

# 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<br>allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB ..... | 3     |
| A.    Die Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungenrechte bei<br>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;<br>323 Abs. 5 S. 2 BGB.....                           | 5     |
| 2.    Mangel an einer abgrenzbaren Teilleistung, §§ 281 Abs. 1 S.<br>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<br>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<br>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 Leistungsstörungen   | 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<br>Nr. 1 BGB.....  | 28 |
| bb)  | Gewöhnliche Verwendung § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB.....   | 29 |
| c)   | Herstellung eines anderen Werkes oder des geschuldeten<br>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<br>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<br>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<br>Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des<br>Schuldrechts am 01.01.2002... .. | 55 |
| aa)  | Grundsatz: Werkvertragliche Mangelrechte ab Fälligkeit<br>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<br>Fertigstellungstermin noch vorliegen .....  | 78 |
| d)          | Vorliegen besonderer Umstände, die die Geltendmachung der<br>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<br>Leistungsstörungenrechts in den soeben erläuterten<br>Ausnahmefällen..... | 81 |
| III.        | Zwischenergebnis.....   | 81 |
| D.          | Ergebnis und kritische Würdigung .....  | 82 |
|             |   |    |
| 3. Kapitel: | Die außerordentliche Kündigung als Mangelrecht vor<br>Abnahme.....  | 83 |
| A.          | Die rechtlichen Grundlagen des Kündigungsrechts vor der<br>Schuldrechtsreform... ..   | 85 |
| B.          | Änderungen durch die Schuldrechtsreform.....  | 86 |
| I.          | Beschränkung des Kündigungsrechts auf Dauerschuldverhältnisse,<br>gem. § 314 BGB .....  | 86 |
| II.         | Ausschluss durch die Regelungen über den Teilrücktritt.....   | 87 |
| III.        | Zwischenergebnis.....   | 87 |
| C.          | Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen<br>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<br>der VOB/B.....   | 92 |
| A.          | Die rechtliche Einordnung der VOB/B und ihr Verhältnis zum<br>Werkvertragsrecht des BGB... ..   | 92 |
| B.          | Die Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag .....  | 93 |
| C.          | Rechte des Auftraggebers beim Auftreten von Mängeln während<br>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<br>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<br>Inhaltskontrolle gem. §§ 307ff BGB stand?..... | 116 |
| 1. Mangelbeseitigungsanspruch schon während der Herstellung,<br>§ 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B....                     | 116 |
| 2. Schadensersatzanspruch schon im Ausführungsstadium, § 4<br>Nr. 7 S. 2 VOB/B.....                          | 118 |

|             |   |     |
|-------------|---|-----|
| 3.          | Außerordentliches Kündigungsrecht im Ausführungsstadium,<br>§§ 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<br>Herstellung .....                          | 121 |
| c)          | Notwendigkeit der Androhung der Auftragsentziehung vor<br>Kündigung .....                         | 123 |
| aa)         | Unvereinbare Abweichung bei Verbraucherverträgen .....  | 123 |
| bb)         | Keine unvereinbare Abweichung .....   | 124 |
| cc)         | Stellungnahme .....   | 124 |
| 4.          | Verletzung des Transparenzgebots durch die Regelungen in §<br>4 Nr. 7 VOB/B? .....                | 125 |
| a)          | Verletzung des Transparenzgebots, da die Ausnahmefälle vom<br>Wortlaut nicht umfasst werden ..... | 126 |
| b)          | Keine Verletzung des Transparenzgebots, da keine<br>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<br>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<br>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<br>Bauvertrag vor Abnahme | 153 |
| 3. Teil: Gesamtergebnis   | 153 |
| Literaturverzeichnis  | XXI |