

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 Leistungsstörungsrecht des BGB	3
A. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungsrechte bei Auftreten 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 Leistungsstörungsrechte.....	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 Leistungsstörungsrechte.....	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 Leistungsstörungsrechten....	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 Leistungsstörungsrecht.....	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 Leistungsstörungsrechten.....	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 Leistungsstörungsrechts 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 Mängelbeseitigung 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 Mängelhaftigkeit 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.	Mängelbeseitigungsanspruch.....	98
2.	Fristsetzung mit Kündigungsandrohung	99
a)	Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung	100
b)	Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung	100
c)	Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung.....	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)	Verständlichkeitgebot.....	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.	Mängelbeseitigungsanspruch 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 Leistungsstörungsrecht 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 Mängelbeseitigung vor Abnahme	143
B.	Die daraus herzuleitenden Mängelrechte und ihre Voraussetzungen ..	144
	I. Rechtsfolgen einer konkreten Erfüllungsgefährdung	144
	1. Anspruch auf Mängelbeseitigung	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 Mängelbeseitigung	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 Mängelrechte	152

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