

Kathrin Susanne Jansen

Die Mängelrechte des Bestellers  
im BGB-Werkvertrag vor Abnahme

**Schriften zum deutschen  
und internationalen  
Baurecht**

9

Herausgegeben von Axel Wirth



**PETER LANG**

Internationaler Verlag der Wissenschaften

## **Einleitung**

### **A. Gegenstand der Untersuchung**

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, § 631 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Herstellung des versprochenen Werkes kann sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, gerade bei Bauwerken sind Ausführungszeiten von mehreren Monaten oder sogar Jahren keine Seltenheit. Dabei kommt es immer wieder vor, dass sich schon während der Ausführungsphase Mängel zeigen.

Dem Besteller ist dann in aller Regel daran gelegen, dass diese Mängel möglichst umgehend – noch während der Bauausführung – beseitigt werden, damit das Werk fristgerecht und mangelfrei fertig gestellt werden kann. Nur so können aus seiner Sicht erhebliche Folgeschäden wegen verzögerter oder mangelhafter Herstellung des Werkes vermieden werden.

Auch der Unternehmer ist grundsätzlich an einer mangelfreien Herstellung des Werkes interessiert, da er anderenfalls den Mängelrechten des Bestellers ausgesetzt ist. Er beurteilt die Frage, ob ein Mangel vorliegt, aber häufig anders als der Besteller und kann vielleicht auch auf für ihn nicht erkennbare Defizite in der Planung verweisen. Nicht selten ist die Herstellung eines mangelfreien Zustandes auch mit weiteren Aufwendungen verbunden, die der Unternehmer zusätzlich vergütet bekommen möchte, während der Besteller sie für mit der vereinbarten Vergütung abgegolten hält. Eine einvernehmliche Lösung ist in all diesen Fällen häufig nicht zu erzielen.

Für den Besteller stellt sich dann die Frage, ob und welche Mängelrechte ihm schon während der Ausführungsphase und damit vor Abnahme bzw. schon vor Fälligkeit der Werkleistung zustehen. Dem Gesetz – Regelung der allgemeinen Leistungsstörungsrechte in den §§ 280, 323 BGB und der werkvertraglichen Mängelrechte in den §§ 634 ff. BGB – ist eine eindeutige Regelung nicht zu entnehmen, auch die Neuregelung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat zu keiner klaren Regelung geführt. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang nicht entschieden, die Instanzgerichte sind zu sehr unterschiedlichen Beurteilungen gekommen, in der baurechtlichen Literatur werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert.

Mit der nachfolgenden Untersuchung möchte die Verfasserin zur Klärung dieser Frage beitragen.

## **B. Ablauf der Untersuchung**

Die Arbeit beginnt im 1. Teil mit der Darstellung der gegenwärtigen Rechtlage.

Dazu wird in Kapitel 1 zunächst untersucht, welche Mangelrechte dem Besteller schon nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht der §§ 280, 281, 323 BGB zustehen. Das allgemeine Leistungsstörungsrecht ist auf Verträge jeder Art anwendbar und damit auch auf den Werkvertrag. Es findet vor Abnahme des Werkes uneingeschränkt Anwendung, nach Abnahme wird es durch die spezielleren Regelungen der werkvertraglichen Mangelrechte in den §§ 634 ff. BGB modifiziert bzw. ersetzt. Zu klären ist, ob und welche Mangelrechte dem Besteller nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht schon vor Abnahme zustehen. Zu klären ist weiter, ob diese für alle Vertragsarten geltende Regelung den Besonderheiten des Bauvertrages gerecht wird.

In Kapitel 2 werden dann die werkvertraglichen Mangelrechte der §§ 634 ff. BGB dargestellt. Zu untersuchen ist, ob der Besteller diese erst ab Abnahme oder schon von einem früheren Zeitpunkt an geltend machen kann. Dazu werden in der Rechtsprechung und der baurechtlichen Literatur sehr unterschiedliche Ansichten vertreten, die eine eingehende Auseinandersetzung erforderlich machen. Zu klären ist, ob die für alle Werkverträge geltenden Regelungen der §§ 634 ff. BGB den Besonderheiten des Bauvertrages gerecht werden und auch für die Zeit vor Abnahme interessengerechte Lösungen ermöglichen.

In Kapitel 3 soll sodann das außerordentliche Kündigungsrecht des Bestellers untersucht werden. Zwar gehört das außerordentliche Kündigungsrechts nicht zu den Mangelrechten im eigentlichen Sinne. Die Drohung mit der außerordentlichen Kündigung – für beide Parteien ultima ratio – ist aber ein in der baurechtlichen Praxis häufig gewähltes Mittel, um den Auftragnehmer zu bestimmten Reaktionen – etwa der Beseitigung gerügter Mängel – zu zwingen. Aus diesem Grunde ist im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung auch auf die Möglichkeit der Kündigung einzugehen. Dabei soll die „freie“ Kündigung nach § 649 BGB wegen ihrer nachteiligen Folgen für den Besteller vernachlässigt werden. Interessanter ist die Frage, ob und unter welchen Umständen ihm auch nach der Neuregelung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, wenn während der Herstellungsphase Mängel auftreten, deren Beseitigung der Unternehmer verweigert. Auch hier wird aber zu klären sein, ob ein außerordentliches Kündigungsrecht – wenn es denn besteht – den Besonderheiten des Bauvertrages und den berechtigten Interessen des Bestellers gerecht wird.

In Kapitel 4 werden dann die Mangelrechte untersucht, die dem Auftraggeber bei Vorliegen eines Mangels schon während der Ausführungsphase nach der VOB/B zustehen, wenn deren Geltung wirksam vereinbart ist. Die VOB/B regelt die Rechte des Auftraggebers vor Abnahme ausdrücklich in § 4 Nr. 7 VOB/B. Zu klären ist aber, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Regelung einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterliegt und ob sie ihr standhält. Zu klären ist weiter, ob die in § 4 Nr. 7 VOB/B getroffene Regelung sinnvoll und interessengerecht ist.

In Kapitel 5 folgt dann eine Zusammenfassung der Mangelrechte des Bestellers vor Abnahme nach der gegenwärtigen Rechtslage.

Im 2. Teil der Arbeit wird dann erörtert, ob und in welcher Weise die auch nach der Schuldrechtsreform noch offenen Fragen und Unklarheiten durch Änderung und Ergänzung der gesetzlichen Regelungen behoben werden könnten. Dazu werden in Kapitel 1 zunächst die bisherigen Vorschläge dargestellt. Im 2. Kapitel wird dann ein eigener Lösungsvorschlag entwickelt und ein Formulierungsvorschlag unterbereitet.

### **Teil 1: Die gegenwärtige Rechtslage**

Zunächst sollen die Mangelrechte des Bestellers vor Abnahme nach der gegenwärtigen Rechtslage dargestellt werden.

#### **1. Kapitel: Die Mangelrechte des Bestellers vor Abnahme nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht des BGB**

Das allgemeine Leistungsstörungsrecht der §§ 280, 281, 323 BGB gilt für alle Arten vor Verträgen und damit auch für den Werkvertrag. Der Gläubiger kann nach §§ 280, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Schuldner die fällige Leistung trotz Fristsetzung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt. Er kann nach § 323 Abs. 1 BGB auch vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner die fällige Leistung trotz Fristsetzung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Das gilt grundsätzlich auch für den Bauvertrag, erst vom Zeitpunkt der Abnahme an gelten die spezielleren Regelungen der §§ 634 ff. BGB.

Zu klären ist daher, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen ein Mangel im Ausführungsstadium eine Pflichtverletzung im Sinne des allgemeinen Leistungsstörungsrechts darstellt (A.), ob Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht im Werkvertragsrecht und insbesondere beim Bauvertrag schon vor Abnahme geltend gemachte werden können (B.) und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben (C.). Danach wird - wenn man all das bejaht –