündigungsrechts	119
II.	Diskussion über Streichung des freien Kündigungsrechts	120
III.	Freies Kündigungsrecht ist interessengerecht	120
IV.	Freies Kündigungsrecht ist ökonomisch effizient	122

B. Diskussion über Anwendung des freien Kündigungsrechts auf andere Vertragstypen	126
I. Einseitiges anlassloses Loslösungsrecht bei einzelnen Vertragstypen?	126
1. Dienstvertrag	127
a. Kündigungsrecht von Vertrauensdienstverträgen gemäß § 627 BGB	127
b. Ausweitung auf sämtliche Dienstverträge?	129
2. Pauschalreisevertrag	131
3. Kaufvertrag	132
a. Interessenlage teilweise vergleichbar	132
b. Interessenlage in entscheidenden Aspekten unterschiedlich	133
c. Gesetzgeber hat Ablehnung eines freien Kündigungsrechts für Kaufverträge jüngst bestätigt	134
4. Werklieferungsvertrag	135
5. Darlehensvertrag	136
a. Außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 2 BGB	136
b. Freies Kündigungsrecht des Darlehensnehmers auch ohne berechtigtes Interesse?	138
aa. De lege lata kein freies Kündigungsrecht vom Darlehensvertrag	139
bb. Interessenserwägungen für ein freies Kündigungsrecht	139
cc. Interessenserwägungen gegen ein freies Kündigungsrecht	140
dd. Entscheidung des Gesetzgebers verdient Zustimmung	141
6. Mietvertrag/Pachtvertrag	141
II. Zusammenfassung: Ausdehnung des freien Loslösungsrechts ist nicht angezeigt	142

Dritter Teil: Konkrete Anwendungsprobleme	143
A. Materiell-rechtliche Anwendungsprobleme	143
I. Veränderungen des Leistungsumfangs und Begriff der vereinbarten Vergütung	143
1. Mehr- und Mindermengen	144
2. Nachträge bei Bauverträgen	145
a. Enges Verständnis vom Begriff der vereinbarten Vergütung	145
b. Formales Verständnis vom Begriff der vereinbarten Vergütung	147
c. Weites Verständnis vom Begriff der vereinbarten Vergütung	148
d. Stellungnahme	150
aa. Wortlaut	151
bb. Telos	151
(1) Änderungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges	153
(2) Änderungen des vereinbarten Werkerfolges	155
e. Zusammenfassung	157
II. Anderweitiger Erwerb	157
1. Problemstellung	157
2. Inhaltliche Kriterien für die Anrechnung anderweitigen Erwerbs	159
a. Kriterien für die Anrechnung nach der Rechtsprechung und überwiegenden Auffassung in der Literatur	159
b. Abweichender Lösungsansatz in der Literatur	161
c. Stellungnahme	162
aa. Vergleich zu anderen Normen	162
bb. Abkehr von der „Alles-oder-Nichts-Regelung“?	163
cc. Abkehr von der „Gewinnfixierung“?	164
3. Zeitliche Grenzen der Berücksichtigung von Ersatzaufträgen	165
a. Problemstellung	165

b.	Nachforderung/Rückforderung prinzipiell bis Eintritt der Verjährung möglich	166
c.	Ausschluss der Nachforderung/ Schlusszahlungseinrede des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B	166
d.	Genereller Ausschluss von Nachforderungen infolge der Kündigung?	167
aa.	§ 648 S. 2 BGB sieht keine endgültige Abrechnung vor	168
bb.	Ausnahme von der Schlusszahlungseinrede	169
4.	Zusammenfassung	169
B.	Prozessuale Anwendungsprobleme	170
I.	Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast bei § 648 S. 2 BGB .	171
1.	Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung	171
a.	Grundsätze	171
aa.	Konkrete Anforderungen an die Darlegung nach der Rechtsprechung	172
bb.	Einheitspreisvertrag	173
cc.	Pauschalpreisvertrag	174
(1)	Grundsatz	174
(2)	Sonderfälle	174
2.	Rezeption der Rechtsprechung in der Literatur	176
a.	Allgemeine Kritik	176
b.	Gegenmodell	179
c.	Detailkritik	181
3.	Stellungnahme	182
II.	Die Vorschrift des § 648 S. 3 BGB	183
1.	Gesetzesbegründung	184
2.	Rechtsprechung	185
3.	Kritik	185
a.	Kritik an der Norm	185
b.	Kritik an der Rechtsprechung	188
4.	Einordnung; § 648 S. 3 BGB als gesetzgeberische Reaktion auf Rechtsprechung	189

III.	Lösungsansätze zur Darlegungs- und Beweislast	190
1.	Beweislastumkehr bei Aufmaßvereitelung	190
2.	Beibehaltung der Abrechnungsweise bei Pauschalpreisverträgen?	192
3.	Abkehr von starrer Pauschale des § 648 S. 3 BGB?	193
4.	Vertragliche Pauschalierungsklauseln	194
IV.	Schätzung der Vergütung gemäß § 287 ZPO	195
1.	Grundlagen des § 287 ZPO	195
2.	Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO auf den Vergütungsanspruch infolge der Kündigung durch die Rechtsprechung	197
3.	Schätzung der Vergütung nach § 287 Abs. 2 ZPO als Allheilmittel?	199
a.	Unternehmer bleibt darlegungsbelastet	199
b.	Einzelfallbezogene Kriterien für die Reichweite der Schätzung	199
aa.	Umfang des Vertrages und Üblichkeit einer Kalkulation	200
bb.	Verantwortlichkeit der Parteien für die tatsächlichen Aufklärungsschwierigkeiten	201
c.	Allgemeines Prognoserisiko im Zweifel zu Lasten des Bestellers	202
V.	Zusammenfassung zur Darlegung des Vergütungsanspruchs	203
Zusammenfassung der wesentlichen Forschungsergebnisse und Ausblick		205
Literaturverzeichnis		209