Die Reform des Werkvertragsrechts vor dem Hintergrund der europäischen Richtlinie 1999/44/EG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Traudel Schmitt

aus München

Erste Berichterstatterin: Frau Prof. Dr. Maximiliane Kriechbaum

Zweiter Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Dekan: Herr Prof. Dr. Hans Heinrich Trute

Tag der mündlichen Prüfung: 31.10.2007

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2006 von der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt in ganz besonderem Maße Frau Prof. Dr. Maximiliane Kriechbaum, die diese Arbeit angeregt und mit zahlreichen wertvollen Hinweisen begleitet und gefördert hat. Trotz der vielfältigen Arbeitsbelastungen durch Dekanatsaufgaben und ihre Forschungstätigkeit hat sie mich mit ihrem wissenschaftlichen Engagement und ihrer freundlichen, einnehmenden Art stets ermutigt und unterstützt. Von ihrer scharfsinnigen und weitsichtigen Denkweise, die ich im Rahmen von rechts-geschichtlichen Seminarveranstaltungen aber auch im persönlichen Gespräch kennenlernen durfte, habe ich nicht nur für die vorliegende Arbeit viel gelernt. Dank sagen möchte ich ihr auch von ganzem Herzen für die lehrreichen Veranstaltungen zum Römischen Recht, welche mir in der Zeit der Vorbereitung auf das erste Staatsexamen eine geistige Erbauung waren und mich die Grundlagen des Bürgerlichen Gesetzbuches besser verstehen ließen. Ebenso möchte ich Herr. Prof. Dr. Basedow für die Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Abschließend möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken, die mich mein ganzes Leben lang bedingungslos und liebevoll gefördert und unterstützt haben. Ihnen soll die Arbeit gewidmet sein.

München, im August 2007
Traudel Schmitt

ÜBERSICHT

Einleitung ..... S. 1

Kapitel 1: Der Begriff des Sachmangels ..... S. 7

A. Subjektive oder objektive Bestimmung des Mangels ..... S. 7

B. Werbeangaben und andere öffentliche Äußerungen ..... S. 37

C. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik ..... S. 59

D. Die Zugesicherten Eigenschaften ..... S. 75

E. Die Herstellung eines aliud ..... S. 107

F. Die Herstellung eines minus ..... S. 123

Kapitel 2: Die Rechte des Bestellers ..... S. 141

A. Nacherfüllungsanspruch ..... S. 141

B . Selbstvornahme ..... S. 141

C. Rückgängigmachung des Vertrages ..... S. 180

D. Minderung ..... S. 234

E. Schadensersatzanspruch ..... S. 269

Kapitel 3: Die Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht ..... S. 319

Schlussbetrachtung ..... S. 355

Anhang: Überblick über die Geschichte der Schuldrechtsreform ..... S. 365

Abkürzungsverzeichnis ..... S. 373

Materialien- und Literaturverzeichnis ..... S. 382

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung ..... S. 1

Kapitel 1: Der Sachmangel ..... S. 7

A. Der Sachmangelbegriff ..... S. 7
I. Das alte Recht ..... S. 8
1. Subjektive oder objektive Bestimmung des Mangels …..... S. 9
a. Der objektive Fehlerbegriff ..... S. 9
b. Der subjektive Fehlerbegriff ..... S. 10
c. Die Rechtsprechung: Subjektiver oder objektiver Fehlerbegriff … S. 11
2. Beeinträchtigung des Wertes oder der Gebrauchsfähigkeit …..... S. 13
II. Reformbedarf ..... S. 15
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 15
2. Angleichung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 15
III. Reformprozeß ..... S. 18
1. Die Gutachten ..... S. 18
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 18
b. Das Gutachten von Basedow ..... S. 19
c. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 19
d. Das Gutachten von Huber ..... S. 20
e. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 21
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 22
3. Diskussionsentwurf und Regierungsentwurf ..... S. 23
4. Beschlüsse des 6. Ausschusses: Umsetzung von Art. 2 II d VbrKfRL S. 24
IV. Das neue Recht ..... S. 26
1. Lösung der Streitfrage nach dem Fehlerbegriff ..... S. 26
2. Neuerungen ..... S. 28
a. Bagatellegrenze ? ..... S. 30
b. Vereinbarungsgemäßes, aber funktionsuntaugliches Werk ..... S. 31
c. Berücksichtigung subjektiver Merkmale ..... S. 33
3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ? ..... S. 34
4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ? ..... S. 35
B. Werbeangaben und andere öffentliche Äußerungen …..... S. 37
I. Das alte Recht ..... S. 38
1. Werbeangaben und Fehler i.S.d. § 633 I BGB a.F. ..... S. 39

a. stillschweigende Vereinbarung ..... S. 39
b. Grundsätzlich stillschweigende Vereinbarung, ausnahmsweise Geschäftsgrundlage ..... S. 39
c. Konsequenzen für den Beispielsfall ..... S. 41
2. Werbeangaben und zugesicherte Eigenschaft ..... S. 42
a. Die Zusicherung ..... S. 42
aa. Zusicherung bei Schutzbedürftigkeit ..... S. 42
bb. Zusicherung bei qualifizierenden Umständen ..... S. 43
cc. Die Anwendung auf das Werkvertragsrecht ..... S. 45
b. Die Einbeziehung in den Vertrag ..... S. 46
c. Konsequenzen für den Beispielsfall ..... S. 47
II. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 48
III. Reformprozeß ..... S. 50
1. Die Gutachen ..... S. 50
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 50
b. Das Gutachten von Basedow ..... S. 50
2. Der Diskussions- und der Regierungsentwurf ..... S. 51
IV. Das neue Recht ..... S. 52
1. Lösung der Probleme des alten Rechts ..... S. 52
2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 54
3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 55

C. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik ..... S. 59
I. Begriffsbestimmung ..... S. 59
II. Das alte Recht ..... S. 60
1. Die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik für den werkvertraglichen Sachmangelbegriff ..... S. 60
a. Ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung …..... S. 61
b. Vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit ..... S. 61
c. Gewöhnliche Beschaffenheit ..... S. 62
aa. Nichtbeachtung der anerkannten Regeln der Technik als Fehler S. 62
bb. Abweichung vom Stand der Technik als Fehler ..... S. 63
2. Die Haftung des Unternehmers bei technischen Regeländerungen nach Abnahme der Bauleistung ..... S. 64
a. Zeitpunkt der letzten mündlichern Verhandlung ..... S. 64
b. Zeitpunkt der Abnahme ..... S. 65
c. Aufteilung nach Risikobereichen ..... S. 66

III. Reformbedarf ..... S. 67
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 67
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 67
IV. Reformprozeß ..... S. 68
1. Die Gutachten und die Entschlüsse des 55. Deutschen Juristentages S. 68
a. Das Gutachten Weyers´ ..... S. 68
b. Keilholz ..... S. 69
c. Die Beschlüsse des 55. Deutschen Juristentages ..... S. 69
2. Der Kommissions-, der Diskussions-, und der Regierungsentwurf ..... S. 70
V. Das neue Recht ..... S. 71
1. Lösung der Probleme des alten Rechts ..... S. 71
2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 72
3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 72

D. Die zugesicherten Eigenschaften ..... S. 75
I. Altes Recht ..... S. 75
1. Der zweigliedrige Sachmangelbegriff ..... S. 75
a. Der historische Gesetzgeber ..... S. 76
b. Die praktische Relevanz der zugesicherten Eigenschaft ..... S. 78
2. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft ..... S. 78
a. Der historische Gesetzgeber ..... S. 78
b. Die zugesicherte Eigenschaft als qualifizierte Zusicherung ..... S. 80
c. Die zugesicherte Eigenschaft als ernsthaftes vertragliches Versprechen ..... S. 80
aa. Beschaffenheitsvereinbarung ausreichend ..... S. 81
bb. Für den Unternehmer erkennbare Bedeutung der Einhaltung der Leistungsbeschreibung erforderlich ..... S. 82
3. Die Abgrenzung zwischen Fehler und zugesicherter Eigenschaft ….. S. 83
4. Die unselbständige und die selbständige Garantie ..... S. 84
5. Haftungsausschluß ..... S. 86
II. Reformbedarf ..... S. 87
1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 87
2. Reformbedarf in der Sache ..... S. 87
III. Reformprozeß ..... S. 89
1. Die Gutachten ..... S. 89
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 89
b. Das Gutachten von Basedow ..... S. 90

c. Das Gutachten von Huber ..... S. 90
d. Das Gutachten Teichmanns ..... S. 91
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 91
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 93
4. Der Regierungsentwurf ..... S. 95
5. Die Beschlüsse des Rechtsausschusses ..... S. 96
6. Nachträgliche Änderung durch das Fernabsatzgesetz ..... S. 96
IV. Das neue Recht ..... S. 83
1. Neuerungen: Einheitlicher Sachmangelbegriff ..... S. 98
2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 103
3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 103

E. Die Herstellung eines aliud

I. Das alte Recht ..... S. 107
1. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen aliud und peius ..... S. 107
2. Der Begriff des aliud im Werkvertragsrecht ..... S. 107
a. Die Rechtssprechung ..... S. 109
aa. Das Reichsgericht ..... S. 109
bb. Der BGH ..... S. 109
b. Die Literatur ..... S. 110
aa. Aliud als gegenständliche Abweichung ..... S. 110
bb. Aliud als Unerreichbarkeit des Vertragszweckes ..... S. 111
cc. Aliud als unheilbar mangelhaftes Werk ..... S. 111
II. Reformbedarf ..... S. 113
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 113
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 113
III. Reformprozeß ..... S. 115
1. Die Gutachten ..... S. 115
a. Das Gutachten von Basedow ..... S. 115
b. Das Gutachten von Huber ..... S. 115
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 116
2. Der Diskussionsentwurf ..... S. 117
3. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf ..... S. 118
IV. Das neue Recht ..... S. 119
1. Neuerungen: Gleichstellung von Sachmangel und aliud ..... S. 119
2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 120
3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 120

F. Die Herstellung eines minus ..... S. 123

I. Altes Recht ..... S. 123

1. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen aliud und peius ..... S. 123
2. Der Begriff des minus im Werkvertragsrecht ..... S. 123

a. Die Rechtsprechung ..... S. 125

b. Die Literatur ..... S. 127

aa. Minus als in Zahl und Ausdehnung beendeter, aber mengenmäßig unzureichende Ausführung …… S. 128

bb. Minus als quantitative Abweichung mit Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit ..... S. 128

cc. Minus bei vertraglicher Vereinbarung der Quantitätsangabe S. 128

3. Die Rechtslage bei Annahme der Teilleistung ..... S. 129

a. Das Reichsgericht ..... S. 129

b. Der BGH ..... S. 129

II. Reformbedarf ..... S. 131

1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 131
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 131

III. Reformprozeß ..... S. 132

1. Die Gutachten ..... S. 132

a. Das Gutachten von Basedow ..... S. 132

b. Das Gutachten von Huber ..... S. 132

2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 133
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 133
3. Der konsolidierte Diskussionsentwurf ..... S. 134

IV. Das neue Recht ..... S. 135

1. Beibehaltung der bisherigen Rechtslage ..... S. 135
2. Gelöste Probleme ..... S. 137
3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 138
4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 138

Kapitel 2: Die Rechte des Bestellers S.141

A. Der Nacherfüllungsanspruch ..... S. 142

I. Das alte Recht ..... S. 142

1. Der Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruchs ..... S. 142

a. Der historische Gesetzgeber von1900 ..... S. 143

b. Neuherstellung bis zur Herstellung des Werkes ..... S. 143

c. Neuherstellung bis zur Abnahme ..... S. 144
d. Neuherstellung auch nach Abnahme ..... S. 145
2. Die systematische Einordnung und die Voraussetzungen ..... S. 146
3. Wahlrecht zwischen Neuherstellung und Nachbesserung ..... S. 148
a. Wahlrecht des Bestellers ..... S. 148
b. Wahlrecht des Unternehmers ..... S. 118
3. Die Kosten der Nachbesserung ..... S. 149
4. Die Einwendungen gegen den Nachbesserungsanspruch ..... S. 150
II. Reformbedarf ..... S. 153
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 153
1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 157
III. Reformprozeß ..... S. 157
1. Die Gutachten ..... S. 157
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 157
b. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 158
c. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 159
d. Das Gutachten von Basedow ..... S. 160
e. Das Gutachten von Huber ..... S. 161
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 161
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 164
4. Der Regierungsentwurf ..... S. 166
5. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 168
IV. Das neue Recht ..... S. 170
1. Beibehaltung der alten Rechtslage ..... S. 170
2. Klärung von Streitfragen des alten Rechts ..... S. 172
3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 174
4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 175

B. Das Selbstvornahmerecht ..... S. 180
I. Das alte Recht ..... S. 180
1. Die systematische Einordnung ..... S. 180
2. Die Voraussetzungen ..... S. 180
a. Durchsetzbarkeit, Fälligkeit, Mahnung und Verschulden ... S. 180
b. Fristsetzung ? ..... S. 181
aa. Fristsetzung ..... S. 181
bb. Keine Fristsetzung ..... S. 181
cc. Keine Fristsetzung, aber Berücksichtigung im Verschulden S. 183

3. Vorschuß der erforderlichen Aufwendungen ? ..... S. 183
a. Kostenvorschuß ..... S. 183
b. Kein Kostenvorschuß ..... S. 184
II. Reformbedarf ..... S. 186
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 186
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 186
III. Reformprozeß ..... S. 187
1. Die Gutachten ..... S. 187
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 188
b. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 188
c. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 189
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 189
2. Der Diskussions- und der Regierungsentwurf ..... S. 192
3. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 192
IV. Das neue Recht S.193
1. Neuerungen ..... S. 193
2 Klärung von Streifragen des alten Rechts ..... S. 194
3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 194
4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 195

C. Die Rückgängigmachung des Vertrages ..... S. 198
I. Das alte Recht ..... S. 198
1. Ausschluß des Instituts der Wandelung beim Werkvertrag ? .... S. 198
a. Kein Ausschluß der Wandelung ..... S. 200
b. Ausschluß der Wandelung ..... S. 200
c. Ausschluß der Wandelung im Einzelfall ..... S. 201
2. Eigenständigkeit des Instituts der „Wandelung“ ..... S. 201
3. Die Voraussetzungen ..... S. 201
4. Rechtstechnische Ausgestaltung der Wandelung ..... S. 203
a. Die strenge Vertragstheorie ..... S. 203
b. Die Herstellungstheorie ..... S. 204
c. Die modifizierte Vertragstheorie ..... S. 205
d. Die Rechtssprechung ..... S. 164
5. Rechtsfolgen der Wandelung ..... S. 206
a. Das Erlöschen des Nacherfüllungsanspruches und des ius variandi ..... S. 206
b. Wertersatz bei Verbleib des Werkes beim Besteller ..... S. 206

aa. Die Anspruchsgrundlage des Wertersatzanspruches ..... S. 207
bb. Der Maßstab für die Bemessung des Wertersatzes ..... S. 208
c. Bestehen eines Beseitigungsanspruches ..... S. 209
d. Erstattung der Vertragskosten ..... S. 210
II. Reformbedarf ..... S. 211
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 211
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 211
III. Reformprozeß ..... S. 213
1. Die Gutachten ..... S. 213
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 213
b. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 214
c. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 215
d. Das Gutachten von Basedow ..... S. 216
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 217
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 221
4. Der konsolidierte Diskussionsentwurf ..... S. 222
4. Der Regierungsentwurf und die Beschlüsse des 6 Ausschusses .... S. 223
IV. Das neue Recht …..... S. 225
1. Neuerungen ..... S. 225
2. Beibehaltung der alten Rechtslage ..... S. 225
3. Klärung von Streitfragen des alten Rechts ..... S. 227
4. Fortbestehende Probleme des alten Rechts ..... S. 228
5. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 229
6. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 230

D. Die Minderung ..... S. 234
I. Das alte Recht ..... S. 234
1. Die Voraussetzungen ..... S. 234
2. Die Durchführung der Minderung ..... S. 234
a. Die Minderung als Anspruch auf Minderung ..... S. 235
b. Die Durchführung der Minderung bei Beteiligung mehrerer Personen ..... S. 236
. Die Rechtsgrundlage für den Rückzahlungsanspruch ..... S. 236
4. Die Berechnung der Minderung ..... S. 237
a. Die relative Berechnungsmethode ..... S. 237
b. Die Ermittlung des Sollwertes ..... S. 238
aa. Probleme bei der Ermittlung des Sollwertes ..... S. 238

bb. Der vereinbarte Werklohn als Sollwert ..... S. 239
α. Der vereinbarte Werklohn als Sollwert ? ..... S. 239
β. Gleichsetzung nur im Einzelfall ..... S. 240
cc. Die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen und Erwartungen ..... S. 241
α. Unbeachtlichkeit subjektiver Vorstellungen ..... S. 241
β. Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen ..... S. 241
c. Die Ermittlung des realen Wertes ..... S. 241
aa. Probleme bei der Ermittlung des realen Wertes ..... S. 241
bb. Die Berücksichtigung der Kosten der Nachbesserung ..... S. 242
cc. Richterliche Schätzung ..... S. 243
d. Der Zeitpunkt der Wertbestimmung ..... S. 244
aa. Zeitpunkt des Vertragsschlusses ..... S. 244
bb. Zeitpunkt der Abnahme ..... S. 245
cc. Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Abnahme ..... S. 246
e. Die Mitverursachung des Mangels ..... S. 246
aa. § 254 BGB a.F. analog ..... S. 246
bb. Die Berechnung der Minderung ..... S. 247
II. Reformbedarf ..... S. 248
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 248
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 248
III. Reformprozeß ..... S. 250
1. Die Gutachten ..... S. 250
a. Das Gutachten von Weyers ..... S. 250
b. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 250
c. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 251
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 251
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 256
4. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 259
a. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf ..... S. 259
b. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 260
IV. Das neue Recht ..... S. 262
1. Neuerungen ..... S. 262
2. Klärung von Streitfragen des alten Schuldrechts ..... S. 262
3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 265
4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 266

E. Der Schadensersatzanspruch

I. Das alte Recht ..... S. 269

1. Die Alternativität von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz …… S. 269
   a. Der historische Gesetzgeber von 1900: Elektive Konkurrenz S. 269
   b. Elektive Konkurrenz ..... S. 270
   c. Kumulation im Einzelfall ..... S. 271
   d. Kumulation von Wandelung und Minderung ..... S. 272
   e. In der Regel Kumulation von Wandelung und Minderung ..... S. 273
2. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches ..... S. 273
   a. Die Erheblichkeit des Mangels ? ..... S. 273
      aa. Erheblichkeit des Mangels erforderlich ..... S. 274
      bb. Erheblichkeit des Mangels unbeachtlich ..... S. 274
   b. Fristsetzung ? ..... S. 274
      aa. Keine Fristsetzung ..... S. 274
      bb. Fristsetzung ..... S. 275
   c. Die Beweislast bezüglich des Verschuldens ..... S. 275
      aa. Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen ..... S. 276
      bb. Beweislast des Unternehmers ..... S. 276
3. Der Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F.. ..... S. 277
   a. Der historische Gesetzgeber von 1900: alle Schäden ..... S. 278
   b. Die Rechtsprechung …..... S. 278
      aa. Die ältere Rechtsprechung : Mangelschaden ..... S. 278
      cc. Die jüngere Rechtsprechung: Mangel- und Mangelfolgeschaden …… S. 279
      cc. Die Literaturansicht ..... S. 282
         α. Unmittelbar dem Objekt anhaftender Mangelschaden S. 282
         β. Alle Schäden S.282
         γ. Mangel- und enge Mangelfolgeschaden ..... S. 283
         δ. Mangelschaden aus dem Gebrauch des Werkes ..... S. 283
         ε. Schaden mit Bezug zum vertraglichen Synallagma .... S. 284
         η. Differenzierung nach Werkvertragstypen ..... S. 285
4. Das Verhältnis zu deliktischen Ansprüchen ..... S. 286
   a. Die mangelhafte Bearbeitung von Sachen des Bestellers ..... S. 286
      aa. Vorrang des vertraglichen Schadenersatzanspruches ..... S. 287
      bb. Nebeneinander von vertraglichen und deliktischen Schadens-

ersatzansprüchen ..... S. 287
b. Der Weiterfresser-Schaden ..... S. 287
aa. Rechtssprechung: Keine deliktischen Ansprüche ..... S. 288
bb. Die Literaturansicht ..... S. 289
α. Keine delitkitschen Ansprüche ..... S. 289
β. Bestehen von delitkischen Ansprüchen ..... S. 243
II. Reformbedarf ..... S. 290
1. Reformbedarf in der Sache ..... S. 290
2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 290
III. Reformprozeß ..... S. 292
1. Die Gutachten ..... S. 292
a. Das Gutachten von Peters und Zimmermann ..... S. 292
b. Das Gutachten von Weyers ..... S. 294
c. Das Gutachten von Huber ..... S. 297
d. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 298
e. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 299
2. Der Kommissionsentwurf ..... S. 301
3. Der Diskussionsentwurf ..... S. 305
4. Der Regierungsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 306
IV. Das neues Recht ..... S. 308
1. Neuerungen ..... S. 308
2. Lösung von Streitfragen des alten Rechts ..... S. 314
3. Fortbestehende Probleme des alten Rechts ..... S. 310
4. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 313
5. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 313

Kapitel 3: Die Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht ..... S. 321
A. Das alte Recht ..... S. 321
I. Die Grenzfälle zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht ..... S. 321
1. Das System des § 651 BGB a.F. ..... S. 321
2. Die Durchbrechung des Systems des § 651 BGB a.F. ..... S. 323
a. Der Kaufvertrag mit Montageverpflichtung ..... S. 324
b. Die Veräußerung von Grundstücken mit Neubauten ..... S. 326
II. Probleme bei der Bestimmung des Begriffes der „Zutaten“ und „sonstige Nebensachen“ i.S.d. § 651 II BGB a.F. ..... S. 328
III. Eigenständiger Vertragstypus Werklieferungsvertrag ? ..... S. 330
III. Die Verursachung des Mangels durch den vom Besteller gelieferten Stoff ... S. 331

B. Reformbedarf ..... S. 333
I. Reformbedarf in der Sache ..... S. 333
II. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ..... S. 333
C. Reformprozeß ..... S. 337
I. Die Gutachten ..... S. 337
1. Das Gutachten von Weyers ..... S. 337
2. Das Gutachten von Keilholz ..... S. 338
3. Das Gutachten von Teichmann ..... S. 338
II. Der Kommissionsentwurf ..... S. 339
III. Der Diskussionsentwurf ..... S. 340
IV. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf, der Regierungsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses ..... S. 343
D. Das neue Recht ..... S. 345
I. Neuerungen. ..... S. 345
II. Beibehaltung der alten Rechtslage ..... S. 347
III. Fortbestehende Probleme des alten Rechts ..... S. 349
IV. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung? ..... S. 351
V. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts? ..... S. 352
Schlußbetrachtung ..... S. 355
A. Behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel? ..... S. 356
B. Vereinfachung der Rechtsanwendung? ..... S. 360
C. Stimmigkeit des neuen Rechts in seiner Gesamtkonzeption ..... S. 361

Anhang: Überblick über die Geschichte der Schuldrechtsreform ..... S. 296
Abkürzungsverzeichnis ..... S. 304
Materialien- und Literaturverzeichnis ..... S. 310

Einleitung

Der Gesetzgeber hat zum 1. Januar 2002 das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das über mehr als 100 Jahre weitgehend unverändert geblieben war, grundlegend umgestaltet. Dabei wurde auch das Werkvertragsrecht einer umfassenden Überarbeitung unterzogen, die zum einen durch das Bemühen motiviert war, die vielfältigen Probleme und Streitigkeiten des alten Rechts zu beheben und damit zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung beizutragen, zum anderen aber auch die teils systemfremden[1] Vorgaben der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen hatte. Folglich führte die Reform nicht nur zur klärenden Fortschreibung der Rechtstradition, sondern auch zu Brüchen mit dem bisherigen System des Schuldrechts bzw. zu Neuorientierungen, die auf den ersten Eindruck den Anschein eines Bruches erwecken. Diese Entwicklungslinien und Brüche aufzuzeigen, die Ursachen, Kräfte und Gedanken, welche die Entwicklung des Rechts beeinflußt haben, aufzudecken, setzt sich die vorliegende Arbeit zum Ziel. Sie versteht sich als eine den Reformprozeß nachvollziehende grundlegende Bemühung, einen Beitrag zu einem besseren Verständnis des novellierten Werkvertragsrechts zu leisten, sie „erläutert das neue aus der geschichte des alten“[2]. Denn ein „Gesetz wird in einer bestimmten Zeit einem bestimmten Volke gegeben, man muß also die historischen Bestimmungen wissen, um den Gedanken des Gesetzes wissen zu können. Die Darstellung desselben ist nur durch historische Darstellung des Moments möglich, worin das Gesetz fällt.“[3] Nur die „zuverlässige Kenntnis der Grundkräfte der Rechtsentwicklung in der Vergangenheit gibt das Rüstzeug für eine Mitarbeit an der Ausgestaltung unseres Gegenwartsrechtes. Damit weist aber die rechtsgeschichtliche Arbeit in die Zukunft.“[4]

---

[1] D.h. Rechtsfiguren und Rechtsgedanken, die dem in der Tradition des römischen Rechtes stehenden alten Schuldrecht fremd sind.

[2] Jacob Grimm, Vorrede zu den „Deutschen Rechtsaltertümern“ VII

[3] Savigny, „Juristische Methodologie“ nach der Ausarbeitung Jakob Grimms, in: Mazzacane (Hrsg.), Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie, S. 144

[4] Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, S. XV f.; Hiermit soll keineswegs eine generelle Aussage über die Legitimierung der Disziplin „Rechtsgeschichte“ getroffen werden. Zu den hier im Wesentlichen vertretenen Ansätzen der evolutionstheoretischen

Im Zentrum der Bearbeitung soll daher eine Untersuchung der Situation stehen, in der die einzelnen Normen des neuen Werkvertragsrechts aufgestellt wurden. In einem *ersten Schritt* wird in den jeweiligen Unterkapiteln die Rechtslage betrachtet, die das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ändern wollte, mithin ist nach den Problemen, Mängeln und Streitständen zu fragen, die im Zusammenhang mit den Normen des alten Werkvertragsrechts bestanden.

Da ein grundlegendes Verständnis des neuen Rechts aber auch das Wissen um die Gründe für die Änderung des alten Rechts voraussetzt, sollen in einem *zweiten Schritt* die Motive für die Reform des Werkvertragsrechts untersucht werden. Anlaß für die Reform wurde, wie bereits angeführt, in zweifacher Hinsicht gesehen: Zum einen wies das alte Werkvertragsrecht gewisse Schwächen auf, welche die Rechtsanwendung erschwerten; sie erklären sich mitunter daraus, daß es dem Werkvertrag, wie er von den Vätern des BGB geschaffen wurde, an historischen Vorbildern fehlte.[5] Hierbei herrschte trotz der Vielzahl der Problemfelder und der diesbezüglich geäußerten Kritik seitens der Literatur keineswegs Einigkeit, ob diese einer Lösung durch den Gesetzgeber zuzuführen seien,[6] und

---

Legitimation (Rechtsgeschichte ist notwendig zum Verständnis der geltenden Rechtsordnung) und der modelltheoretischen Legitimation (Rechtsgeschichte kann wegen der Wiederkehr der Rechtsfiguren Modelle rechtlicher Regelung bereitstellen) vgl. Landau, ZNR 1980, S. 117 (118f.). Unbestritten wird wohl sein, daß die rechtshistorische Betrachtung zumindest *auch* Erkenntnisse über das gegenwärtige Recht vermitteln kann (so auch Landau, ZNR 1980, S. 117 (118)).

[5] Das klassische römische Recht kannte keinen eigenständigen Vertragstypus „Werkvertrag“, sondern faßte diesen mit dem Dienst- und Mietvertrag unter der *locatio conductio* zusammen (Kaser, RPR, S. 200; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, S. 322 ff.). Diesem Vorbild folgend sah auch die Pandektistik den Werkvertrag als unselbständige Form der „Dienstmiete“ an („Ein besonderer Fall der Dienstmiete ist der, wo der Vertrag nicht [...] auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist (Windscheid/Knipp, § 399, S. 719; ferner: § 401 S. 744 ff.). Lediglich das PrALR (I 11 §§ 925 bis 980) und der Dresdner Entwurf (Art. 634 bis 655) enthielten eigenständige Regelungen zum Werkvertrag. Die Väter des BGB schufen damit ein akademisches Konstrukt, das sich erst in der Praxis bewähren mußte und es zwangsläufig mit sich brachte, daß zum einen manche Regelungen den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht wurden, zum anderen aber auch erforderliche Festlegungen fehlten. Dem hat die Rechtsprechung durch zahlreiche Entscheidungen in rechtsfortbildender Weise Rechnung getragen.

[6] Grundsätzlich dafür beispielsweise: Medicus, in: Schuldrechtsreform vor Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 33 (37 f.); Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform vor Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 109 (110), Weiß, in: Ernst/ Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 25 (26); Kötz, in: 60. DJT/II/1, S. K 9 (K 10)

bejahendenfalls, in welchem Umfang eine Reform erforderlich sei.[7]

Zum anderen mußte die am 25.5.1999 vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union erlassene europäische Richtlinie 1999/44/EG „zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter", welche die Verbraucherrechte bei Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware europaweit vereinheitlichen sollte, bis zum 31.12.2001 in nationales Recht transformiert werden. Zwar gilt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nach deren Art. 1 IV unmittelbar nur für Kaufverträge und für solche Verträge, welche die Lieferung noch herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter betreffen[8] und zwar nach deren Wortlaut unabhängig davon, ob der Unternehmer oder der Besteller den Stoff liefert[9] – mithin einen Unterfall des in § 651 BGB a.F. geregelten Werklieferungsvertrages, der im neuen Recht dem Kaufrecht[10] zugeordnet wird, § 651 BGB n.F.[11] Werkverträge im eigentlichen Sinne (Verträge über die Bearbeitung von dem Besteller gehörenden Sachen,

---

[7] Hierbei wurden im wesentlichen zwei Ansätze vertreten: eine umfassende Reform des Werkvertragsrechts („große Lösung", so Roth, JZ 2001, S. 543 (544)) und eine auf den Werklieferungsvertrag, der unstreitig in den Anwendungsbereich der Verbrauchgüterkaufrichtlinie fällt (s.S. 3 sowie Fn. 6 f.), beschränkte Reform („kleine Lösung", so Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410 (1410 f.); Ernst/Gsell, ZIP 2000, S. 1812 (1816); Ernst ZRP 2001, S. 1 ff.; ähnlich Wetzel ZRP 2001, S. 117 (118 f.)). Der Gesetzgeber entschied sich letztlich für die „große Lösung". Er hat den Werkvertrag im eigentlichen Sinne in die Schuldrechtsreform miteinbezogen und Kauf- und Werkvertragsrecht weitgehend synchronisiert (Matthiessen/Lindner NJ 1999, S. 617 (620)

[8] Unstreitig ist von der Richtlinie der Fall der *Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff erfaßt* (so einhellige Meinung der in Fn. 9 aufgeführten Literatur).

[9] ebenso: f*ür die Einbeziehung von Werkverträgen, die auf Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen aus einem vom Besteller gelieferten Stoff gerichtet sind (Verbrauchsgüterwerkverträge):* Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, S. 1639 (1639); Hänlein, DB 1999, S. 1641 (1642); Ehmann/Rust, JZ 1999, S. 853 (856); Roth, JZ 2001, S.543 (546); Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 251 (259); Medicus, in: Grundmann /Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 219 (230); *gegen die Einbeziehung dieser Fallgruppe:* Ernst/Gsell ZIP 2000, 1410 (1410 f.); Staudenmayer, NJW 1999, S. 2393 (2394); Matthiessen/Lindner, NJ 1999, S. 617 (618); Schurr, ZfRV 1999, 222 (224); Micklitz, EuZW 1999, S. 485 (486); Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, S. 1829; Zerres, JA 2002, S. 166 (169); Brüggemeier, JZ 2000, S. 529 (530 Fn. 11); wohl auch: Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 20 f. „Werkleistungen [Anm.: sollen] nur insoweit von der Richtlinie erfaßt sein [...], als sie das grundsätzliche Gepräge der Vereinbarung als Warenumsatzgeschäft unberührt lassen."

[10] Bei der Herstellung unvertretbarer Sachen gilt ausschließlich Kaufrecht, bei derjenigen von vertretbaren Sachen gilt kaufrechtliches Gewährleistungsrecht geringfügig ergänzt durch werkvertragliche Normen, § 651 BGB n.F.

[11] Zu der im alten Recht bestehenden Diskussion über den Begriff „Werklieferungsvertrag" (s.S. 274)

über unkörperliche Werke sowie die Herstellung unbeweglicher Sachen) fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.[12] Da das Kaufrecht jedoch – zumindest im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs – den Richtlinienvorgaben angepaßt werden mußte und zugleich eine Vereinheitlichung der Gewährleistungsvorschriften von Kauf- und Werkvertragsrecht wegen sonst auftretender Systembrüche und Wertungswidersprüche angestrebt wurde[13], sah der Gesetzgeber eine umfassende Angleichung des Werkvertragsrechts an die Richtlinienvorgaben als erforderlich an. Die Richtlinie entfaltete insoweit „Fernwirkung“[14], wenngleich ein europarechtlich zwingender Umsetzungsbedarf nicht bestand.[15]

In einem *dritten und vierten Schritt* soll die Genese der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Normen bis hin zum neuen Recht beleuchtet werden. Es

---

[12] einhellige Meinung der in Fn. 9 aufgeführten Literatur – mit einer Ausnahme von Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 15 ff.: Sie geht davon aus, daß Art. 1 IV VbrKfRL auch Werkverträge über die *Veränderung von dem Besteller gehörenden Sachen wie z.B. die Reparatur* erfaßt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß eine Neuherstellung vom Wortlaut der Richtlinie nicht gefordert werde. Auch könnten Veränderungen bereits bestehender Sachen wegen hohen Arbeitsaufwandes oder wegen Ersatz- bzw. Einbauteilen so weit reichen, daß die Ausgangssache gegenüber dem Werk zurücktrete und von einer neuen Sache gesprochen werden müsse. Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen: Der Wortlaut von Art. 1 IV VbrKfRL „herzustellende“ oder „zu erzeugende Verbrauchsgüter“ spricht dafür, daß ein vorher nicht existierendes Verbrauchsgut geschaffen wird. Das Flicken eines Fahrradreifens z.B. durch eine Fahrradwerkstatt kann nicht als „Herstellung“ oder „Erzeugung“ des Fahrrades interpretiert werden. Nur der Fall der Lieferung der noch herzustellenden Sache gleicht dem im Mittelpunkt der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stehenden „Kaufvertrag“ (Lieferung der bereits hergestellten Sache). Ebenso deutet darauf die ursprüngliche Intention des europäischen Normengebers hin: In der Stellungnahme zum Grünbuch über Verbrauchergarantien und Kundendienste führte der Wirtschafts- und Sozialausschuß aus, Ziel sei es, „grenzüberschreitende Käufe“ (Abl. EG 1994/C 295 vom 22.10.1994, S. 14 (14)) zu erleichtern. „Aus einer Erhebung der Kommission geht hervor, daß 59 % der potentiellen Käufer davor zurückschrecken, ihren Kauf in einem anderen Mitgliedstaat zu tätigen, was das gegenwärtige Vorhaben auf rechtlicher Ebene rechtfertigt.“ (Abl. EG 1994/C 295 vom 22.10.1994, S. 14 (15)). Schließlich stellte auch das Europäische Parlament in seiner Entschließung zum Grünbuch klar, daß Kundendienstleistungen nur insofern sie ein „wesentlicher Teil des Kaufgeschäfts“ sind, vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfaßt werden. (Abl. EG 1994/C 205 vom 25.7.1994, S. 562 (565)). Das ursprüngliche Vorhaben, auch Kundendienstleistungen umfassend zu regeln, wurde fallengelassen. Dies verdeutlicht zugleich der Titel der Richtlinie: Statt ursprünglich „Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst“ lautet er nur noch „Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“.

[13] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 33; DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 66; RA, Canaris Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1116 ff. zu §§ 633 II S. 2 BGB-RA, 634 a V BGB-RA, 638 III BGB-RA

[14] Der Begriff der „Fernwirkung“ stammt von Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 219 (221, 230).

[15] Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 219 (221)

soll aufgezeigt werden, wo die Schwerpunkte der sich über mehr als 20 Jahre hinziehenden Reformbemühungen lagen und welche der Rechtsansichten sich im neuen Gesetzeswortlaut durchsetzen konnten. Hierbei sind die verschiedenen Stufen der Reformbemühungen[16] zu betrachten: Ausgehend von den im Rahmen der Vorprüfung der Schuldrechtsreform vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen *Gutachten*, von denen insbesondere diejenigen von Jürgen Basedow, „Die Reform des deutschen Kaufrechts“[17], Ulrich Huber, „Leistungsstörungen“[18], Hans-Leo Weyers, „Werkvertrag“[19], und von Kurt Keilholz, „Baurecht“[20], für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind, ist die Entwicklung über die verschiedenen Gesetzesentwürfe[21] bis hin zu der letztlich am 11.10.2001 im Bundestag verabschiedeten Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nachzuvollziehen.

Darüber hinaus soll in einem *vierten Schritt* zum einen der Frage nachgegangen werden, ob es der Schuldrechtsreform - gemessen an ihrer Zielsetzung der Vereinfachung der Rechtsanwendung[22] - gelungen ist, die Probleme des alten Rechts zu beheben sowie ob und inwiefern sich gerade

---

[16] Zu der Historie der Schuldrechtsreform vergleiche den Überblick im Anhang der Arbeit (S. 302 ff.).

[17] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts

[18] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 - 909

[19] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 - 1207

[20] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 - 333

[21] **K*ommissionsentwurf*** (KE), Abschlußbericht der Kommission S. 42 ff.; ***Disskussionsentwurf*** (DiskE), in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 3 - 347; ***Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes*** (KonDiskE), in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 349; ***Neufassung des Diskussionsentwurfes eines Schulcrechtsmodernisierungsgesetzes Verjährungsrecht*** *(NeuFDiskVR)*, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 421 – 425; ***Regierungsentwurf*** *(RE)*, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 429 – 565; Begründung des RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 569 – 934 [BT-Drucks 14/6857 = BR-Drucks 338/01]; ***Stellungnahme des Bundesrates***, StellBR, in: Canaris, Schuldrechtsmoderni-sierung 2002, S. 935 – 993 [BR-Drucks 338/01 = BT-Drucks 14/ 6857, 6 (Anlage 2)]; ***Gegenäußerung der Bundesregierung*** (GÄBReg), Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 995 – 1049 [BT-Drucks 14/6857 (Anlage 3)][BT-Drucks. 14/6857, 42 (Anlage 3)]; ***Bericht des Rechtsausschusses***, RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1051 – 1127 [BT-Drucks 14/7052]

[22] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 71 ff.: Kritisiert werden insbesondere die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Schadensersatzansprüchen aus pVV und werkvertraglichem Gewährleistungsrecht, „die in der gerichtlichen Praxis zu mancherlei Unklarheiten und Ungereimtheiten geführt hat“ sowie die fehlende „Verzahnung“ und Abstimmung von den in der Tradition des römischen Rechts stehenden § 633 ff. BGB a.F. und dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht.

aus den neuen Vorschriften und der Beseitigung von Differenzierungen des alten Rechts neue Probleme ergeben; mithin ist zu klären, ob die Reform auch in *praktischer* Hinsicht einen Fortschritt bedeutet. Zum anderen soll untersucht werden, ob das neue Recht eine „*behutsame Weiterentwicklung*“ des Bestehenden oder einen *Systemwechsel* darstellt,[23] d.h. ob und gegebenenfalls in welcher Weise das neue Recht die unterschiedlichen Konzeptionen des alten Rechts, der Gutachten und Gesetzesentwürfe kombiniert und ob gegebenenfalls einer bestimmten Gesamtkonzeption gefolgt wird. Hierbei soll insbesondere auch nach den „Arten“ von Begründungen gefragt werden, die die in den Gutachten und Entwürfen getroffenen und ins neue Recht übernommenen Entscheidungen tragen. Da bekanntlich pragmatische Gesetzeslösungen nicht immer zugleich auch rechtspolitisch und dogmatisch schlüssig sind, ist schließlich die *Stimmigkeit* der alten und neuen Lösungen in ihrer Gesamtkonzeption zu prüfen

Der genannten Vierteilung folgend behandelt die vorliegende Arbeit – ihrem Anliegen einer grundlegenden Darstellung entsprechend – die wesentlichen Themen der Schuldrechtsreform, nämlich die zentrale Voraussetzung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts „Sachmangel“ (Kapitel 2), die verschiedenen Rechtsfolgen (Kapitel 3) und die Frage der Anwendung von Kauf- und Werkvertragsrecht (Kapitel 4).

[23] so auch die Fragestellung von Medicus, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 61 (61)

Kapitel 2

Der Sachmangel

A. Der Sachmangelbegriff

Entscheidend für die Definition des Sachmangels ist die Frage, wie die Sollbeschaffenheit des Werkes zu bestimmen ist. Hierbei stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen: Es kann ein objektiver, an allgemeinen Qualitätsstandards ausgerichteter oder ein subjektiver, an den diesbezüglich getroffenen Parteivereinbarungen orientierter Maßstab zugrundegelegt werden. Im alten Recht war diese Frage äußerst umstritten und wurde insbesondere in der Rechtssprechung uneinheitlich bewertet (dazu I.1.). Da die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenso von dem subjektiven Fehlerbegriff ausging und diese im Werkvertragsrecht Fernwirkung entfaltete (dazu II.2.), zeichnete sich in der Schuldrechtsreform eine eindeutige Tendenz zugunsten des subjektiven Fehlerbegriffes ab (dazu III.), welchen letztlich der Gesetzgeber in das neue Recht übernommen hat (dazu IV.1.). Gleichzeitig führte gerade die legislatorische Festschreibung des Mangelbegriffes aber auch zu neuen Schwierigkeiten (dazu IV.2.).

I. Das alte Recht

Das Werkvertragsrecht in seiner alten Fassung differenzierte ebenso wie das Kaufrecht (§ 459 BGB a.F.) innerhalb des Oberbegriffs des Sachmangels zwischen Fehler und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 633 I BGB a.F.). Während Einigkeit darüber bestand, daß sich der Inhalt der Zusicherung nur anhand der Parteivereinbarungen feststellen läßt, war umstritten, ob der Fehlerbegriff subjektiv oder objektiv zu bestimmen sei.

Geführt wurde dieser Streit *in der Literatur* jedoch nicht primär innerhalb des Werkvertragsrechts, sondern im Kaufrecht im Rahmen des § 459 I BGB a.F. Dies erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des Fehlerbegriffs beim Werkvertrag. Da das gemeine Recht keinen eigenständigen Fehlerbegriff des Werkvertrages (locatio conductio operis) kannte (s.S. 2, Fn. 5) gaben die Verfasser des BGB zwecks Klarheit des Gesetzes den Mängeln des Werkes (§ 633 I BGB a.F.) begrifflich denselben Inhalt wie

im Kaufrecht (§ 459 I, II BGB a.F.).[24] Damit wurde von der Literatur überwiegend der Inhalt des Fehlerbegriffs im Kaufrecht für das Werkvertragsrecht übernommen (s.S. 10 f.).[25] Dagegen wandte die *Rechtsprechung* im Werkvertragsrecht einen eigenständigen Fehlerbegriff an (s.S.11 f.).

1. Subjektive oder objektive Bestimmung des Sachmangels

a. Der objektive Fehlerbegriff

Nach der Theorie des objektiven Fehlerbegriffs war ein Fehler eine für den Besteller ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der *normalen* Beschaffenheit. Hierbei wurde die normale Beschaffenheit als eine solche angesehen, die der Kaufsache bzw. dem Werk der jeweiligen Gattung typischerweise zukommt.[26] Entscheidend für den objektiven Fehlerbegriff war daher, wie die Gattung zu ermitteln sei, auf deren normale Beschaffenheit abzustellen war. Beim Kaufvertrag kam es auf die spezielle Gattung an, der die Sache angehört, also der Typ, das Modell, die Sorte, die Ware mit einer bestimmten Bestell- oder Katalognummer.[27] Auch beim Werkvertrag war aufgrund der fortschreitenden Spezialisierung der menschlichen Arbeitsproduktion eine Unterteilung in spezielle Unterkategorien erforderlich. Was innerhalb der solchermaßen konkretisierten Gattung typischerweise dem Werk zukomme, bestimme sich unter anderem nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik[28], nach der Verkehrsanschauung oder den DIN-Normen.[29]

Folglich wurden vom objektiven Fehlerbegriff nur *objektiv* zu bestimmende *Qualitätsabweichungen innerhalb derselben Gattung* erfaßt.

---

[24] Motive II, § 568, S. 478;

[25] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 17; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 16; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 23; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 7; Palandt/Sprau (60 Aufl.), § 633 Rn. 2

[26] Haymann, FG RG, S. 317 (318 ff.); Knöpfle, Fehler beim Kauf, S. 272 ff.; ders., JZ 1978, S,. 121 (127); ders., AcP 1980, S. 462 (484); Fabricius, JuS 1964, S. 1 ff.

[27] Knöpfle, AcP 180, (1980), S. 462 (486 f.); Nach anderer Ansicht (Fabricius, JuS 1964 S. 1 (11)) war *die im Kaufvertrag bezeichnete* Gattung maßgeblich. Dagegen die berechtigte Kritik von Knöpfle AcP 180 (1980), S. 462 (485 ff.)

[28] So die überwiegende Ansicht, dazu s.u. unter E.

[29] Ermann/Seiler (10.Aufl.), § 633 Rn. 8; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 129

Kein Fehler lag dagegen bei einer Individual-[30], einer Umstands-[31], Quantitätsabweichung[32] oder Gattungsabweichungen[33] vor, d.h. in Fällen, in denen das Werk trotz des Fehlens eines vertraglich vereinbarten Beschaffenheitsmerkmales die typischen Eigenschaften seiner Gattung aufweist. Um in diesen Fällen unbillige Härten zu vermeiden, wurde teilweise der Anwendungsbereich der zugesicherten Eigenschaft (§ 633 I 1.Var. BGB a.F.) extensiv interpretiert: So sollte jede von den Parteien getroffene Vereinbarung als Zusicherung i.S.d. § 631 I BGB a.F. zu werten sein, die auch die Schadensersatzpflicht nach § 635 BGB a.F. auslöst[34] oder als lediglich einfache Zusicherung, die nur zu Wandelung und Minderung berechtigt.[35] Teilweise wurde stattdessen die Irrtumsanfechtung gem. § 119 BGB a.F. zugelassen[36] oder eine analoge Anwendung des Gewährleistungsrechts befürwortet.[37]

b. Der subjektive Fehlerbegriff

Dagegen bestimmte die überwiegend im Schrifttum vertretene subjektive Fehlertheorie den Fehler als für den Besteller ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der *vertraglich vereinbarten*[38] bzw. der bei

---

[30] So fehlte bei der Individualabweichung dem ausgeführten Werk lediglich ein *vertraglich vereinbartes* individualisierendes Merkmal. War beispielsweise ein originalgetreuer Nachbau eines Wohnhauses im Jugendstil vereinbart und wich der Neubau vom Original nicht unerheblich ab, dann fehlt ein individualisierendes Merkmal.

[31] Bei der Umstandsabweichung war eine *vertraglich versprochene* wertbestimmende tatsächliche, rechtliche, soziale und wirtschaftliche Beziehungen zur Umwelt nicht vorhanden; z.B. unterließ der Unternehmer den vereinbarten Nachweis über die Tragfähigkeit der verwendeten Dübel, weshalb der Besteller ständigen Kontrollen durch die Bauaufsichtsbehörde ausgesetzt ist (BGH NJW 1981, 112).

[32] Schließlich bleibt das Werk bei der quantitativen Minderleistung hinter der *vertraglich vereinbarten* Umfang zurück (z.B. Einbau von nur 4 statt wie vereinbart 5 Türen).

[33] Denn bei dieser gehört das errichtete Werk nicht einmal mehr *derselben Gattung* an (z.B. Errichtung einer Turn- statt einer Schwimmhalle).

[34] Knöpfle, Fehler beim Kauf, S. 145 ff.; ders., NJW 1987, S. 803 ff.; ders., AcP 180 (1980), S. 501 ff.

[35] Haymann, Festgabe RG, S. 327 ff.; Wolff, JherJb 56, S. 44 f.; Zwischen einer einfachen Zusicherung i.S.d. 459 II BGB a.F., die nur zur Haftung nach § 462 BGB a.F. führt und einer qualifizierten Zusicherung i.S.d. § 463 I, 480 II BGB a.F., die zu Schadensersatz berechtigt, zu differenzieren ist - wenn überhaupt - nur im Kaufrecht möglich. Denn nur hier wird im Rahmen des Schadensersatztatbestandes der Begriff der „Zusicherung einer Eigenschaft“ genannt und kann anders als im Rahmen des § 459 II BGB a.F. interpretiert werden. § 635 BGB a.F. dagegen verwendet den Begriff „Mangel“ und verweist damit auf den Mangelbegriff § 633 I BGB. Eine abweichende Interpretation des Begriffs der Zusicherung ist folglich nicht möglich.

[36] Schmidt NJW 1962, S. 710 ff. ; dagegen Haymann, Festgabe RG, S. 317

[37] Fabricius, JuS 1964, S. 8 ff.

[38] Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 109; v. Caemmerer, FS Wolf , S. 1 (16); Brox/Walker,

Vertragsschluß von den Parteien *vorausgesetzten*[39] Sollbeschaffenheit. Entscheidend für die vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit sollte die *Zweckbestimmung der Vertragsparteien* sein, d.h. bei Untauglichkeit zum übereinstimmend vorausgesetzten Vertragszweck lag ein Fehler vor. Daher findet sich auch die Definition „fehlende Eignung zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch".[40] Wurde die Sollbeschaffenheit weder vertraglich vereinbart noch vertraglich vorausgesetzt, so galt die Normalbeschaffenheit als vereinbart.

Eine Spielart der subjektiven Fehlertheorie, der subjektiv-objektive Fehlerbegriff, stellte ebenfalls primär auf die vertraglich vereinbarte bzw. vorausgesetzte Sollbeschaffenheit ab. Wenn aber eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarung fehlte, so war die Abweichung von der Normalbeschaffenheit entscheidend.[41] Im Unterschied zur subjektiven Theorie stellte die gewöhnliche Beschaffenheit als objektiver Maßstab ein eigenständiges Element dar, d.h. sie diente nicht nur der Fiktion einer Beschaffenheitsvereinbarung.

Im Ergebnis bestanden zwischen subjektiver und subjektiv-objektiver Theorie keine Unterschiede: In den für die objektive Theorie problematischen Fallgruppen der Individual-, der Umstands-, der Quantitäts- und der Gattungsabweichung konnten beide Theorien einen Fehler bejahen, so daß für sie die bessere Praktikabilität sprach.[42]

c. Die Rechtsprechung: Subjektiver und objektiver Fehlerbegriff

Während im Kaufrecht die Rechtsprechung von dem subjektiven

BSchR, Rn. 61, S.40; Erman/Grunewald (10.Aufl.), Vor § 459, Rn. 3; Soergel/Huber (12. Aufl.), Vor § 459 Rn. 29, 35 f.

[39] Larenz, SchR II/1, § 41 I a, S. 37 ff.; Palandt/Putzo (61. Aufl.), § 459 Rn. 8; Wolff, JherJb 56 (1910) S. 1 (22 f.)

[40] Brox/Walker, BSchR, Rn. 61, S. 40; hierin folgen sie RGZ 135, 339 (342); BGHZ 16, 54 (54f.); 90, 198 (202); 98, 100 (104); Brox/Elsing, JuS 1976, S. 1 (2)

[41] Enneccerus/Lehmann, § 108 II 1a, S. 433; Finkentscher, SchR, § 69 II 2 a S. 435f.

[42] Finkentscher, SchR, § 69 II 2 b), S. 435 ff.; Enneccerus/Lehmann, SchR, S. 433; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 265 ff.; Staudinger/Honsell § 459 Rn. 21

Fehlerbegriff ausging[43], verfolgte der BGH im Werkvertragsrecht keine derart klare Linie.

Zwar läßt sich feststellen, daß häufig ein subjektiver Ansatz zugrundegelegt wurde: „Eine vom Vertrag abweichende Ausführung des Werkes stellt einen Mangel dar, wenn sie den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert“.[44] Dieser Ansatz begegnete in Fällen, in welchen die Parteien Vereinbarungen über die Beschaffenheit oder Verwendung des Werkes getroffen hatten, so etwa durch Festlegungen im Leistungsverzeichnis[45], Architektenpläne[46] oder sonstige Abreden[47]. Insbesondere wurde darauf abgestellt, „ob die Werkleistung den Anforderungen genügt, die sie ihrem vertraglichen Zweck entsprechend haben muß“.[48] In einer neueren Entscheidungen zum alten Recht spricht sich der BGH ausdrücklich für einen subjektiven Ansatz aus: Der „Begriff des Fehlers darf nicht rein objektiv verstanden werden; er wird vielmehr subjektiv vom Vertragswillen der Parteien („geschuldeter Werkverfolg“) mitbestimmt. Allein auf das Fehlen einer Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit, also auf ein objektives Kriterium, kommt es nicht an.“[49].

---

[43] RGZ 161, 330 (335); RGZ 135, 339 (342); BGHZ 16, 54 (54 f.); 90, 198 (202); 98, 100 (104); BGH WM 1983, 934 (935); NJW-RR 1995, 364 (364 f.)

[44] BGH, BauR 1973, S. 51 (51f.), BGH, NJW 1998, S. 3707 (3707 f.); BGH BauR 2002, S. 1536 (1536 ff.)

[45] BGH, BauR 1981, S. 383 (383 f.): Abweichung vom Leistungsverzeichnis, nach dem Steinzeugplatten „als Bodenbelag gleitsicher“ sind; OLG Düsseldorf BauR 1994, 147 (147): Abweichung vom Leistungsverzeichnis, wonach Wandelemente nicht vertikal beweglich mit Spundwand verbunden

[46] BGH, NJW 1982, S. 1702 (1703): Abweichung des Bauunternehmers vom Vertragsinhalt gewordenem Architektenplan; BGH BauR 2002, S. 1536 (1536 ff.): Abweichung von vereinbarten Bauplänen

[47] BGH BauR 2001, S. 258 (258): Abweichung von der Baubeschreibung; BGH BauR 2001, S. 630 (630): und BGH BauR 2001, S. 1414 (1415): „vertragswidrige Abweichungen“; BGH BauR 2001, S. 667 (668 f.): Planung entspricht nicht „vertraglichen Anforderungen“; BGH BauR 2000, S. 411 (412): Abweichung „von der vertraglich geschuldeten Leistung“; BGH NJW-RR 1993, S. 309 (309 f.); BGH BauR 1973, S. 51 (Abweichung von Vertragsvereinbarung) und BGH, ZfBR 2004, S. 359 (359 f.): Abweichung von der „vereinbarten Fläche“ der Wohnung

[48] BGH, BauR 1970, S. 57 (58) (Anbringung von Unterputz, der ungeeignet ist, die vertraglich vorausgesetzte Verblendung zu tragen)

[49] BGH ZfBR 2005, S. 166 (166)

Jedoch finden sich ebenso eine beträchtliche Anzahl von Entscheidungen, die objektive Kriterien heranziehen, ohne daß sich feststellen läßt, daß dies mangels Vorhandenseins vertraglicher Parteivereinbarungen im Einzelfall geboten war[50]. So konnte ein Abweichen des Werkes vom Normalzustand, wodurch es nicht hinreichend zu gewöhnlichen Zwecken gebrauchstauglich war, einen Fehler begründen.

Wiederum andere Entscheidungen stellten entsprechend dem subjektiven bzw. dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff primär auf die vertraglichen Vereinbarungen ab, sekundär bei Fehlen ersterer auf objektive Kriterien ab.[51] Insbesondere wurde in der neueren Rechtsprechung dem Kriterium der Funktionstauglichkeit erhebliche Bedeutung zugemessen[52]: „Die Leistung ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist.“[53]

Demnach kann keineswegs konstatiert werden, daß die Rechtsprechung im Werkvertragsrecht einen rein subjektiven Fehlerbegriff vertrat. In dieser Weise sieht auch Kaiser[54] den Standpunkt der Rechtsprechung.

2. Beeinträchtigung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit

Nach § 633 I BGB a.F. erforderte ein Sachmangel zusätzlich zu der Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit eine Beeinträchtigung

---

[50] BGH BauR 2001, S. 823 (824) und BGH, BauR 2000, S. 1330 (1331): Abweichung von der „fachlich richtigen, vollständigen und dauerhaften Abdichtung“; BGH BauR 1999, S. 37 (38): Abweichung von anerkannten Regeln der Technik; BGH BauR 1998, S. 632 (632 f.): „unsachgemäße“ Inbetriebnahme der Fußbodenheizung; BGH BauR 1981, S. 577 (579): „unzureichende“ Dichtigkeit eines Schaufensters gegen Regenwasser; BGH BauR 1978, S. 405 (406): nicht „ordnungsgemäßer“ Anschluß der Abdichtung des Bodens an Mauerwerk einer Abteikirche; BGH BauR 1978, S. 498 (498): Balkonbelag verstößt gegen Regeln der Baukunst, Bleiwinkel tiefer als gewöhnlich angebracht; BGH BauR 1979, S. 326 (327): Pflaster ohne „ausreichendes“ Abflußgefälle verlegt, Auftreten von Mulden

[51] BGH BauR 1998, S. 872 (873); BGH BauR 1997, S. 638 (639 f.); BGH BauR 1995, S. 230 (230 f.)

[52] BGH NJW 1998, S. 3707 (3707 f.); BGHZ 91, 206 (212); BGH BauR 1995, S. 230 (230)

[53] BGH NJW 1998, S. 3707 (3708); OLG Frankfurt, BauR 2003, S. 1591 (1591)

[54] Ebenso zur älteren Rechtsprechung Kaiser, BauR 1983, S. 19 (21 f.); Soweit ersichtlich findet im Übrigen in der Literatur keine Auseinandersetzung mit dem werkvertraglichen Fehlerbegriff der Rechtsprechung statt.

der Gebrauchsfähigkeit oder des Wertes. Dabei war die Gebrauchstauglichkeit des Werkes objektiv zu bestimmen. So waren physische und technische Faktoren, die sich auf die Benutzbarkeit auswirkten[55], die fehlende Eignung für die Folgeleistung anderer Unternehmer zur Folge hatten[56], die Gefährdung anderer Rechtsgüter und der Gesundheit der Nutzer[57] oder Dritter[58] bedeutete oder solche, die rechtliche Gebrauchshindernisse bewirkten[59], relevant. Verneint wurde ein Mangel, wenn der geschaffene Zustand zwar nicht seiner Optik nach perfekt, aber dennoch vollkommen gebrauchstauglich war.[60] Nur in besonders gelagerten Fällen wurde angenommen, daß geschmackliche Abweichungen die Benutzbarkeit einschränkten, so etwa, wenn der dem Werkunternehmer bekannte Hauptzweck eines Werkvertrages optisch-gestalterische Belange betraf, wie z.B. bei Fassadensanierung und -restaurierung aus ästhetischen Gründen [61], oder in Fällen gravierender Schönheitsmängel („sehr unsauber und unakkurat hergestellt“[62], „katastrophale handwerkliche Leistung“[63], „nicht völlig unbedeutend[er] und nebensächlich[er]“ Fehler[64]).[65]

[55] BGH ZfBR 1989, S. 58 (58 ff.); OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, S. 341 (341); OLG Hamm NJW-RR 1994, S. 282 (282 f.)
[56] OLG Köln NJW-RR 1994, S. 1045 (1045 f.)
[57] OLG Saarbrücken NJW-RR 1987, S. 470 (470); OLG Köln NJW-RR 1991, 1077 (1077ff.)
[58] BGH NJW-RR 1990, S. 728 (728)
[59] BGH ZfBR 1989, S. 58 (58 ff.); OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, S. 889 (890)
[60] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, S. 1039 (1039 f.) (Abtrennung der Stellplätze durch Drahtgitter statt massive Wände)
[61] OLG Hamm NJW-RR 1991, S. 277 (277): Anfertigung eines „Prachtkleides“ für das Haus geschuldet; OLG-Köln NJW-RR 1993, S. 666: Herstellung eines optisch einheitlichen Gesamtbildes geschuldet
[62] BGH BauR 1981, S. 577 (579)
[63] OLG Hamm, BauR 1993, S. 604 (605)
[64] LG Amberg BauR 1982, S. 498 (499)
[65] So auch Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch privates Baurecht, § 12 Rn. 174; vgl. zu optischen Mängeln im Bau- und Wohnungsrecht: Kamphausen, BauR 1995, S. 343 (343 ff.)

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Inwiefern in der Sache Reformbedarf bestand, wurde unterschiedlich bewertet.

Nach *Weyers*[66] und *Keilholz*[67] war „eine Klarstellung und Modernisierung des Wortlauts“ erforderlich. Auch der *Kommissionsentwurf*[68] hielt eine klärende Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs für notwendig. Unter dem Stichwort „Mängel des geltenden Rechts“ wurde die nach dem Wortlaut des § 459 I S.1 BGB a.F. (bzw. des § 633 I BGB a.F.) bestehende Gefahr einer objektiven Ausdeutung des Fehlerbegriffs aufgezeigt.

Dagegen schien *Teichmann*[69] eine Streitentscheidung für entbehrlich zu halten. Da er die subjektive Theorie dahingehend verstand, daß die übliche Beschaffenheit vereinbart sei, d.h. er eine entsprechende Vereinbarung fingierte, führten subjektive und objektive Theorie zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen. „Insgesamt hat sich der gegenwärtige Fehlerbegriff als brauchbar erwiesen. Zu einer substantiellen Änderung besteht kein Anlaß.“[70]

2. Angleichung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Daneben wirkte sich die aufgrund der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erforderliche Neufassung des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffes mittelbar auf den werkvertraglichen Sachmangelbegriff aus.

Der Tatbestand, von dem die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie das Eingreifen der Sachmängelhaftung abhängig macht, ist die „Vertragsmäßigkeit“ bzw. „Vertragswidrigkeit“. Gemäß Art. 2 I VbrKfRL ist der Verkäufer

---

[66] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1160)
[67] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (280)
[68] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 199
[69] Teichmann, in: 55.DJT/I, S. A 1 (A 55 f.); hierauf deutet insbesondere Teichmanns Feststellung S. A 56, Fn.39 hin; *Weyers* und *Keilholz* äußerten sich „wohl stärker im Sinne der subjektiven Theorie“
[70] Teichmann, in: 55 DJT/I, S. A 1 (A 56)

„verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern". Die Europäische Kommission hatte diesen Grundsatz gewählt, da sie davon ausging, daß er eine gemeinsame Basis der verschiedenen einzelstaatlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten darstelle.[71] Entscheidend dafür, welche Qualität das verkaufte Verbrauchsgut haben muß, ist damit primär die vertragliche Vereinbarung der Parteien. Dies entspricht im Ansatz dem ***subjektiven***[72] ***bzw. subjektiv-objektiven***[73] ***Fehlerbegriff***, der auch Art. 35 CISG zugrunde liegt.

In Art. 2 II VbrKfRL wird der Begriff „***Vertragsgemäßheit***" näher bestimmt. Danach wird die Vertragsgemäßheit widerleglich vermutet, wenn die gekaufte Sache den Beschreibungen des Verkäufers und den vorgelegten Proben und Mustern entspricht (Art. 2 II a VbrKfRL), wenn sie sich für die offenliegenden Zwecke des Verbrauchers (Art. 2 II b VbrKfRL) oder die gewöhnlichen Zwecke entsprechender Güter eignet (Art. 2 II c VbrKfRL) oder wenn der Kaufgegenstand unter Berücksichtigung seiner konkreten Beschaffenheit eine Qualität aufweist, die bei derartigen Gütern üblich ist und vom Verbraucher aufgrund der öffentlichen Äußerungen, insbesondere der Werbung, des Verkäufers oder dessen Vertreters erwartet werden kann (Art. 2 II d VbrKfRL).[74]

Zu beachten ist hierbei, daß die Richtlinie eine ***Vermutungskonstruktion*** in Art. 2 II VbrKfRL und damit Beweislasterleichterung zugunsten des Verbrauchers wählt. Diese war bereits im ursprünglichen Richtlinienvorschlag der Kommission von 1996 enthalten.[75] Im Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß war die Vermutungsregel durchaus umstritten. Der Ausschuß gab in seiner gemeinsamen Stellungnahme zu bedenken, daß mit dieser Regel der Verkäufer mit einem zu hohen Beweisrisiko belastet werde. Es müsse daher überdacht werden, die

---

[71] Abl.EG 1996/C 307, vom 16.10.1996 , S. 8 (8)

[72] Lehmann, JZ 2000, S. 280 (283); Reich, NJW 1999, S. 2397 (2399); Schlechtriem, JZ 1997, S. 441 (445); Hondius, ZEuP 1997, S. 130 (134); Flessner in: Grundmann/ Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 233 (236); Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 25

[73] Tonner, BB 1999, S. 1769 (1771)

[74] Zerres, JA 2002, S. 166 (168)

Vermutungsregel auf jene Fälle zu beschränken, in denen der Unternehmer besser als der Verbraucher in der Lage sei, das Bestehen eines Mangels zu beurteilen. Gleichwohl wurde die Vermutungsregel letztlich befürwortet, da sie, auch soweit eine derartige Regelung in einzelstaatlichen Rechtsordnungen noch nicht bestehe, regelmäßig in der Praxis von Unternehmern, die an einer längerfristigen Kundenbindung interessiert seien, freiwillig angewendet werde.[76]

Darüber hinaus ist für die Reform von Bedeutung, daß die ***Bagatellegrenze***, wie sie noch in Art. 33 II EKG vorgesehen war, weder in das UN-Kaufrecht noch in die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommen wurde. Während der ursprüngliche Richtlinienvorschlag der Kommission von 1996 die Vertragsgemäßheit des Verbrauchsgutes bejahte, wenn es „in bezug auf Qualität und Leistung zufriedenstellend" war, sprach sich der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zum ursprünglichen Richtlinienvorschlag 1996 ausdrücklich gegen eine Geringfügigkeitsschranke aus. Es sei nicht ausreichend, daß ein Verbrauchsgut „zufriedenstellend" sei. Eine vertragsgemäße Leistung liege im allgemeinen nur vor, wenn das Verbrauchsgut frei von Mängeln geliefert werde, es sei denn, der Verbraucher erkläre sich bereit, einen geringfügigen Mangel in Kauf zu nehmen, wenn ihm ein Preisnachlaß gewährt werde.[77] Der geänderte Richtlinienvorschlag von 1998 ließ daraufhin die Formulierung „in bezug auf Qualität und Leistung zufriedenstellend", fallen.[78]

---

[75] Abl.EG, 1996/C307, vom 16.10.1996, S. 8 (10)
[76] Abl. EG, 1997/C 66 vom 3.3.1997, S. 5 (8)
[77] Abl.EG 1997/C 66, vom 3.3.1997, S. 5 (8)
[78] Abl.EG 1998/C 148, vom 14.5.1998, S. 12 (16)

II. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

Weyers[79] schlug in seinem Gutachten zum Werkvertrag unter Zugrundelegung des ***subjektiven Fehlerbegriffes*** folgende Formulierung zu § 633 I und II BGB n.F. vor:

„(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, *ein Werk der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit herzustellen. Als vereinbart gilt im Zweifel die Beschaffenheit, die für den im Vertrag vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendungszweck erforderlich ist. [...]*
(2) *Fehlt dem Werk zu dem Zeitpunkt, zu dem die Gefahr übergeht, die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit,* so kann der Besteller *Behebung* des Mangels verlangen."

Zugleich plädierte Weyers für eine ***Bagatellegrenze***: Durch die zunehmende Komplexität der modernen Produktion sei es in bestimmten Bereichen „nach heutigem Stand der Technik unmöglich [...] das Werk, etwa im Anlagenbau oder im Bereich der EDV, auf Anhieb völlig fehlerfrei herzustellen."[80] In solchen Fällen bedeute Fehlerfreiheit im Sinne von Vertragsgemäßheit nicht völlige Störungsfreiheit, sondern an deren Stelle trete ein individuell oder nach der Verkehrssitte festzulegender maximaler Fehlerprozentsatz. Auf Dauer unbeherrschbare Zufallserscheinungen müßte der Besteller als vertragsmäßige Qualität hinnehmen. Hierbei verweist Weyers auf ein Urteil des LG Trier vom 3.1.1978, in welchem ein Fehler eines EDV-Programms verneint wird, da „einige Fehler in den Funktionen [...] bei derartigen Systemen normalerweise vorhanden"[81] seien. Programme könnten in der Regel vom Hersteller im Testbetrieb nicht vollständig fehlerfrei gemacht werden, sondern erst durch den Einsatz beim Anwender.[82] Eine inhaltliche Änderung des § 633 BGB a.F.

sei nicht erforderlich.

b. Das Gutachten von Basedow

Basedow[83] argumentierte in seinem Gutachten zum Kaufrecht aus rechtsvergleichender Sicht für einen ***subjektiven Sachmangelbegriff***. Die kontinentalen Rechtsordnungen stellten in erster Linie auf die ausdrückliche oder nach Auslegung zu bestimmende Parteivereinbarung ab und nachrangig auf die Verwendungszwecke. Daher arbeitete Basedow eine ***Dreistufigkeit des Fehlerbegriffs*** heraus, die bereits in dem Gutachten von Weyers angelegt war: Vorrangig sei die Beschaffenheitsvereinbarung maßgeblich, sekundär die subjektiv im Vertrag vereinbarten bzw. vorausgesetzten Verwendungszwecke, schließlich hilfsweise die gewöhnlichen Verwendungszwecke. Hierbei sei zu bedenken, daß nicht alle ungewöhnlichen Verwendungszwecke beachtlich seien. Vielmehr sei zumindest die Kenntnis der Verwendungszwecke erforderlich. Je spezieller und ungewöhnlicher die beabsichtigte Verwendung sei, um so eher sei zu fordern, daß der Verkäufer (bzw. der Werkunternehmer) sich mit dieser auseinandergesetzt und sie deutlich gebilligt habe. Ferner sei eine ***positive Regelungstechnik*** (welche Eigenschaften muß die Kaufsache besitzen?) statt einer negativen Regelung (wann liegt ein Mangel vor?) vorzugswürdig.

c. Das Gutachten von Keilholz

Keilholz[84] schloß sich in seinem Gutachten zum Baurecht nur der Formulierung Weyers´ zu § 633 I S.1 BGB n.F. an, S.2 übernahm er nicht. Der ***subjektive Fehlerbegriff*** sei maßgeblich. Auch der BGH stelle darauf ab, ob die Werkleistung den Anforderungen genüge, die sie ihrem vertraglichen Zweck entsprechend haben müsse. Wie gezeigt (s.S. 11 f.), vertrat der BGH im alten Recht jedoch keinen so klaren Standpunkt. Als Beleg

---

[79] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1115 ff.)
[80] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1160)
[81] LG Trier, Urteil vom 3.11.1978, BB 1980, S. 755 (755 f.)
[82] So Zahrnt in einer Anmerkung zu LG Trier, Urteil vom 3.11.1978, in: BB 1980, S. 756 (756)
[83] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 44 ff.
[84] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (281 ff.)

führte Keilholz nur ein einziges Urteil, BGH NJW 82, 1702 [1703], an.

Des weiteren war nach Keilholz die ***Minderung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit*** des Werkes für den Fehlerbegriff unerheblich: „Eine nicht vertragsgemäße Leistung ist per se fehlerhaft, mangelhaft, und zwar gleichgültig, ob dadurch Wert und Tauglichkeit der Vertragsleistung gemindert werden. Wenn ich mein Haus violett anstreichen lassen will und das auch so vereinbare, der Handwerker es aber – vernünftigerweise – rosa oder gelb anstreicht, so ist das für mich, den Vertragspartner, eine fehlerhafte, mangelhafte Leistung.“ [85] Der nach bisherigem Recht in der Praxis häufige Einwand des Werkunternehmers, die Leistung sei zwar nicht vertragsgemäß, aber technisch einwandfrei und darum mangelfrei, könne nur durch Streichung des gesetzlichen Merkmals der Minderung des Wertes und der Tauglichkeit erreicht werden.[86]

d. Das Gutachten von Huber

Auch nach Huber verdient der ***subjektive Fehlerbegriff*** den Vorzug, denn es „ist für die Beziehungen der Parteien ganz gleichgültig, ob die Sache irgendeinem allgemeinen Standard genügt. So wie der Vertrag Grundlage für die Preisbestimmung ist, ist er auch Grundlage für die Bestimmung dessen, was der Käufer vom Verkäufer zu bekommen hat. Der Vertrag ist vom Verkäufer immer dann nicht erfüllt, wenn die tatsächliche Beschaffenheit zum Nachteil des Käufers von der vertraglichen abweicht. Wenn das der Fall ist, bekommt der Käufer nicht das, wofür er den Kaufpreis versprochen hat; das Synallagma, das von den Parteien autonom festgelegte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, ist gestört. Nicht daß die Sache „fehlerhaft“ ist, sondern daß sie nicht „vertragsgemäß“ ist, ist der rechtspolitische Grund der Sachmängelhaftung.“[87] Der Gesetzgeber sei aufgerufen, den Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie zu „eliminieren“.[88] Allerdings fand der Sachmangelbegriff bei Huber eine

[85] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (280 f.)
[86] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (281)
[87] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I , S. 647 (765)
[88] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (868); kritisch zu dem Aufruf, den Gesetzgeber den Streit entscheiden zu lassen, Jakobs, Gesetzgebung im Leistungs-

sehr umfangreiche Ausgestaltung in § 633 III BGB-neu:

„Ein Mangel des Werks liegt vor:

1. wenn das Werk nicht die im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten besonderen Eigenschaften und Merkmale besitzt;
2. wenn das Werk nach einer Probe und einem Muster herzustellen ist und der Probe oder dem Muster nicht entspricht;
3. wenn das Werk nicht für einen im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist, es sei denn der Besteller hatte keinen Anlaß, sich insoweit auf das Urteil und die Sachkunde des Unternehmers zu verlassen;
4. soweit eine besondere Bestimmung fehlt, wenn das Werk nicht für den Gebrauch tauglich ist, für den ein Werk der versprochenen Art gewöhnlich verwendet wird; [...]
6. wenn das Werk mit einem sonstigen Fehler behaftet ist, der seinen im Vertrag vorausgesetzten Wert mindert."

Wie der Tatbestand des § 633 III Nr. 4 und 6 BGB-neu zeigt, sollte an dem Erfordernis der ***„Minderung des Wertes und der Gebrauchstauglichkeit"*** des alten Sachmangelbegriffes festgehalten werden, wenngleich dieses nach Huber nicht mehr wie bisher kumulativ zu einer Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit erforderlich war, sondern alternativ hierzu eigene Tatbestandsvarianten bildete.

e. Das Gutachten von Teichmann

Auch *Teichmann*[89] sah keinen Anlaß zu einer „substantiellen Änderung" des gegenwärtigen Fehlerbegriffes, da sich dieser als „brauchbar" erwiesen habe. Er vertrat jedoch keinen derart streng subjektiven Ansatz wie Weyers und Keilholz[90]. Auch bei Einhaltung der Leistungsbeschreibung durch den Werkunternehmer könne ein Werk fehlerhaft sein; „denn der Besteller wollte auch hier ein Werk haben, das den üblichen Haltbarkeitsmaßstäben

störungsrecht, S. 87 ff.; kritisch zu Jakobs wiederum Medicus, AcP 186 (1986) S. 268 (282)

[89] Teichmann, in: 55.DJT/I, S. A 1 (A55 f.)

[90] Teichmann, in: 55.DJT/I, S. A 1 (A 56 Fn. 39)

entsprach. Dies ist ihm auch gem. § 157 zugesagt worden“[91]. Teichmann fingierte damit den Normalzustand als zugesagt und gelangte so zu einer ***extensiven Interpretation des subjektiven Fehlerbegriffes***.

2. Der Kommissionsentwurf

Der *Kommissionsentwurf* bestimmt den Fehlerbegriff in folgender Weise:

„§ 633 BGB-KE (Sachmängel)
(1) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet.“[92]

In der Begründung des Kommissionsentwurfs wurde zutreffend festgestellt, daß § 633 I BGB-KE mit der von Weyers für § 633 I S.1 und 2 vorgeschlagenen Formulierung inhaltlich übereinstimme. Somit ging auch der Kommissionsentwurf vom ***subjektiven Fehlerbegriff*** aus: In erster Linie komme es auf die ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung an, sekundär auf den gewöhnlichen Gebrauch.[93] Unter dem Stichwort „Mängel des geltenden Rechts“ wurde zwar eingeräumt, das Wortlautargument scheine für den objektiven Fehlerbegriff zu sprechen.[94] Dieser setze jedoch objektiv feststellbare, gegeneinander abgrenzbare Gattungen von Sachen voraus. In der Praxis sei eine solche Abgrenzung allerdings nicht möglich. Daher „wendet die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der ganz h.L. einen subjektiven Fehlerbegriff an“.[95]

Hierbei wurde deutlicher als im Gutachten Weyers´ die ***Dreistufigkeit*** der Fehlerbestimmung herausgestellt: Vereinbarung, vertragliche Voraussetzung, gewöhnliche Verwendung. Im Unterschied zum Gutachten von Weyers stand der vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendungszweck als

[91] Teichmann, in: 55.DJT/I, S. A 1 (A 55 f.)
[92] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 250
[93] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 250 f.
[94] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 199; hiergegen Flume AcP 193 (1993), S. 89 (92)
[95] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 199

eigenständiges Merkmal neben der vereinbarten Beschaffenheit, die Fiktion der vertraglichen Vereinbarung wurde nicht in den Wortlaut übernommen. An dieser Dreistufigkeit, wie sie in den Diskussionsentwurf übernommen wurde, übte *Seiler*[96] Kritik: Es handele sich hierbei um eine überflüssige Differenzierung, die in einem Gesetz - anders als in einem Lehrbuch -vermieden werden solle.

Die Einführung einer ***Bagatellegrenze***, wie sie Weyers forderte, lehnt der Kommissionsentwurf[97] ab. Für das Kaufrecht solle der auf das gemeine Recht zurückgehende und von dem historischen Gesetzgeber aufgegriffene Grundsatz „minima non curat praetor“[98] aufgegeben werden. Etwas anderes sollte offenbar auch nicht im Werkvertragsrecht gelten. Eine Erheblichkeitsschranke generell für Sachmängel einzuführen, sei nicht sachgerecht, weil dadurch die Haftung für Sachmängel geringer angesetzt würde als das allgemein für Leistungspflichten vorgesehen sei. Entfiele der Nacherfüllungsanspruch bei unerheblichen Mängeln, so wäre der Erfüllungsanspruch von vorneherein entwertet. Vielmehr müsse nach Rechtsbehelfen differenziert werden. Nur der Rücktritt, der die Interessen des Unternehmers stärker berühre, solle wegen Geringfügigkeit ausgeschlossen sein, nicht aber der Schadensersatzanspruch und das Minderungsrecht. Daß Schadensersatzansprüche auch bei geringfügigen Mängeln eingreifen, sei gerechtfertigt, da der Rechtsbehelf verschuldensabhängig sei[99].

3. Diskussions- und Regierungsentwurf

Der *Diskussionsentwurf* [100] und der *Regierungsentwurf*[101] übernahmen in § 633 II S.1 und 2 BGB-DiskE die Formulierung des Kommissionsentwurfs wörtlich. Auch der Diskussionsentwurf untermauerte seine Entscheidung für die ***subjektive Theorie*** argumentativ: Neben dem Verweis auf die

[96] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (266)
[97] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 204
[98] Motive II, §§ 381,382, S. 225
[99] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 204
[100] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 47, 314 f.
[101] RE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 522

Problematik der Gattungseinteilung beim objektiven Fehlerbegriff wurde das Wortlautargument der subjektiven Theorie angeführt: Die Bedeutung von Parteivereinbarungen für den Sachmangel schlage sich im Wortlaut der alten Fassung „nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch“ nieder.[102]

Die Einführung einer ***Bagatellegrenze*** lehnte der Diskussionsentwurf ebenso wie der Kommissionsentwurf ab. Denn eine solche Einschränkung sehe auch das UN-Kaufrecht nicht vor, obgleich dieser ursprünglich in Art. 33 II EKG enthalten gewesen sei.[103]

Die Kriterien der vertraglich vorausgesetzten und gewöhnlichen Verwendung hielt *Westermann*[104] für ungeeignet. Die bisherige Kategorie Beschaf-fenheit gehe etwas weiter als diejenige der Verwendungseignung. Eine Regelungslücke bestehe in den Fällen, in denen eine Beschaffenheit nicht vertraglich vereinbart, sondern nur vertraglich vorausgesetzt oder gar nicht vereinbart wird, das Werk aber voll funktionstauglich sei.

Peters[105] dagegen lehnte die gesamte Neukonzeption ab und hielt an dem bisherigen Wortlaut des § 633 I BGB a.F. fest. Denn dieser habe sich als bewährt erwiesen.

4. Beschlüsse des 6. Ausschusses: Umsetzung von Art. 2 II d VbrKfRL

Eine Modifizierung erfuhr die Regelung des Sachmangelbegriffes auf Initiative des federführenden 6. Rechtsausschusses:

„§ 633. Sach- und Rechtsmängel

[...]

(2) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. ***Soweit*** *die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von*

---

[102] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 251
[103] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 253
[104] Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts S. 109 (115 f.)
[105] Peters, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (291)

Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet ***und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann.***

[...]“

Grund dieser Ergänzung des § 633 II S.2 BGB-RE war eine vom 6. Rechtsausschuß monierte mangelnde Abstimmung mit der kaufrechtlichen Parallelvorschrift des § 434 I S.2 Nr.2 BGB-RE. Diese kaufrechtliche Vorschrift bestimmte, daß, wenn weder eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliege noch die Parteien eine bestimmte Verwendung vorausgesetzt haben, die Kaufsache eine Beschaffenheit aufweisen muß, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Der Zusatz zu Nr. 2 in § 434 I S.2 Nr.2, 2. HS diente wiederum der Umsetzung von Art. 2 II d VbrKfRL,[106] der unter anderem auch auf die Erwartungen der Verbraucher auf Grund der Beschaffenheit des Gutes sowie der Bewerbung des Gutes abstellt.

[106] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 256 f.

IV. Neues Recht

1. Lösung der Streitfragen nach dem Fehlerbegriff

In § 633 II BGB n.F. hat sich der subjektive Fehlerbegriff, der bereits im alten Recht von der herrschenden Literaturansicht (s.S. 10 f.) sowie teilweise in der Rechtsprechung vertreten wurde (s.S. 11 f.), durchgesetzt. Der Gesetzgeber hat damit eine klare Entscheidung hinsichtlich des diesbezüglichen Streites getroffen, die auch im Reformprozeß einstimmig befürwortet wurde. Zugleich hat er den Anforderungen des Art. 2 I, II VbrKfRL genüge getan. Anders als im bisherigen Recht hat sich der Gesetzgeber jedoch im Anschluß an Basedow und Weyers (s.S. 18 f.) für eine ***positive Regelungstechnik***, d.h. Regelung des sachmangelfreien Zustandes, entschieden.

§ 633 II S.1 BGB n.F. erklärt primär die ***Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit*** für maßgeblich. Erforderlich ist, daß die Beschaffenheit im Vertrag, wenn auch auf Grund eines Bestätigungsschreibens[107] oder nur stillschweigend[108], festgelegt wird. Hierbei genügt jede verbindliche Beschreibung, die nach Art ihrer Ausführung oder nach der erwarteten Leistung erfolgen kann, beispielsweise durch ein Leistungsverzeichnis[109], vom Unternehmer gefertigte Pläne[110] oder einen Prototyp.[111] Damit wurden die Vorgaben des Art. 2 II a VbrKfRL vereinfachend umgesetzt: Denn beschreibt der Verkäufer bei Vertragsschluß die Kaufsache, so werden die Erklärungen des Verkäufers zum Inhalt des Vertrages und damit Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung. Dasselbe gilt im zweiten Fall von Art. 2 II a VbrKfRL: Wird ein Muster oder eine Probe vor oder bei dem Vertragsschluß nicht nur zu Werbezwecken vorgelegt, sondern zur Darstellung und Festlegung der Eigenschaften der Kaufsache, dann ist die Beschaffenheit des Musters oder der Probe vereinbart.[112]

Gemäß § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB n.F. ist entsprechend Art. 2 II b VbrKfRL

---

[107] OLG Dresden, BauR 2003, S. 882
[108] BGH NJW-RR 2002, S. 1533 (1534)
[109] BGH NJW 1999, 2432 (2432 f.)
[110] BGH NJW 2003, S. 743 (743)
[111] Palandt/Sprau (63.Aufl.), § 633 Rn. 6

(s.S.16) subsidiär auf zweiter Stufe auf die ***Eignung zu den nach dem Vertrage vorausgesetzten Verwendungen*** abzustellen.[113] Der Gesetzgeber hat somit ebenfalls das funktionale Element des Mängelverständnisses der bisherigen Rechtsprechung (s.S. 13) in den Gesetzeswortlaut aufgenommen. Ebenso handelt es sich bei dem nach dem Vertrage vorausgesetzen Gebrauch um einen Anwendungsfall der subjektiven Theorie[114]: Denn der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch ist der dem Unternehmer zumindest bekannte und von dem Besteller beabsichtigte Verwendungszweck. Eine solche rein tatsächliche Übereinstimmung der Verwendungszwecke genügt.[115] Natürlich kann diese ebenso ausdrücklich vereinbart sein.[116]

Auf dritter Stufe ist in Verschmelzung von Art. 2 II c und d VbrKfRL (s.S.16) die ***Tauglichkeit zu den gewöhnlichen Verwendungen sowie die übliche Beschaffenheit***, die der Besteller nach Art des Werkes erwarten kann, maßgeblich, § 633 II S.2 Nr.2 BGB n.F. Die Eignung zu den gewöhnlichen, d.h. nach Art des Werkes üblichen Verwendungen, und die übliche Beschaffenheit stellen objektive Kriterien dar. Auch die subjektive

---

[112] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 254

[113] Mit dem Begriff Verwendungen ist, wie Art. 2 Abs. 2 b VbrKfRL zeigt, der Verwendungszweck gemeint. Der Verwendungszweck bezieht sich auf die Funktion des Werkes und ist von seiner konkreten körperlichen Beschaffenheit losgelöst.

[114] Zerres, JA 2002, S. 713 (715). Denn der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch ist der dem Unternehmer zumindest bekannte und von dem Besteller beabsichtigte Verwendungszweck. Eine solche rein tatsächliche Übereinstimmung des Verwendungszwecks genügt (BGHZ 139, 244 (247); ebenso Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.), § 633 Rn. 5; Oechsler, SchR BT, S. 64, Rn. 92; Die Auslegung des Begriffes „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ war bereits nach dem alten Recht umstritten (vgl. die ausführliche Darstellung bei Deller, Der „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“, S. 159 ff.); dieses Auslegungsproblem stellt sich weiterhin im Rahmen des § 434 I Nr.1 BGB n.F. und § 633 II Nr. 1 BGB n.F. Gegen eine enge Auslegung im Sinne von vertraglicher Vereinbarung eines Verwendungszweckes (so Huber/Faust-Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 299 f., Rn. 29 f.) spricht der Wortlaut „nach dem Vertrage vorausgesetzte Verwendungen“. Er lautet gerade nicht „in dem Vertrage vereinbarte Verwendungen“.

[115] BGHZ 139, 244 (247); ebenso Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.), § 633 Rn. 5; Oechsler, SchR BT, S. 64 Rn. 92; Die Auslegung des Begriffes „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ war bereits nach dem alten Recht umstritten (vgl. die ausführliche Darstellung bei Deller, Der „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“, S. 159 ff.); dieses Auslegungsproblem stellt sich weiterhin im Rahmen des § 434 I Nr.1 BGB n.F. und § 633 II Nr. 1 BGB n.F. Gegen eine enge Auslegung im Sinne von vertraglicher Vereinbarung eines Verwendungszweckes (so Huber/Faust-Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 299 f. Rn. 29 f.) spricht der Wortlaut „nach dem Vertrage vorausgesetzte Verwendungen“. Er lautet gerade nicht „in dem Vertrage vereinbarte Verwendungen“.

Theorie zog bei Fehlen einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung objektive Maßstäbe heran und fingierte eine Beschaffenheitsvereinbarung (s.S. 11).[117] An dieser Konstruktion einer vermuteten Vereinbarung hält das neue Recht fest.[118] Inhaltlich stimmt die Kumulation von Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit (Fehler) und Gebrauchsuntauglichkeit mit dem alten Recht überein. Ob der auf den Vorschlag des 6. Rechtsausschusses in Umsetzung von Art. 2 II d VbrKfRL zurückzuführende Zusatz der berechtigten Erwartungen („erwarten kann") (s.S. 24 f.) eine Einschränkung des Sachmangelbegriffes bewirken wird, ist eher fraglich.[119] Denn was üblich ist, kann der Besteller auch erwarten und was er zu erwarten hat, sollte üblich sein. Bedeutung kommt diesem Kriterium jedoch zu, wo in der Praxis eine gewisse Nachlässigkeit herrscht und das was üblich ist, hinter den allgemeinen Standards zurückbleibt.[120]

In zwei Punkten weicht jedoch das BGB in seiner neuen Fassung von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ab: Zum einen geht die europäische Richtlinie in Art. 2 II VbrKfRL von einer ***Gleichrangigkeit*** der Kriterien für die Vertragsgemäßheit „Übereinstimmung mit Beschreibung, Proben, Mustern", „Eignung für offenliegende Verwendungszwecke", „Eignung für die gewöhnlichen Zwecke", „übliche Beschaffenheit" aus, während § 633 II BGB n.F. Basedow (s.S. 19) und dem Kommissionsentwurf folgend (s.S. 22) ein Stufenverhältnis der einzelnen Kriterien festschreibt („sonst"): Vorrangiger Maßstab ist die vertragliche Beschaffenheit, die Eignung zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch gelten subsidiär. Ist also ein Werk zwar vereinbarungsgemäß, bleibt es jedoch hinter dem zum Vertrag vorausgesetzten Gebrauch zurück, so ist es gleichwohl sachmangelfrei. Neben dem von Basedow vorgetragenen

---

[116] So auch Mundt, NZBau 2003, S. 73 (76)
[117] Dies übersieht Büdenbender, der meint, hier komme subsidiär der objektive Fehlerbegriff zur Anwendung (DStR 2002, S. 361; ebenso Lorenz/Riehm, S. 258, Rn. 485 ff.). Auch ist nicht nachzuvollziehen, warum in dem subsidiären Verweis auf die übliche Beschaffenheit von Werken eine stärkere Einschränkung des bisherigen Sachmangelbegriffes liegen soll (so aber Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.) § 633 Rn. 6
[118] Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.), § 633 Rn. 5; ebenso Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 167
[119] dagegen: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab § 633 Rn. 17; dafür: Jauernig/ Schlechtriem, (10. Aufl.), § 633 Rn. 6
[120] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 167

Argument der Angleichung an die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (s.S. 19) dürfte wohl insbesondere maßgeblich gewesen sein, daß ein solches Stufenverhältnis Konsequenz der Einführung der subjektiven heorie ist. Denn diese stellte ebenfalls primär auf die Vereinbarung und sekundär bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung auf objektive Kriterien ab (s.S. 11). Daneben entspricht ein solches Stufenverhältnis der Intention des Gesetzgebers, Rechtsklarheit hinsichtlich der im Rahmen des Sachmangelbegriffes maßgeblichen Kriterien und ihrer Reihenfolge zu schaffen. Diese auf den ersten Blick rein formale Abweichung hat in der Praxis nicht unerhebliche Konsequenzen (s.S. 31 f.), erscheint jedoch im Werkvertragsrecht – anders als im Kaufrecht – mangels zwingenden Umsetzungsbedarfes (s.S. 3 f.) europarechtlich als unproblematisch.

Zum anderen wurde die ***Vermutungskonstruktion*** des Art. 2 II VbrKfRL, d.h. die Vermutung über das, was vertraglich als Sollbeschaffenheit gelten soll, und die damit für den Verbraucher verbundene Beweislasterleichterung (s.S. 16 f.), nicht in das neue Schuldrecht übernommen. Die Auslegungskriterien des Art 2 II a - d VbrKfRL nennt der deutsche Gesetzgeber in § 434 I BGB n.F. bzw. § 633 II BGB n.F. lediglich als Maßstab zur Ermittlung der Vertragsgemäßheit der Kaufsache. Er lehnte die Übernahme der Vermutungsregelung mit der Begründung ab, diese Regelungstechnik sei dem deutschen Recht fremd.[121] Dieses Argument kann im Hinblick auf die gesetzlichen Vermutungen der §§ 938, 1117 III, 1213 II, 1253 II, 1377 III, 1625 BGB (gesetzliche Tatsachenvermutungen) sowie §§ 891, 921, 1006, 1138, 1155, 1362 BGB n.F. (gesetzliche Rechtsvermutungen) nicht überzeugen. Ferner zeigt die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, daß der europäische Normengeber sich durchaus bewußt war, daß in einigen Mitgliedstaaten eine solche Vermutungsregel noch nicht bestand. Nach kontroverser Diskussion der Vor- und Nachteile entschied man sich für die Vermutungskonstruktion. Allerdings spricht Erwägungsgrund 8 der endgültigen Fassung der Richtlinie nur davon, daß die Einführung einer Vermutungsregel „sinnvoll“ sei. „In

[121] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 254; Matthiesen /Lindner, NJ 1999, S. 617 (618); Medicus, ZIP 1996, S. 1925 (1925)

Ermangelung spezifischer Vertragsklauseln sowie im Fall der Anwendung der Mindestschutzklausel können die in dieser Vermutung genannten Elemente verwendet werden, um die Vertragswidrigkeit der Ware zu bestimmen.“[122] Insofern wird dem nationalen Gesetzgeber die Entscheidung überlassen, ob er zu einer gesetzlichen Vermutung einer entsprechenden Vereinbarung greift oder die Kriterien schlicht als objektiven Maßstab im Rahmen der Sachmängelhaftung berücksichtigt.[123]

2. Neuerungen

a. Bagatellegrenze?

Prekär erscheint, daß der neue Sachmangelbegriff unter Umständen zu einer bedenklichen Verschärfung der Gewährleistung des Werkunternehmers führen wird. Zwar enthielt auch § 633 I BGB a.F. bei nur geringfügigen Abweichungen der Ist- von der Sollbeschaffenheit keine Bagatellegrenze, jedoch wurde von der Rechtsprechung eine Toleranzgrenze von bis zu 10 % zu Gunsten des Bauträgers zugestanden.[124] In diesen Fällen muß nunmehr „auch das großzügigste OLG“[125] einen Mangel bejahen.[126] Eine einschränkenden Auslegung im Sinne einer Bagatellegrenze, wie sie Weyers forderte (s.S. 18), steht nicht nur der Wortlaut des § 633 II S.1 BGB n.F. entgegen, wonach jede Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit einen Sachmangel darstellt, sondern ebenso der Intention des Gesetzgebers, wie sich aus der Begründung des Kommissionsentwurfes (s.S. 20 f.) und Diskussionsentwurfes (s.S. 24) ergibt. Darüber hinaus würde eine einschränkende Auslegung den Vorgaben der auf das UN-Kaufrecht zurückgehenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie widersprechen (s.S. 17), die sich bewußt gegen eine Bagatellegrenze wandte.

---

[122] Abl.EG L 171 vom 7.7.1999, S. 12 (12)
[123] So auch Lehmann, JZ 2000, S. 280 (283); Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952 (953); Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 27 (34)
[124] BGH NJW 1997, S. 2874 (2874); OLG Celle BauR 1998, S. 805 (807)
[125] Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (628)
[126] Ebenso Sprau/Palandt, (63. Aufl.), § 633 Rn. 6; Mundt, NZBau 2003, S. 73 (75)

Angesichts der Tatsache, daß im Werkvertragsrecht, insbesondere im Bauvertragsrecht sich bei fast jedem Werk Abweichungen zwischen Beschreibung und tatsächlicher Ausführung, wenn auch meist nur im Detail ergeben[127], ist eine solche Haftungsverschärfung äußerst fragwürdig. Der Werkunternehmer wird, wenn man ihm das Risiko geringfügiger Fehlleistungen allein überbürdet, unbillig belastet. Ihn darauf zu verweisen, daß er die Haftung durch eine entsprechende Vereinbarung gegen einen Preisnachlaß ausschließen könne – „geringfügige Abweichungen bis zu 10 % gelten als vertragsgemäß“ –, wie es der europäische Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 17) vorschlägt, stellt ebenso keine Lösung dar, da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, für einen sachgerechten Interessenausgleich zu sorgen. Auch berücksichtigt dies nicht, daß das Risiko einer geringfügigen Fehlleistung beim Werkvertrag, bei dem sich die Herstellung des Werkes in der Regel über einen längeren Zeitraum erstreckt und sich meist komplexer gestaltet, ungleich höher ist als beim Kaufvertrag. Angesichts des eindeutigen Willens des Gesetzgebers kann auch nicht *Sprau*[128] gefolgt werden, der Zurückhaltung bei der Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung fordert und eine stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung nur hinsichtlich wesentlicher technischer Regeln bzw. derjenigen Eigenschaften annimmt, auf die der Besteller ausdrücklich oder offenkundig Wert legt.

b. Vereinbarungsgemäßes, aber funktionsuntaugliches Werk

Schwierigkeiten ergeben sich im neuen Recht bei der Frage, ob ein Werk mangelhaft ist, das den Beschaffenheitsvereinbarungen entspricht, aber zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch ungeeignet ist.

Der BGH[129] bejahte im alten Recht einen Sachmangel. Hatten die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart, mit der die Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden könne, dann sei dennoch ein

[127] Hertel, DNotZ 2002, S. 6 (14)
[128] Palandt/Sprau (63.Aufl.), § 633 Rn. 7; ebenso Teichmann ZfBR 2002, S. 13, (15)
[129] BGHZ 139, 244 (247); BGHZ 91, 206 (212f.); BGH BauR 1995, 230 (230)

funktionstaugliches Werk geschuldet. Die Leistung des Auftragnehmers sei nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweise, die für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch erforderlich sei. An dieser für das Werkvertragsrecht typischen Erfolgshaftung ändere sich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart hätten. Hierbei konnte sich der BGH auch auf den Wortlaut des § 633 BGB a.F. stützen, der das Element der Gebrauchstauglichkeit des Werkes betonte.

Nach neuem Schuldrecht verstößt ein vorrangiges Abstellen auf die fehlende Funktionsfähigkeit jedoch gegen die gesetzliche Subsidiarität der Verwendungseignung gegenüber der Beschaffenheitsvereinbarung („soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“)[130]. Ebenso würde verkannt, daß das im alten Recht maßgebliche Kriterium der „Minderung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit“ (s.S. 13 f.) Keilholz folgend (s.S. 20) aus dem Fehlerbegriff gestrichen wurde. Die Annahme des *BGH*[131] und von *Teichmann*[132] (s.S. 21), die DIN-Normen und die allgemeinen Regeln der Technik seien gegenüber dem fixierten Leistungsprogramm der Parteien als vorrangig vereinbart, erscheint zur Lösung dieses Problems ebenfalls nicht geeignet. Denn damit würde die Dreistufigkeit des Sachmangelbegriffes in § 633 II S. 1 und 2 BGB n.F. unterlaufen.

Peters[133] sucht die Lösung des Problems in einer einschränkenden Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung: Eine Leistungsbeschreibung, die ein minderwertiges Werk zur Folge hat, sei keine Beschaffenheitsvereinbarung. Mangels vertraglicher Vereinbarung einer Beschaffenheit könne sodann auf dritter Stufe auf die übliche Verwendungsmöglichkeit gemäß § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB n.F. zurückgegriffen werden.

---

[130] Demgegenüber bezweifelt Mundt NZBau 2003, S. 73 (76 f.) den Subsidiaritätsgrundsatz. Die vereinbarte Beschaffenheit und der vertragliche Verwendungszweck seien gleichwertig. Dies zeige § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F., der auf die gewöhnliche Verwendung „und“ die übliche Beschaffenheit abstelle. Dem steht jedoch die Formulierung des § 633 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. „soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“ entgegen. So auch Palandt/Sprau (63.Aufl.), § 633 Rn.7

[131] BGHZ 139, 244 (247); BGH BauR 1995, 230 (230)

[132] Teichmann/Schröder, JZ 1999, S. 799 (800); so wohl auch Palandt/Sprau (63. Aufl.), § 633 Rn. 6

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung eine solche Einschränkung zu entnehmen ist. Vielmehr läßt § 633 BGB n.F. dem Besteller die Wahl, das gewünschte Werk mittels einer Beschaffenheitsangabe, § 633 II S.1 BGB n.F., oder über den Verwendungszweck, § 633 II S.2, Nr. 1 BGB n.F., zu beschreiben oder hiervon abzusehen, so daß die gewöhnliche Beschaffenheit und die Eignung zu gewöhnlichen Verwendungen geschuldet ist, § 633 II Nr.3 BGB n.F. Wählt der Besteller jedoch die erste Variante und beschreibt das gewünschte Werk detailliert, so bürdet er sich damit das Planungsrisiko auf, das bei einer Definition des Werkes allein über die Verwendungszwecke beim Werkunternehmer läge.

Eine Ausnahme wird man in Fällen zulassen müssen, in denen der Besteller nicht erkannte und auch nicht erkennen konnte, daß die vereinbarte Beschaffenheit zwangsläufig zu einem nicht funktionstauglichen Werk führt, und der Unternehmer diesen Irrtum zumindest unterhält. Hier sollte im Wege der ergänzenden Vertagsauslegung gemäß § 242 BGB von der stillschweigenden Vereinbarung eines funktionstauglichen Werkes ausgegangen werden. Erkennt hingegen der Besteller, der Kosten sparen möchte, die Risiken der vereinbarten günstigeren Ausführungsart, so ist er nicht schutzwürdig. Letztlich handelt es sich bei dem im neuen Recht favorisierten subjektiven Fehlerbegriff um einen Ausfluß der Privatautonomie, die nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden soll.

c. Berücksichtigung subjektiver Merkmale

Des weiteren ist nach dem Wortlaut und der Begründung der Gesetzesentwürfe unklar, ob der Begriff der „vereinbarten Beschaffenheit“ dahingehend zu verstehen ist, daß auch subjektive Merkmale wie Optik und Design, die von der Gebrauchstauglichkeit unabhängig sind, das Bausoll mitbestimmen und bei Nichteinhaltung einen Mangel begründen können.

Während im alten Recht dies nur ausnahmsweise bejaht wurde (s.S. 14),

[133] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 165

sprechen nunmehr der Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie die Streichung des Erfordernisses der Gebrauchstauglichkeit dafür, daß künftig auch von der Gebrauchstauglichkeit unabhängige vertragliche Vorgaben wie Optik und Design einen Sachmangel begründen[134]. „Damit wäre eine deutliche Akzentverschiebung hin zu einer bestellerfreundlichen Definition des Mangels erfolgt.“[135] In diese Richtung deutet auch eine neuere Entscheidung des OLG Hamm[136]: Werden Haustürschwellen aus Naturstein in kleinen statt, wie nach dem Ausschreibungstext vertraglich vorausgesetzt, in großen Platten gefertigt, so stellt dies einen zur Minderung berechtigenden optischen Mangel dar.

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Der Sachmangelbegriff des neuen Rechts, wie er in § 633 II BGB n.F. kodifiziert ist, folgt im Wesentlichen der Konzeption von Basedow und Weyers (s.S. 18 f.) Er bringt deutlich den bereits im Schrifttum zum alten Recht (s.S. 10 f.) überwiegend vertretenen subjektiven Fehlerbegriff zum Ausdruck, dem auch die Rechtsprechung zum alten Recht meist folgte (s.S. 11 f.). Abweichend von der Konzeption von Weyers und der Rechtsprechung zum alten Recht wird dem Kommissionsentwurf folgend (s.S. 23) auf eine Bagatellegrenze verzichtet; ebenso wird die Dreistufigkeit des Fehlerbegriffes im Anschluß an Basedow (s.S. 19) deutlicher als im Kommissionsentwurf herausgearbeitet. Insofern kann das neue Recht als eine *Weiterentwicklung* des subjektiven Fehlerbegriffes bezeichnet werden, die auf einer Kombination der Reformkonzeptionen von Basedow, Weyers und dem Kommissionsentwurfe beruht.

Betrachtet man nun die Motive, die zu dieser Konzeption des neuen Rechts geführt haben, so trifft man auf ganz unterschiedliche *Arten von Begründungen*: Zum einen stellen die Gesetzesentwürfe auf den Gesichtspunkt der *Praktikabilität* ab: Der objektive Fehlerbegriff setzt eine klare Gattungseinteilung der Werkleistungen voraus, die in der Praxis jedoch

---

[134] Preussner, BauR 2002, S. 231 (233)
[135] Preussner, BauR 2002, S. 231 (233)
[136] OLG Hamm NJW-RR 2003, S. 965 (965 f.)

nicht möglich ist. Das Gutachten von Basedow wiederum hebt auf eine *dogmatische* Begründung ab: Der Vertrag ist das die Beziehungen der Vertragsparteien prägende Element; so wie sich aus diesem ergibt, welchen Werklohn der Besteller schuldet, bestimmt er auch wie eine fehlerfreie Werkleistung beschaffen ist. Zum anderen argumentiert Basedow aus *rechtsvergleichender* Perspektive und verweist darauf, daß die kontinentalen Rechtsordnungen ebenso auf die Parteivereinbarungen abstellen. Ferner spielt sich die Diskussion hinsichtlich der Einführung einer Bagatellegrenze auf der Ebene der *Interessenwertung* ab: Während Weyers argumentierte, daß es nicht billig sei, den Werkunternehmer auch für die im Rahmen der modernen, zunehmend komplexen Produktion auftretenden Zufallsfehler haften zu lassen, hält der Kommissionsentwurf eine Erheblichkeitsschranke für nicht sachgerecht, da damit die Haftung weniger streng als bei der Verletzung allgemeiner Leistungspflichten ausfiele.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Nun fragt sich, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, an die Stelle des alten Fehlerbegriffes eine in sich dogmatisch stimmige Gesamtkonzeption zu setzen. Diese Frage muß dahingehend beantwortet werden, daß die Neufassung zwar dogmatisch stringent im Sinne der subjektiven Theorie durchgeführt wurde, diese jedoch zugleich rechtspolitisch wenig wünschenswerte Nebeneffekte mit sich bringt.

Begrüßenswert ist zunächst, daß die im alten Recht umstrittene Frage der ***subjektiven oder objektiven Bestimmung*** des Sachmangels nunmehr geklärt ist. Auch wenn die Entscheidung des Streites zwischen objektiver und subjektiver Theorie durch die Einbeziehung des aliud und des minus in den Sachmangelbegriff im Hinblick auf die Fallgruppen der Gattungabweichung und des Quantitätsmangels (s.S. 10 f.) an Bedeutung verloren hat, so war eine Streitentscheidung bezüglich der Fallgruppen der Individual- und Umstandsabweichungen erforderlich. Positiv zu bewerten ist die Entscheidung des Gesetzgebers nicht zuletzt deshalb, weil der Ansatz der subjektiven Theorie sich *dogmatisch* in das durch den Grundsatz der Privatautonomie geprägte bürgerliche Recht gut einfügt: Den Parteien ist

es überlassen, ihre Beziehungen im Rahmen der Rechtsordnung durch Rechtsgeschäft eigenverantwortlich zu gestalten. Machen sie hiervon Gebrauch, so bestimmt die vertragliche Vereinbarung entscheidend die rechtliche Beziehung der Parteien. Was nicht Gegenstand der Vereinbarung ist, kann auch nicht für die Bestimmung des Sachmangelbegriffes verwertbar sein. Die subjektive Theorie erscheint darüber hinaus grundsätzlich auch *interessengerecht*, da Parteien ihren Vorstellungen im Vertrag Ausdruck verleihen und Risiken und Lasten entsprechend ihren Interessen verteilen können.

Die Streichung des objektiven Elementes der ***Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit oder des Wertes*** aus dem Sachmangelbegriff erscheint im Hinblick auf eine klare Entscheidung für den subjektiven Sachmangelbegriff zwar *dogmatisch* konsequent. Grundlage der Sachmängelhaftung ist in Übereinstimmung mit dem UN-Kaufrecht und der europäischen Richtlinie (s.S. 15 f.) allein der Vertrag. Wenn die Parteien sich über eine bestimmte Beschaffenheit der Sache einigen, ist dies für die Haftung des Unternehmers ausreichend. Allerdings führt dies zu den dargestellten wenig *interessengerechten* Ergebnissen, wenn ein Werk zwar vereinbarungsgemäß, aber funktionsuntauglich ist (s.S. 31 ff.), sowie bei rein optischen Mängeln (s.S. 33 f.).

Auch die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine ***Bagatellegrenze*** ist Ausfluß seines entschiedenen Eintretens für die *subjektive Sachmangelbestimmung.* Der Unternehmer soll, grundsätzlich für vertraglich vereinbarte Beschaffenheitsvereinbarungen nicht weniger streng haften als für sonstige (vertragliche) Leistungspflichten. Wer sich vertraglich bindet muß sich daran festhalten lassen. In Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und dem UN-Kaufrecht (s.S. 17), ist ein Werk trotz Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nur dann vertragsgemäß, wenn der Besteller ausdrücklich sich bereit erklärt, einen geringfügigen Mangel gegen Preisnachlaß in Kauf zu nehmen. Wie ausgeführt (S. 30 f.) erscheint dieses Ergebnis ebenso wenig *interessengerecht*.

B. Werbeangaben und andere öffentliche Äußerungen

Vergleicht man den Sachmangelbegriff des § 434 I BGB n.F. mit demjenigen des § 633 II BGB n.F., so fällt eine Abweichung auf, obgleich eine Parallelität von kaufrechtlichem und werkvertraglichem Sachmangelbegriff intendiert war:[137] Gemäß § 434 I S.3 BGB n.F. gehören zur Beschaffenheit einer Sache auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder Erfüllungsgehilfen, insbesondere in der Werbung oder bei entsprechender Kennzeichnung, erwarten kann. Anlaß für die Schaffung des § 434 I S. 3 BGB n.F. war Art. 2 II d VbrKfRL (dazu II). Auch wenn diese Richtlinienvorgaben keine unmittelbare Geltung für den Werkvertrag i.S.d. neuen Rechts haben, so stellt sich unter dem Aspekt der Fernwirkung der Richtlinie die Frage, warum eine entsprechende Regelung nicht auch in das Werkvertragsrecht übernommen wurde. Hierbei kann ein Blick auf die Gutachten und die Begründung der Gesetzesentwürfe weiterhelfen (dazu III.). Die hier vorgetragenen Argumente sollen kritisch hinterfragt werden (dazu IV.1.). Zunächst soll jedoch auf die Haftung für Werbeaussagen des Unternehmers und die sich hier ergebenden Schwierigkeiten nach altem Recht, welche die Reform beheben wollte, eingegangen werden (dazu I.).

I. Das alte Recht

Zur Verdeutlichung der Probleme des alten Rechts sei hier folgender Fall angeführt[138]: Im Prospekt des Bauträgers T für eine Wohnanlage ist ein Wohnungstyp als „Dachwohnung, 60 qm – anheimelnd durch Dachbalken und Dachschräge, mit Gaubenfenstern“ angepriesen. Tatsächlich ist die Wohnung infolge der Dachschräge bei Zugrundelegen der ehemaligen DIN 283 nur etwa 50 qm groß. Der Bauträgervertrag[139] enthält keine Angaben

[137] So KE in: Abschlußbericht der Schuldrechtskommission, S. 251; DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 315

[138] In Anlehnung an BGH DNotZ 2001, S. 201 (201 ff.)

[139] Der „Bauträgervertrag“ ist ein Vertrag eigener Art zwischen einem Bauträger und einem Erwerber. Der Bauträger ist ein Gewerbetreibender, der das Bauvorhaben im

über die Wohnungsgröße. Auf der Grundlage des Prospekts erwirbt B die Wohnung.

1. Werbeangaben und Fehler i.S.d. § 633 I BGB a.F.

Eine Gewährleistungshaftung für Werbeangaben kam zunächst unter dem Aspekt eines Fehlers i.S.d § 633 I BGB a.F. in Betracht.

Hatten die Vertragsparteien bei Vertragsschluß ausdrücklich auf die in der Werbebroschüre beschriebenen Angaben (z.B. die Wohnungsgröße) Bezug genommen, so war unproblematisch bei Abweichung von dieser ein Fehler gegeben. War hingegen – wie im vorliegenden Beispielsfall – die Werbebroschüre lediglich Grundlage der Vertragsverhandlungen, so war fraglich, ob die vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit bzw. der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch[140] durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen, wie Werbeangaben, bestimmt werden konnten. Entscheidend war hierbei, ob allein auf die vertragliche Vereinbarung oder auch auf vertragsanbahnendes Handeln, d.h. die Übereinstimmung hinsichtlich einer Geschäftsgrundlage, abzustellen sei. Nur im letzteren Fall konnten Werbeaussagen und sonstige Marketingbemühungen für den Fehlerbegriff des § 633 I BGB a.F. Bedeutung erlangen.[141]

---

eigenen Namen vorbereitet und durchführt. Er ist selbst Bauherr und Vertragspartner der Bauunternehmer. Dabei baut er in der Regel auf einem eigenen oder einem von ihm zu beschaffenden Grundstück (Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 675 Rn. 14). Schon bei Errichtung des Bauwerks besteht eine Veräußerungs- oder zumindest Erwerbsverpflichtung zwischen Bauträger und Erwerber (Locher/Koeble, Baubetreuungsrecht, S. 5 f.). Der Bauträger schuldet aus dem Bauträgervertrag neben der Grundstücksübertragung die Bauerstellung und fallweise auch die wirtschaftliche Betreuungstätigkeit. Rechtlich eingeordnet wird der Bauträgervertrag als gemischter Vertrag, bestehend aus Kaufvertragselementen hinsichtlich der Grundstücksverschaffung, aus Werkvertragselementen hinsichtlich der Herstellungsverpflichtung (LG Köln BauR 1971, S. 193 (195)), als Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter (BGH WM 1969, S. 1139 (1139)) oder als Werklieferungsvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter (OLG Celle OLGZ 1971, 401 (401 f.) Locher/Koeble, Baubetreuungsrecht, S. 13). Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß mit dem Baubetreuungszweck zusammenhängende Fragen wie Nachbesserung, Gewährleistung, Abnahme und Verjährung sich nach Werkvertragsrecht richten.

[140] Palandt/Sprau (61. Aufl.), § 631 Rn. 2a

[141] Die nun folgende Diskussion wurde im Kaufrecht geführt, läßt sich jedoch auf das Werkvertragsrecht übertragen, denn auch im Werkvertragsrecht spielt sie eine wichtige Rolle, wie vielfältige Beispiele von Werbung im Bereich des Werkvertrages zeigen (Werbung bei Bauverträgen: BGHZ 111, 314, BGHZ 115, 214, BGHZ 146, 250 und BGH DNotZ 2001, S. 360; Werbung eines Konzertveranstalters: AG Hamburg, Urteil vom 15.5.1996 – 18 a C 2434/95, wiedergegeben in: NJW 1997, S. 1134 (1134 f.))

a. Stillschweigende Vereinbarung

Larenz[142] äußert sich nicht ganz eindeutig. Der „nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch“ erfordere zwar nicht, daß der Besteller „die von ihm beabsichtigte Verwendung [...] [Anm.: dem Unternehmer] mitteilt und dieser sie zur Kenntnis nimmt, wohl aber, daß er die Eignung der Sache hierfür, sei es ausdrücklich behauptet, sei es wenigstens stillschweigend bejaht, daß also ein Einverständnis beider hierüber hergestellt wird.“

Knöpfle[143] dagegen stellte klar heraus, daß eine vertragliche Vereinbarung erforderlich sei. „Es erscheint sachfremd, die Sachmängelhaftung [...] an eine innere, mit der des [...] [Anm.: Bestellers] übereinstimmende Vorstellung zu knüpfen, auch wenn sie nach außen nicht hervortritt.“ Vielmehr sei eine „verbindliche“ Äußerung erforderlich.

b. Grundsätzlich stillschweigende Vereinbarung, ausnahmsweise Geschäftsgrundlage

Die Rechtsprechung wiederum bezog nicht zweifelsfrei im Sinne der einen oder anderen Ansicht Stellung. RGZ 67, 86 (87) scheint von einer vertraglichen Vereinbarung auszugehen: „Denn das Fehlen der bloß vorausgesetzten, nicht vertraglich zugesicherten Höhe des bisherigen Ertrages einer Sache oder eines Geschäftsbetriebes ist grundsätzlich überhaupt kein Fehler“. In dieser Weise ist wohl auch RGZ 79, 86 zu verstehen: Die dem Besteller „erkennbare Zweckbestimmung [...] genügt nicht zur Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs. Es muß vielmehr eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung beider Teile vorhanden sein, daß [...] [Anm.: das Werk] zu einem bestimmen Zwecke geeignet sein müsse. Mit anderen Worten: Die Zweckbestimmung muß zum Vertragsinhalt geworden sein, wenn der besondere Gebrauch als vom Vertrage (d.h. vertraglich) vorausgesetzt angenommen werden soll.“

Dagegen formulierte RGZ 131, 343 (352): „Dabei ist nicht beachtet, daß

---

[142] Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 95
[143] Knöpfle, JZ 1978, S. 121 (123 f.); ebenso Peifer, JR 2001, S. 265 (266)

die Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauches nicht schon dann gerechtfertigt ist, wenn dem [...] [Anm.: Besteller] die Zweckbestimmung bekannt ist, die [...] [Anm.: der Besteller dem Werk] zu geben beabsichtigt, daß vielmehr diese Zweckbestimmung für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden sein muß.“ Ebenso hieß es in BGHZ, BB 1961, S.305 (305): die dem Besteller „erkennbare Zweckbestimmung schon zu der Folgerung genügt, daß nach dem Vertrage ein entsprechender Gebrauch vorausgesetzt sei. Die herrschende Lehre verlangt zur Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauches eine Willens-einigung beider Teile dahin, daß [...] zu einem bestimmten Zweck geeignet sein müsse, wobei allerdings der beiden Teilen bekannte Vertragszweck auch stillschweigend zur Vertragsgrundlage gemacht werden kann. Es genügt mithin zur Annahme eines vertraglich vorausgesetzten Gebrauches – auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofes, daß die betreffende Zweck-bestimmung [...] gewissermaßen für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden ist.“

Die Aussagen der Rechtsprechung zusammenfassend läßt sich feststellen: Zur Bestimmung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs war grund-sätzlich eine zumindest stillschweigende Willenseinigung der Parteien notwendig, daß die Sache zu einem bestimmten Zweck geeignet sein soll. Ein bloßes Motiv oder eine einseitige Zweckbestimmung genügten nicht. Nur in bestimmten Einzelfällen war ausreichend, daß die Zweckbe-stimmung für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden ist.

Gerade von dieser bestellerfreundlichen Möglichkeit, im Einzelfall auf eine Art Geschäftsgrundlage abzustellen, machte der BGH offenbar Gebrauch, ohne dies jedoch weiter zu thematisieren, wenn er im Kaufrecht in einigen Fällen des Gebrauchtwagenhandels eine Haftung für Angaben in Werbeprospekten, die nicht vertraglich vereinbart wurden, bejahte: In BGHZ 132, 55 wurde beispielsweise das Prospekt des Herstellers, welches bestimmte Angaben hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs macht, lediglich „Grundlage der Verkaufsverhandlungen“. In BGH NJW 1997, S. 2590 (2590) war die Betriebsanleitung eines Kfz lediglich „Gegenstand der

Vertragsverhandlungen“. Die Frage, welche Anforderungen dabei im Einzelfall zu stellen waren, damit anläßlich der Vertragsanbahnung gemachte Werbeangaben als Geschäftsgrundlage in den Fehlerbegriff einbezogen werden konnten, wurde nur vereinzelt thematisiert: Als möglicher Anknüpfungspunkt konnten die konkreten Vertragsverhandlungen der Parteien dienen. Ein Hinweis seitens des Verkäufers oder Käufers auf die Werbeangaben, der so deutlich war, daß die andere Partei erkennen mußte, daß bestimmte Werbeangaben als zum Vertragsinhalt gehörig betrachtet werden sollen, konnte genügen. Der Verkäufer mußte erkennen können, daß der Käufer von bestimmten Werbeaussagen Kenntnis hatte und diese beim Geschäftsschluß von nicht untergeordneter Bedeutung waren.[144] Aber auch die *Schutzwürdigkeit des Bestellers* und seine individuellen Fähigkeiten, die Werbeangaben zu prüfen, konnte im Einzelfall als Kriterium herangezogen werden. Denn in BGHZ 16, 54 (56) wurde eine Berücksichtigung des Werbematerials bei der Fehlerbestimmung mit der Begründung abgelehnt, der Käufer (ein Arzt), sei „auf Grund seiner wissenschaftlichen Ausbildung und seiner Standespflicht zur eigenen selbstverantwortlichen Entscheidung“ über die Werbeangaben aufgerufen gewesen. Lediglich im Bereich des Gebrauchtwagenhandels schien der BGH wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Käufers und der Möglichkeit des Haftungsausschlusses in AGB durch den Gebrauchtwagenhändler (vgl. §§ 11 Nr. 10 und 19 AGBG) etwas großzügigere Maßstäbe anzulegen.

c. Konsequenzen für den Beispielsfall

Für den angeführten Beispielsfall (s.S. 37 f.) bedeutet dies, daß der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch mangels erneuten Hinweises auf das Werbeprospekt bei Vertragsschluß und fehlender besonderer Schutzwürdigkeit des Bestellers – selbst wenn man mit dem BGH im Einzelfall eine Geschäftsgrundlage genügen läßt – nicht durch dieses mitbestimmt wird. Ein Fehler i.S.d. § 633 I BGB a.F. war folglich zu verneinen.[145]

---

[144] Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 193 ff.
[145] im Ergebnis so auch Hertel, DNotZ 2002, S. 6 (13)

2. Werbeangaben und zugesicherte Eigenschaft

Die Gewährleistungshaftung kam des Weiteren unter dem Aspekt einer zugesicherten Eigenschaft in Betracht. Zu prüfen war hier, ob Werbeangaben auch Eigenschaftszusicherungen i.S.d. § 633 BGB a.F. darstellen können.

a. Die Zusicherung

Eine Zusicherung setzte im Werkvertragsrecht ein vom Unternehmer vertraglich gegebenes, ernsthaftes Versprechen voraus, das Werk in einer bestimmten Weise herzustellen, ohne daß es erforderlich war, daß der Unternehmer zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht werde.[146] Hierbei galt, daß nicht jede Beschreibung einer Werkleistung „ohne weiteres“ eine Zusicherung darstellen sollte.[147] Ob die Werbung diesen Anforderungen genügte, war im Einzelfall fraglich.

aa. Zusicherung bei Schutzbedürftigkeit

In bezug auf Werbung für die Echtheit von Kunstgegenständen in Katalogen, Inseraten und Preislisten wurde von *v. Westerholt/Graupner*[148] das Vorliegen einer Zusicherung befürwortet. Begründet wurde diese Annahme mit der Schutzbedürftigkeit des unerfahrenen Käufers.

Derselbe Gedanke findet sich bei *Müller*[149], der in Werbung eine zugesicherte Eigenschaft sieht, soweit ein schutzwürdiges Vertrauen vorliegt: „Man wird eine Zusicherung immer dann annehmen müssen, wenn der Warenhersteller durch Werbung oder durch eine der Ware beigegebene Erklärung dem Verbraucher Angaben über die Ware macht, auf die dieser verständigerweise als richtig vertrauen darf.“

---

[146] So die wohl herrschende Meinung: BGHZ 96, 111 (114 f.); BGH NJW-RR 1996, S. 783 (783); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 18; Soergel/Teichmann (12.Aufl.), Vor § 633 Rn. 34; Kaiser, BauR 1983, S. 19 (26 f.); Nicklisch/Weick, VOB/B § 13 Rn. 22; a.A.: Tempel, JuS 1979, S. 800 (800 ff.); Eimer, NJW 1973, S. 590 (590 ff.)

[147] BGH NJW 1981, S. 1448 (1448)

[148] v. Westerholt/Graupner, NJW 1978, S. 794 (794)

[149] Müller, AcP 165 (1965), S. 285 (319 ff); ebenso zu Gütezeichen: Müller DB 1987, S.

Finkentscher[150] dagegen verneinte das Vorliegen einer zugesicherten Eigenschaft: „Bloße Werbeanpreisungen oder übertriebene Beschreibungen der Wareneigenschaften genügen nicht. Entscheidend ist der Garantie- und Einstandswille, der grundsätzlich nur in engen Grenzen anzunehmen ist, weil sich daran die Schadensersatzpflicht des § 463 BGB (Anm.: a.F.) knüpft."

bb. Zusicherung bei qualifizierten Umständen

Ebenso wurde in der *Rechtsprechung* eine Zusicherung im Kaufrecht nur mit äußerster Zurückhaltung bejaht. Grundsätzlich ging sie davon aus, daß bloße Anpreisungen bzw. werbende Zeitungsanzeigen[151] typischerweise nicht als Zusicherung von Eigenschaften betrachtet werden könnten. Im Trevira-Urteil[152] entschied der BGH, daß Werbung keine zugesicherte Eigenschaft begründe und daß daran auch das Vorliegen eines Warenzeichens nichts ändere: „Erst recht würden dazu [Anm.: für die Zusicherung einer Eigenschaft] allgemeine Anpreisungen in der Werbung nicht genügen. Vielmehr muß, wenn in der Erklärung des Verkäufers die Zusicherung einer Eigenschaft liegen soll, diese nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte dahin aufzufassen sein, daß der Verkäufer für die betreffenden Eigenschaften die vertragsmäßige Gewähr übernehmen will." Ebenso äußert sich auch BGHZ 51, 91 (100): „In seinem Urteil BGHZ 48, 118 hat er [Anm.: der VIII. Zivilsenat] es abgelehnt, der Werbung haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß sie im Ringen um

---

1521 (1521 ff.)

[150] Finkentscher, SchR, § 69 II 6 b, S. 441

[151] OLG Schleswig, in MDR 1979, S. 935 (936): Zwar diene der Anzeigenteil einer Zeitung schon seinem Bestimmungszweck nach dazu, durch Anpreisung Kunden zu werben. „Was Vertragsinhalt wird und ob sich der Verkäufer für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften „verbürgen" will, muß grundsätzlich aus dem Verhalten des Ver-käufers bei den Vertragsverhandlungen hervorgehen. Es mag sein, daß der Text von Zeitungsinseraten von beiden Parteien stillschweigend oder schlüssig, zumindest aber erkennbar in die eigentlichen Vertragsverhandlungen einbezogen werden kann [...]. Das muß in der Vertragsverhandlung so deutlich erkennbar zum Ausdruck kommen, daß sich der Käufer darauf nach Treu und Glauben verlassen darf." a.A.: OLG Schleswig in einer früheren Entscheidung, MDR 1977, S. 929 (929): „Wird in einer Zeitungsanzeige ein Haus unter Angabe des Baujahres angeboten, so ist diese Angabe als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen.", jedoch durch Bezugnahme auf diese Entscheidung in OLG Schleswig, MDR 1979, S. 935 (936) ausdrücklich verworfen; ebenso a.A.: OLG Köln NJW 1972, S. 162 (162 f.) und LG Berlin VersR 1976, S. 396 (396), beide jedoch den Sonderfall der Zusicherung beim Gebrauchtwagenkauf betreffend.

[152] BGHZ 48, 118 (122)

den „König Kunde“ immer umfangreicher und, betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besagt noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme. So versteht sie der verständige Verbraucher nicht.“

Diese grundsätzlich ablehnende Haltung wurde jedoch in bestimmten Fallgruppen durchbrochen.

So wurde im Gebrauchtwagenhandel eine stillschweigend zugesicherte Eigenschaft bejaht. Das *RG*[153] nahm eine Zusicherung der Gebrauchsfähigkeit an, wenn ein Auto als „eben erst vollständig überholt“ verkauft wird. Das *OLG Köln*[154] sah die in einer Werbeanzeige enthaltene Aussage „durch Meisterhand geprüft und TÜV abgenommen“ als zugesichert an. Außerhalb des Kraftfahrzeughandels wurde vom *BGH*[155] im Falle der Werbung für ein Anleitungsbuch zum Abfassen von Nottestamenten eine Zusicherung bejaht: „Diese eindringliche, an einen bestimmten eng begrenzten Personenkreis gerichtete Werbung kann angesichts der besonderen Zweckbestimmung der Mappe [Anm.: rechtsunkundige Bürgermeister zu informieren und so Regreßansprüche zu vermeiden] nicht lediglich als unverbindliche Anpreisung angesehen werden, sondern enthält in Verbindung mit dem von beiden Parteien zugrunde gelegten Verwendungszweck eine ausdrückliche Zusicherung der inhaltlichen Richtigkeit und Zuverlässigkeit der in der Mappe enthaltenen konkreten Anleitung.“ Kennzeichnend für diese Fallgruppe ist also, daß es sich um *Werbeaussagen von besonderer Intensität* handelt. Nach dem BGH[156] genügte jedoch „allein der Umstand“, daß es sich um „besonders eindringliche und gezielte Werbung“ handelt, nicht für die Annahme einer Zusicherung. Hinzukommen mußte ein eng begrenzter Adressatenkreis der Werbung sowie die Schutzbedürftigkeit des Adressaten.

---

[153] RG LZ 1928, 1385 (1385 f.)
[154] OLG Köln NJW 1972, S. 162 (162); ebenso LG Berlin VersR 1976, S. 396 (396) bzgl. Zeitungsanzeige „Ersthandwagen“
[155] BGH NJW 1973, S. 843 (845)
[156] BGH NJW 1973, S. 843 (844)

Auf das Kriterium der Schutzbedürftigkeit des Adressaten der Werbung aufgrund seines *Vertrauens in die Fachkunde* des Verkäufers stellte der *BGH*[157] ebenso in einer anderen Entscheidung ab, die ein an einem PKW angebrachtes, werbendes Verkaufsschild mit Angabe der Gesamtfahrleistung betraf: „Verläßt sich ein Käufer auf die besondere, ihm selbst fehlende Sachkunde des Verkäufers und gibt der Verkäufer seine Erklärung in Kenntnis dieses Umstandes ab, so kann dies als erhebliches Indiz für eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung sprechen."

Schließlich konnte ausnahmsweise *qualifizierte Werbung in Verbindung mit einem begleitenden Markenzeichen* zu einer Zusicherung führen. In der Trevira-Entscheidung[158] bejahte der BGH eine zugesicherte Eigenschaft in einem Fall, in dem die Herstellerin des Grundstoffes Trevira in ihrer Werbung, dem Endkäufer nicht nur bestimmte Eigenschaften versprach, sondern auch die Gewähr dafür bot, daß das Endprodukt von den weiterverarbeitenden Betrieben (Spinner, Weber, Färberei, Druckerei usw.) nach den Verarbeitungsrichtlinien der Herstellerin des Grundstoffes bearbeitet worden sei und nur ein solches Produkt das Etikett Trevira tragen dürfe.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Rechtsprechung nur unter engen Voraussetzungen annahm, daß sich Anpreisungen in der Werbung zu einer zugesicherten Eigenschaft verdichten. Maßgeblich waren die *Intensität der Werbeaussage*, ein *begrenzter Adressatenkreis*, die *Schutzbedürftigkeit des Adressaten der Werbung* wegen besonderes Vertrauens in die Fachkunde des Werbenden und ausnahmsweise das Vorliegen *qualifizierter Werbung* bei begleitendem Markenzeichen.

cc. Die Anwendung auf das Werkvertragsrecht

Diese kaufrechtlichen Grundsätze können auf das Werkvertragsrecht übertragen werden. Zwar stellte die Rechtsprechung gerade wegen der schwerwiegenden Folge der verschuldensunabhängigen Haftung in § 463 BGB a.F. hohe Anforderungen an die Zusicherung. Da § 635 BGB a.F.

[157] BGH NJW 1975, S. 1693 (1695)
[158] BGHZ 48,118 (123 f.)

Verschulden voraussetzte, traf diese Erwägung auf das Werkvertragrecht nicht zu. Jedoch war auch im Werkvertragsrecht sehr große Zurückhaltung hinsichtlich der Annahme einer zugesicherten Eigenschaft geboten. Denn der Besteller war auch bei Verneinung der Zusicherung hinsichtlich seiner berechtigten Erwartungen nicht schutzlos gestellt, da regelmäßig ein Mangel unter dem Gesichtspunkt des Fehlers begründet war.[159]

Eine zugesicherte Eigenschaft wurde im Werkvertragsrecht etwa bejaht, wenn auf einem Werbeplakate für ein Klavierkonzert die Mitwirkung einer international anerkannten Pianistin im Mittelpunkt stand und optisch besonders herausgestellt wurde und statt der angekündigten eine andere Pianistin auftrat. Denn das Konzert werde gerade durch die angekündigte Solistin geprägt und der Veranstalter habe hierauf in seiner Werbung abgestellt.[160]

b. Die Einbeziehung in den Vertrag

Weiter war bei der Frage der Zusicherung durch Werbeäußerungen problematisch, ob die in der Werbung liegende Zusicherung in den Werkvertrag einbezogen war.

In der Literatur finden sich zu dieser Frage kaum Stellungnahmen. Nach *Schack*[161] war es ausreichend, daß die Werbeaussage bis zum Vertragsschluß fortwirke, insbesondere vom Verkäufer nicht widerrufen worden sei.

Die Rechtsprechung wiederum bejahte in den genannten eng begrenzten Fällen, in welchen sie eine Zusicherung annahm, ohne nähere Begründung auch die Einbeziehung in den Vertrag. Das OLG Köln[162] versuchte die

---

[159] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 18

[160] Vgl. AG Hamburg, Urteil vom 15.5.1996 – 18 a C 2434/95, wiedergegeben in: NJW 1997, S. 1134 (1134f.)

[161] Schack, AcP 185 (1985), S. 333 (347): unter Berufung auf OLG Köln 1972, NJW 1972, S. 162 (162 f.), wo jedoch der Sonderfall der Werbung beim Gebrauchtwagenkauf betroffen ist und OLG Schleswig, MDR 1979, S. 935 (935f.), wo eine Haftung aufgrund der bloßen Zeitungsannonce ohne erneute Bekräftigung bei Vertragsschluß abgelehnt wird. Diese Urteile sind mithin nicht geeignet, seine These zu stützen.

[162] OLG Köln NJW 1972, S. 162 (163)

Einbeziehung folgendermaßen zu begründen: „Werbung durch Zusicherung von zum Kauf anreizenden Eigenschaften einer Sache seitens des Verkäufers, Verhandlungen mit dem durch diese Werbung herbeigeholten Interessenten und Abschluß des Kaufvertrages müssen nämlich als Einheit gesehen werden.“ Überzeugen kann diese das Kriterium der Vertragsgemäßheit aufweichende Begründung letztlich nicht. Vielmehr schien die Rechtsprechung aufgrund besonderer Wertung die Anforderungen an die Einbeziehung herabzusetzen.[163]

c. Konsequenzen für den Beispielsfall

Da im obigen Beispielsfall (s.S. 37 f.) weder eine besondere Schutzbedürftigkeit des Adressaten der Werbung, noch sonstige qualifizierende Umstände wie besonderer Intensität der Werbung oder ein begrenzter Adressatenkreis erkennbar sind, war im alten Recht eine Zusicherung einer Eigenschaft zu verneinen.[164]

[163] Kritisch zu dieser Billigkeitshaftung: Peifer, JR 2001, S. 265 (265): Zum einen werde ein Garantiewille von der Rechtsprechung nicht ausreichend geprüft. Zum anderen sei es nicht miteinander vereinbar, daß die Rechtsprechung einerseits den Grund der Haftung in der vertraglichen Zusicherung, also nicht in einem nur einseitigen Versprechen, sehe und auf der anderen Seite das in der Werbung zum Ausdruck gebrachte objektive Verhalten als selbstbindend betrachte.

[164] Im Ergebnis so auch Hertel, DNotZ 2002, S. 6 (13)

II. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Nach Art. 2 II d VbrKfRL muß das Verbrauchsgut „eine Qualität und Leistung aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden." Dem zweiten Tatbestand, Art. 2 II d HS 2 VbrKfRL, zufolge prägen ebenso die ***vernünftigen Erwartungen des Verbrauchers*** die vermutete Sollbeschaffenheit. Hierzu findet sich im UN-Kaufrecht keine Parallelvorschrift[165], sondern es spiegelt sich das von der Kommission im Grünbuch favorisierte Konzept der „berechtigten Erwartung"[166] als Maßstab der Vertragsgemäßheit wider[167]. Dieses zog zur Beurteilung der Erwartungen i.S. eines „dynamischen Konzepts"[168] alle Umstände des Vertragsabschlusses wie Vertragsbestimmungen, Art, Marke, Verwendungszweck, Preis und Darbietung des Produkts sowie Werbung und alle weiteren über das Produkt gelieferten Informationen heran.

Was der Käufer erwarten darf, richtet sich, wie Erwägungsgrund 8 der Richtlinie zeigt, zum einen nach der Beschaffenheit des Gutes, beispielsweise danach, ob eine Ware neu oder gebraucht ist[169]. Zum anderen sind die in der Werbung und gegebenenfalls bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen maßgeblich. Diese Einbeziehung der öffentlichen Äußerungen war bereits im ersten Richtlinienvorschlag der Kommission von 1996 enthalten. Die Formulierung „bei der Etikettierung" ist etwas verunglückt, denn haftungsbegründend sollen selbstverständlich nicht Äußerungen während des Etikettierungsvorgangs, sondern Angaben

---

[165] Medicus, ZIP 1996, S. 1925 (1926)
[166] vgl. Erwägungsgrund I von Abl.EG 1994/C 205, vom 25.7.1994, S. 562 (563)
[167] Micklitz, EUZW 1997, S. 229 (231); a.A.: Weiler, WM 2002, S. 1784 (1790): Das Konzept legitimer Verbrauchererwartung sei in der Richtlinie nicht übernommen worden
[168] Grünbuch 110
[169] Abl. EG 1999/L 171 vom 7.7.1999, S. 12 (12)

auf dem Etikett der Ware.[170]

Jedoch haftet der Verkäufer nicht für jegliche allgemeine Äußerung, die beim Käufer hinsichtlich der Kaufsache eine letztlich enttäuschte Erwartung geweckt hat, sondern nur, wenn sie sich auf konkrete Eigenschaften des Gutes beziehen.[171] Der europäische Gesetzgeber verfolgte hier die Absicht, die Haftung des Verkäufers angesichts des Umstandes, daß in der Werbung oft undifferenzierte und übertriebene Äußerungen vorkommen, zu begrenzen. Der vernünftige Verbraucher, dessen Erwartungshorizont Maßstab der Haftung ist, könne erkennen, daß in nicht konkret produktbezogenen Äußerungen Werbestrategien lägen (z.B. „meistverkaufter Herrenrasierer“), die ihn zum Kauf verleiten sollen, jedoch informativ zur Frage, ob die Ware zur Verfolgung des von ihm intendierten Zwecks geeignet ist, nichts beitragen.[172]

Hinsichtlich der Frage, für wessen Äußerungen der Verkäufer haftet, nennt Art 2 II d VbrKfRL nicht nur den Verkäufer selbst, sondern auch den Hersteller und dessen Vertreter. Denn der Verbraucher unterscheide in der Praxis nicht zwischen Informationen durch den Händler und den Hersteller. Auch könne durch eine solche Regelung dem „Hin- und Herschieben“ der Verantwortung zu Lasten des Verbrauchers vorgebeugt werden.[173]

---

[170] Weiler, WM 2002, S. 1784 (1786)
[171] Abl.EG, 1997/C 66 vom 3.3.1997, S. 5 (8)
[172] Weiler, WM 2002, S. 1784 (1786)

III. Der Reformprozeß

1. Das Gutachten von Weyers

Weyers[174] sprach sich für eine ***Einbeziehung von Werbeaussagen*** in den werkvertraglichen Sachmangelbegriff aus. An die nach seiner Auffassung beizubehaltenden § 631 I und II BGB a.F. fügte er folgenden Absatz III an: „Begründet ein Unternehmer nach den Umständen des Vertragsschlusses, insbesondere durch seine Werbung, den Anschein, er werde dem Besteller bestimmte Leistungen erbringen, so bleibt eine vertragliche Erklärung, er verpflichte sich nur zur Erbringung geringerer oder anderer Leistungen, außer Betracht.“ Das Problem der fehlenden vertraglichen Einbeziehung der Werbeaussagen löste Weyers durch die Fiktion der vertraglichen Vereinbarung.

2. Das Gutachten von Basedow

Ebenso plädierte Basedow[175] in seinem Gutachten zum Kaufrecht für eine ***Gewährleistungshaftung für Werbeaussagen*** – freilich begrenzt auf Tatsachenangaben und wirkliche Versprechungen, nicht hingegen für marktschreierische Anpreisungen wie das „weißeste Weiß Ihres Lebens“. Eine solche Haftung sehe ebenso das US-amerikanische Recht, das schwedische, norwegische, dänische sowie niederländische Recht vor. Berücksichtige man ferner, daß die Werbung unter den heutigen Vertriebsformen vielfach in der Hand des Herstellers oder Importeurs liege, so sei es konsequent, wenn auch Abweichungen von deren Werbung einen Sachmangel indizierten. Schließlich sei eine entsprechende Regelung erforderlich, um eine bessere Abstimmung mit § 13 a UWG a.F. zu erreichen: Während das UWG dem Käufer wegen einer zur Irreführung geeigneten oder unwahren Werbung nur die Möglichkeit zum Rücktritt und Schadensersatz eröffne, stehe dem Käufer bei einer falschen Zusicherung darüber hinaus die Minderung offen.

---

[173] Abl.EG, 1997/C 66 vom 3.3.1997, S. 5 (8)
[174] Weyers, Gutachten und Vorschläge, S. 1115 (1185)
[175] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 48 f.

3. Der Diskussions- und der Regierungsentwurf

Die Begründung zum *Diskussionsentwurf*[176] und zum *Regierungsentwurf*[177] stellten demgegenüber ausdrücklich § 434 I S.3 BGB-DiskE klar, daß eine § 434 I S.2 BGB-DiskE[178] entsprechende ***Haftung für Werbeaussagen*** des Verkäufers oder Herstellers in das Werkvertragsrecht ***nicht übernommen*** werde. Zur Begründung wurden drei Argumente vorgetragen.

§ 434 I S. 3 BGB n.F. sei auf den Verkauf von Massenwaren zugeschnitten, die typischerweise Gegenstand der Werbung insbesondere durch den Hersteller seien. Für Werkverträge spiele sie keine Rolle. Dies gelte insbesondere auch deshalb, weil bei der Lieferung herzustellender Sachen gemäß § 631 III BGB-DiskE in sehr weitgehendem Umfang Kaufrecht und damit § 434 I S.3 BGB-DiskE anzuwenden sei.

Ferner gebe es im Werkvertragsrecht keinen vom Hersteller als Vertragspartner verschiedenen Produzenten, der eine Werbung durchführen könne, da gerade die Herstellung selbst Vertragsgegenstand sei.[179]

Schließlich wird angeführt, daß eine eventuelle Werbung durch den Hersteller sich an den Vertragspartner, den Besteller, richten müßte. Soweit hier von konkreten Eigenschaften des Werks die Rede sei, werde regelmäßig eine Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen sein.[180]

---

[176] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 314
[177] RE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 901
[178] § 434 I S.3 BGB-DiskE entspricht § 434 I S. 3 BGB n.F.
[179] Ebenso Teichmann, ZfBR 2002, S. 13 (14)
[180] Dieser Argumentation schließt sich Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (629), an.

IV. Das neue Recht

1. Lösung der Probleme des alten Rechts

Auch in die Endfassung des neuen Werkvertragsrechtes wurde eine Haftung des Werkunternehmers für Werbeaussagen, wie sie Weyers vorschlug (s.S. 50), nicht aufgenommen. Die sich hierbei ergebende Regelungslücke, wenn wie im Beispielsfall (s.S. 37 f.) die Werbeaussage weder vertraglich vereinbart ist noch die vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit und den vertraglich vorausgesetzen Gebrauch bestimmt (s.S. 41) noch eine zugesicherte Eigenschaft darstellt (s.S. 47), wurde trotz entsprechender Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 48 f.) nur im Kaufrecht geschlossen.[181] Zu fragen ist daher, ob die in den Gesetzgebungsentwürfen vorgetragenen Argumente diese Ungleichbehandlung von Kauf- und Werkvertragsrecht rechtfertigen.

Das erste Argument (s.S. 51), Werbung spiele im Bereich des Werkvertragsrechts keine Rolle und es könne daher von einer die Haftung für Werbeaussagen begründenden Norm abgesehen werden, ist nicht stichhaltig. Auch Werkunternehmer versuchen durch öffentliche Werbeaussagen über die Qualität ihrer Leistung Kunden zu akquirieren.[182] Insbesondere im Baurecht ist Werbung durch Prospekte häufig anzutreffen, wie die Entscheidungen BGHZ 111, 314; BGHZ 115, 214; BGHZ 146, 250 und BGH DNotZ 2001, S. 360 belegen. Aber auch in anderen Bereichen des Werkvertragsrechts lassen sich Beispiele finden: Werbung eines Konzertveranstalters („Klavierkonzert mit Martha Argerich“)[183], Werbung einer Kreditbank für eine Kreditkarte („Verwendbarkeit auf allen Golfplätzen der Welt“)[184] Werbung des Friseurs für eine Dauerwelle („hält mindestens fünf Monate“) oder zentrale Werbung für bestimmte Service-

[181] Freilich entfaltet hier die Richtlinie nur Fernwirkung und es bestand kein zwingender Umsetzungsbedarf (s.S. 3 f.).
[182] Krebs, DB 2000, Beilage 14, S. 1 (23); ebenso Oechsler, SchR BT, S. 386, Rn. 641; hingegen findet Roth JZ 2001, S. 543 (547) die Begründung des Gesetzgebers einleuchtend
[183] Vgl. AG Hamburg, Urteil vom 15.5.1996 – 18 a C 2434/95, wiedergegeben in: NJW 1997, S. 1134 (1134 f.)
[184] Vgl. Oechsler, SchR BT, S. 386, Rn. 641

Pakete im Reparatur- oder im Beratungsbereich.[185] Zwar wird das Fehlen einer entsprechenden Regelung durch die Verweisung des § 651 BGB S.1 BGB n.F. auf das Kaufrecht für herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sachen abgemildert. Jedoch bleibt das Problem beim Werkvertrag für die übrigen Fälle bestehen.

Das zweite Argument (s.S. 51), es gebe beim Werkvertrag keinen vom Hersteller als Vertragspartner verschiedenen Produzenten, der werben könne, ist ebenfalls nicht befriedigend. Zwar fehlte es beim Werkvertrag tatsächlich in der Regel an der Dreipersonenkonstellation Werbender – Werkunternehmer – Besteller. Für den Adressaten der Werbung macht es jedoch keine Unterschied, ob er auf Werbung eines Dritten oder des Werkunternehmers selbst vertraut. Das Vertrauen des Bestellers ist in beiden Fällen gleich schutzwürdig.

Letztlich vermag ebenso das dritte (s.S. 51) Argument nicht zu überzeugen: Selbst wenn sich die Werbung des Werkunternehmers an den Vertragspartner richtet und auf konkrete Eigenschaften Bezug genommen wird, liegt hierin noch keine Eigenschaftsvereinbarung. Denn diese muß auch nach neuem Recht vertraglich erfolgen.[186] Fehlt es aber – wie oftmals bei Werbung im Vorfeld von Verträgen – an einer erneuten Vereinbarung bei Vertragsschluß, so liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Während im Kaufrecht in diesem Fall für einen Sachmangel gehaftet wird, geht der Werkbesteller leer aus. Eine analoge Anwendung des § 434 S.3 BGB n.F. verbietet sich angesichts des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, von einer solchen Regelung im Werkvertragsrecht abzusehen.[187]

Die Argumentation des Gesetzgebers kann somit nicht überzeugen.[188] Schließlich läßt sich auch bei Betrachtung der Gründe für die Einbe-

[185] Teichmann, ZfBR 2002, S. 13 (14)
[186] Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 633 Rn. 6; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 13
[187] Ebenso Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, S. 298
[188] Ebenso Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 219 (230)

ziehung der Abweichung von Werbeaussagen in den kaufrechtlichen Sachmangelbegriff keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Kauf- und Werkvertrag ableiten. Dort wird argumentiert: Der Verkäufer sei der Nutznießer der Werbung, daher solle er auch die Lasten tragen. Zum anderen sei der Käufer schutzbedürftig, er solle vor unrichtigen Werbeaussagen geschützt werden.[189] Daß derjenige, der den Nutzen aus der Werbung zieht, zugleich auch die Lasten tragen muß, trifft ebenso auf den werbenden Werkunternehmer zu. Überdies ist der Werkbesteller in seinem Vertrauen in die Werbung nicht weniger schutzbedürftig, als der Käufer.

Zwar könnte man anführen, daß der Unterschied in der Haftung zwischen Werk- und Kaufvertrag durch die Haftung nach den Grundsätzen der Prospekthaftung abgemildert wird.[190] Diese Haftung greift allerdings nur im Baurecht und auch hier nur bei Vorliegen eines Bauherren- oder Bauträgermodells ein. Auf andere Werkverträge ist sie nicht anwendbar.

Peters[191] schlägt daher vor, § 434 Abs.1 S. 3 BGB n.F. auf das Werkvertragsrecht analog anzuwenden. Angesichts der Begründung der Gesetzesentwürfe bereitet zwar die Annahme einer Regelungslücke Probleme. Gleichwohl erscheint eine Analogie im Hinblick auf die wenig überzeugende Gesetzesbegründung als wünschenswert.

2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Das Gesetz folgt in seiner neuen Fassung der Konzeption des Diskussions- und Regierungsentwurfes (s.S. 50 f.), die eine Regelung der Haftung des Unternehmers für Werbeaussagen ablehnt. Die Konzeption von Basedow und Weyers (s.S. 50), die zu Recht für die Aufnahme einer die Haftung begründenden Norm plädierten, konnte sich nicht durchsetzen. Insoweit wurde strikt an dem im Rahmen des subjektiven Fehlerbegriffes entscheidenden Kriterium der vertraglichen Vereinbarung festgehalten: Was

[189] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 257
[190] Hertel, DNotZ 2002, S. 6 (13)
[191] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 172; a.A.: Mundt, NZBau 2003, S. 73 (79), der die Argumentation des Gesetzgebers überzeugend findet.

nicht Gegenstand der Vereinbarung ist, ist für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit nicht entscheidend. Erste Tendenzen der Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht dieses Kriterium bei der Haftung für Werbeangaben bei besonderer Schutzwürdigkeit des Bestellers bzw. sonstigen qualifizierenden Umständen zu lockern (s.S. 42 ff.), wurden nicht aufgegriffen.

Betrachtet man die Begründung der Konzeption des Diskussions- und Regierungsentwurfes, so fällt auf, daß diese durchgehend auf eine *fehlende Beanstandung des alten Rechts* gestützt wird. Eine die Haftung für Werbeaussagen begründende Norm sei entbehrlich, da Werbung im Bereich des Werkvertragsrechts keine Rolle spiele, es keinen vom Werkunternehmer verschiedenen Produzenten gebe und dieser Fall bereits über die Beschaffenheitsvereinbarung erfaßt sei. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Thematik, insbesondere mit der Frage, ob ein Absehen von der Haftung für Werbeaussagen stimmig ist, vermißt man.

3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Zwar erweist sich das Absehen von einer Haftung für Werbeaussagen im Sinne der subjektiven Theorie als *dogmatisch* konsequent.

Ein Absehen von einer Haftung für Werbeaussagen wird jedoch weder von der *gesetzlichen Begründung* (s.S. 51 f.) getragen noch ist es *interessengerecht*. Dies erkannte bereits die Rechtsprechung und Literatur zum bisherigen Recht, weshalb sie im Einzelfall die Anforderungen an die Einbeziehung in den Vertrag herabsetzte (s.S. 46 f.).

Der Unternehmer besitzt aufgrund seiner Fachkenntnis gegenüber dem meist wenig sachkundigen Besteller eine überlegene Position. Verzichtet man auf eine Sachmängelhaftung für Werbeaussagen, so kann der Unternehmer von diesem Wissensvorsprung durch falsche, für den Besteller entscheidungserhebliche Werbeangaben Gebrauch machen, ohne für diese Werbeangaben einstehen zu müssen. Auch verhält sich der Unternehmer widersprüchlich, wenn er durch die Informationen in der Werbung sein

Vertragsangebot konkretisiert, sich später aber daran nicht festhalten lassen will. Dies muß umso mehr gelten, als der Vertragsschluß durch die Werbung oft entscheidend mitbestimmt wird, ja die Werbung oftmals überhaupt die Initialzündung für die Entscheidung zum Vertragsschluß liefert.

Auch wird der Besteller durch das Wettbewerbsrecht nicht ausreichend vor irreführender oder unwahrer Werbung geschützt, worauf bereits Basedow (s.S. 50) hinwies. Das UWG eröffnet dem Besteller nur die Möglichkeit Schadensersatz (§ 9 UWG n.F.) sowie Beseitigung oder Unterlassung (§ 8 UWG) zu verlangen, ein Minderungs- und Rücktrittsrecht[192] ist nicht vorgesehen.

Ebenso erweist sich eine Haftung für Werbeaussagen als notwendiges Element einer zeitgemäßen Fortschreibung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts. Während zur Zeit der Entstehung des BGB Werbung von geringer Relevanz war, und die für den Vertrag relevanten Informationen an Ort und Stelle bei Vertragsschluß eingeholt wurden, ist in den letzten 50 Jahren die Bedeutung und Reichweite von Werbung, insbesondere durch die modernen Medien, proportional dem Wirtschaftswachstum gestiegen.[193] Aufgrund der zunehmenden Diversifizierung der angebotenen Produkte und Werkleistungen, kommt es zu einem immer stärkeren Wettbewerb und diffizileren Werbemethoden. Es läßt sich eine starke Marketingorientierung feststellen, die durch die Situation eines aggressiv umworbenen Marktes gekennzeichnet ist.[194] Folge dieses Wandels ist es, daß der Besteller einen Großteil der vertragsrelevanten Informationen bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses durch Werbung erhält, und die Entscheidung für eine Werkleistung nicht mehr oder zumindest nicht mehr ausschließlich auf einem individuellen Beratungsgespräch beruht. So wird beispielsweise ein Opernliebhaber, der durch Werbung auf eine Aufführung unter Mitwirkung einer bestimmten Sopranistin aufmerksam wird,

[192] Durch die UWG-Reform ist das Rücktrittsrecht, das ehemals in § 13 a UWG geregelt war, ersatzlos entfallen. (vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Dreyer, § 5 Rn. 49)
[193] Lehmann, NJW 1981, S. 1233 (1240)
[194] Berekoven, Absatzwirtschaft, S. 51

beim Erwerb der Karte nicht nochmals auf die Solistin Bezug nehmen.

Ferner entspricht eine Haftung für Werbeaussagen dem das gesamte Bürgerliche Gesetzbuch durchziehenden Gedanken des Verbraucherschutzes (vgl. z.B. §§ 312 ff., 355 ff., 474 ff., 491 ff., 655 a ff., 661 a). Dieser basiert auf der These, daß im modernen Wirtschaftsleben der private Konsument auf eine Industrie mit mächtigen Vertriebsorgansisationen trifft, mit denen er praktisch nicht über den Inhalt von Verträgen verhandeln kann, da er ihnen gegenüber keine Verhandlungsmacht und damit keine Selbstschutzmöglichkeiten besitzt. Dies trifft insbesondere auch auf den Bauvertrag zu. Hieraus folgert die Theorie vom Verbraucherschutz, daß der private Konsument mit unverzichtbaren Schutzrechten ausgestattet werden muß.[195] Im Hinblick auf Werbung kommt dabei dem Verbraucherschutz entsprechend der Doppelfunktion der Werbung eine zweifache Aufgabe zu: Werbung stellt zum einen die hauptsächliche Motivations- und Informationsquelle des Konsumenten für seine Bedarfsentscheidung dar[196], so daß Verbraucherschutz im Sinne von Verbraucherinformation zu verstehen ist. Werbung ist zum anderen eine Maßnahme der Verkaufsförderung, dient der Absatzsteigerung und beinhaltet damit die Gefahr von Manipulation[197], so daß Verbraucherschutz zugleich Schutz vor Täuschung und Übervorteilung bedeutet. Beide Aufgaben, Verbraucherinformation und Schutz des Verbrauchers vor Täuschung, können durch eine Haftung für Werbeaussagen sichergestellt werden. Die Verpflichtung zur Gewährleistung wirkt wie ein Damoklesschwert, das denjenigen, der vertragsentscheidende Werbeangaben verbreitet, aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen dazu motiviert, keine falschen und irreführenden Werbeangaben in den Verkehr zu bringen.

Schließlich entspricht eine werkvertragliche Haftung für Werbeaussagen auch dem verbraucherschützenden Leitbild des europäischen Normengebers. Denn Verträge über die Lieferung noch herzustellender oder

---

[195] Oechsler, Schuldrecht, S. 22
[196] Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht, S. 75
[197] Röper, Manipulation, S. 40

erzeugender Verbrauchsgüter aus einem vom Unternehmer oder Besteller zu liefernden Stoff fallen in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 3 f.), so daß Art. 2 II 2 d VbrKfRL (Haftung für Werbeangaben) auch für diese Verträge gilt.[198] Damit wird deutlich, daß der europäische Normengeber die Relevanz von Werbeaussagen auch außerhalb des klassischen Kernbereichs des Kaufs erkannte. Dies bestätigt ebenso der Vergleich mit einer anderen europäischen Richtlinie, der Richtlinie über irreführende Werbung[199]: Art. 2 II Irreführungs-RL definiert den Begriff der Werbung als „jede Äußerung bei der Ausübung eines *Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs* mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder *die Erbringung von Dienstleistungen*, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern."

[198] Da § 651 BGB n.F. insoweit auf Kaufrecht verweist, ist freilich dem Umsetzungsbedarf mit § 434 I S. 2 BGB n.F. genüge getan.

[199] Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- dun Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/50/EWG); Abl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17 - 20

C. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik

Die Frage, ob die Abweichung von allgemein anerkannten Regeln der Technik als Sachmangel in das Gesetz aufgenommen werden und wie die in diesem Zusammenhang im alten Recht bestehenden Streitfragen (dazu II.) legislatorisch entschieden werden sollen, war im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung umstritten (dazu IV.). Da auch in der Literatur kein Reformbedarf in der Sache gesehen wurde (III), entschied sich der Gesetzgeber gegen eine gesetzliche Regelung (V). Zunächst erscheint jedoch eine nähere Bestimmung des Begriffes „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ erforderlich (I).

I. Begriffsbestimmung

Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik läßt sich bestimmen als „technische Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen [...], die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und auf Grund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.“[200] Es sind folglich zwei Kriterien von Bedeutung, die in Rechsprechung[201] und Schrifttum[202] genannt werden: Die theoretische Richtigkeit der Regel muß erwiesen sein. Daneben muß eine Anerkennung der technischen Regel in der Praxis bestehen.

Im Rahmen des ersten Kriteriums wird eine bautechnische Regel als

[200] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 4 Rn. 151
[201] RGSt 44, 76 (79 ff); RGSt 56, 343 (346 f.); BGH NJW 1971, S. 92 (92 f.); BGH BauR 1975, S. 130 (130 ff.); OLG Frankfurt BauR 1980, S. 361 (361); OLG Celle, BauR 1984, S. 522 (522); OLG Hamm BauR 1997, S. 309 (311)
[202] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 37; ebenso Igenstau/Korbion, VOB/B, § 4 Rn. 151; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 37; Werner/Pastor, Bauprozeß, Rn. 1021 ff.; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 4 Rn. 44; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwab/Riedl, VOB/B, § 4 Rn. 23; Hamann, DB 1961, S. 701 (701); Weber ZfBR 1983, S. 151

theoretisch richtig angesehen, wenn sie sich nach wissenschaftlicher Erkenntnis als unanfechtbar darstellt.[203]

Hinsichtlich des zweiten Kriteriums ist zu fragen, wie der Kreis der Experten, deren Überzeugung für die allgemeine Anerkennung einer bautechnischen Regel maßgebend ist, bestimmt wird: Ihm gehören jedenfalls nur Fachleute des betreffenden Baugewerbes, nicht hingegen Hilfsarbeiter an. Während im manuellen Bereich auch Meister und Poliere einbezogen werden, ist im konstruktiven Bereich ausschließlich auf die Beurteilung von Ingenieuren und andere Personen mit entsprechender Vorbildung abzustellen.[204] Ob zusätzlich – wie in der hier angeführten Definition von Korbion[205] – eine Eingrenzung auf überdurchschnittlich qualifizierte Fachleute, deren Wissen sich auf dem „neuesten Erkenntnisstand" befindet, vorzunehmen ist, wird unterschiedlich beurteilt.[206] Maßgeblich für die Anerkennung der technischen Regeln durch die Experten ist nicht die Durchschnittsansicht, sondern die Mehrheitsansicht unter den Technikern.[207]

II. Das alte Recht

1. Die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik für den werkvertraglichen Sachmangelbegriff

§ 633 I BGB a.F. enthielt – im Unterschied zu den Parallelbestimmungen des § 13 Nr. 1 VOB/B – keine ausdrückliche Regelung, daß das Werk, um mangelfrei zu sein, den anerkannten Regeln der Technik entsprechen müsse. Hieraus konnte jedoch nicht gefolgert werden, daß sie für die

---

(153); Klingmüller, FG Oftinger, S. 121 (125)

[203] RGSt 44, 76 (79); Igenstau/Korbion, VOB/B, § 4 Rn. 151; Hamann, DB 1961, S. 701 (701); Klingmüller, FG Oftinger, S. 121 (125); Weber, ZfBR 1983, 151 (153)

[204] Fischer, Regeln der Technik, S. 34

[205] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 4 Rz. 151

[206] dafür: Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 37; Weber, ZfBR 1983, S. 151 (153); a.A.: Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 4 Rn. 44; Heiermann/Riedl/Rusam/ Schwab/ Riedl, VOB/B, § 4Rn. 23; ; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 12 Rn. 204; Ringel, BlGBW 1971, S. 41 (43); Klingmüller, FG Oftinger, S. 121 (125); Hammann, DB 1961, S. 701 (701 f.)

[207] Weber, ZfBR 1983, S. 151 (153); Nicklisch, BB 1981, S. 505 (510 f.); Fischer, Regeln der Technik, S. 49

Beurteilung der Mangelfreiheit des Werkes unbeachtlich gewesen wären.[208]

a. Ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung

Nach dem subjektiven Fehlerbegriff richtet sich die Sollbeschaffenheit nach dem Inhalt des Vertrages. War die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich vereinbart, so lag bei Abweichung von diesen freilich ein Fehler vor.[209]

Enthielt der Werkvertrag *ausdrückliche* Anforderungen an die Sollbeschaffenheit, die über die Mindestanforderungen der allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik hinausgehen, so wurde bei Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit ein Fehler bejaht, und zwar auch bei Einhalten der anerkannten Regeln der Bautechnik.[210] Trat eine Minderung oder Aufhebung des Gebrauchs oder des Wertes des Werkes hinzu, so lag ein Sachmangel vor.

Umgekehrt galt jedoch auch bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung, daß der Werkunternehmer sich in der Regel, sofern nicht etwas anderes vereinbart war, stillschweigend verpflichtete, die Regeln seines Fachs zu beachten.[211]

b. Vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit

Fehlte hingegen im Bauvertrag eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Sollbeschaffenheit, so war eine Abweichung von der *vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit* zu prüfen. Hier konnte sich aus dem Verwendungszweck der Bauleistung, sofern dieser Vertragsinhalt war, ergeben, daß die geschuldete Bauleistung bestimmten technischen Regeln entsprechen solle.[212] Sollten beispielsweise laut Vertragsinhalt

---

[208] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 36
[209] BGH BauR 2003, S. 394 (394 f.)
[210] BGH BauR 1981, S. 395 (395); OLG Stuttgart BauR 1977, S. 279 (279); Ingenstau/Korbion VOB/B § 13 Rn.155; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB, § 13 Rn. 32
[211] OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, S. 1656 (1657): Regeln des Handwerks; BGHZ 139, 16 (16 f.): DIN-Normen; BGH BB 1985, 1561 (1561f.): Sicherheitsbestimmungen wie GSG und ProdSG
[212] OLG Stuttgart, BauR 1977, S. 129 (130); Marburger, Regeln der Technik, S. 504; Fischer, Regeln der Technik, S. 95; Korbion, Jura 1979, S. 393 (400)

Luxus- und Komfortwohnungen errichtet werden, so konnte im Wege der Vertragsauslegung gefolgert werden, daß vom Bauunternehmer ein erhöhter Schallschutz zu gewährleisten sei.[213] Verspricht etwa der Unternehmer die Sanierung bis auf die Grundmauern, so ist der Vertrag dahingehend auszulegen, daß der Unternehmer zu einer Kellerabdichtung und Schalldämpfung verpflichtet ist, die den allgemeinen Regeln der Technik entspricht.[214] Die besondere Zweckbestimmung mußte dabei in die vertragliche Vereinbarung miteinbezogen worden sein. Bloß subjektive Wünsche, Absichten und Vorstellungen des Bauherrn ohne Niederschlag im Vertrag genügten dagegen nicht.[215]

c. Gewöhnliche Beschaffenheit

War die Beschaffenheit des Werkes weder vereinbart noch vertraglich vorausgesetzt, so war die *gewöhnliche Beschaffenheit* maßgeblich. Inwieweit hier die Sollbeschaffenheit mit Hilfe der anerkannten Regeln der Technik bestimmt werden konnte und deren Nichtbeachtung die Fehlerhaftigkeit des Werkes indizierte, war umstritten.

aa. Nichtbeachtung der anerkannten Regeln der Technik als Fehler

Ingenstauf/Korbion[216], Peters[217] und Teichmann[218] gingen davon aus, daß der Bauunternehmer beim BGB-Bauvertrag grundsätzlich verpflichtet sei, die Bauleistung gemäß den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu erbringen. Folglich werde die Sollbeschaffenheit durch die anerkannten Regeln der Technik festgelegt, und aus deren Nichtbeachtung ergebe sich ein Fehler. Begründet wurde dies zum einen damit, daß derjenige, der ein

---

[213] OLG Stuttgart, BauR 1977, 279 (279): „erstklassiges Niveau des Bauvorhabens“; LG München, Urt.v.24.7.78 – 35 O 9325/76: „auf die besonderen Forderungen des Schallschutzes zu achten ist“; LG Heilbronn, Urt. v. 29.11.79 – 2 O 395/76: „auf die Schallisolierung haben wir besondere Sorgalt verwendet“, „Luxuswohnung“ laut Baubeschreibung; die beiden letzten Urteile sind nicht veröffentlicht, jedoch bei Bötsch/Jovicic, BauR 1984, S. 565 (568 Fn. 11) und Döbereiner, BauR 1980, S. 296 (296 f.) auszugsweise wiedergegeben; hierzu auch Locher, BauR 1985, S. 455 (455 f.)

[214] BGH ZfBR 2005, S. 263 (265)

[215] Fischer, Regeln der Technik, S. 95 f.

[216] Ingenstau/Korbion VOB/B, § 13 Rn. 104

[217] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 36

[218] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 24; Werner/Pastor, Bauprozeß, Rn. 1020; Schmalzl, Haftung, Rn. 125; Fischer, Die Regeln der Technik, S. 99; Klingmüller in: FG Oftinger, S. 125 (128 ff.); Heinrich, BauR 1982, S. 224 (229); Marbach, ZfBR

Gewerbe ausübt, dafür einzustehen habe, daß er die entsprechenden Kenntnisse und Kunstfertigkeiten besitzt.[219] Hiermit ist der Grundsatz von Treu und Glauben angesprochen[220]. Grund der Haftung ist das Vertrauen in die Fachkenntnis des Unternehmers. Zum anderen wurde darauf abgestellt, daß das Risiko des technischen Fortschritts durch Abweichung vom Üblichen und die Verwendung neuartiger Bauweise nicht ohne Zustimmung des Bauherrn auf diesen abgewälzt werden dürfe.[221] Denn ob neue Baustoffe, Bauteile oder die angewandte Bauart sich zur Problemlösung eigneten, lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit voraussagen, ihre Untauglichkeit zeigten sich oft erst in der Praxis. Neue technische Lösungen seien daher gegenüber herkömmlichen nicht gleichwertig[222]. Wenn sie noch nicht den allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik entsprechen, sei die Bauleistung fehlerhaft i.S.d. § 633 I BGB a.F.

bb. Abweichung vom Stand der Technik als Fehler

Marburger[223] vertrat die Auffassung, daß die mit den allgemeinen Regeln der Technik übereinstimmende Leistung des Bauunternehmers grundsätzlich ordnungsgemäß sei. Dagegen begründe deren Nichtbeachtung nicht notwendig einen Fehler, sondern die Leistung sei auch in diesem Falle sachmangelfrei, wenn sie dem „Stand der Technik“ entspreche.[224] Der „Stand der Technik“ sei erreicht, wenn die Wirksamkeit fortschrittlicher, vergleichbarer Verfahren in der Betriebspraxis zuverlässig nachgewiesen werden könne.[225] Dieser Begriff sei wegen seines Verzichts auf das Merkmal der allgemeinen Anerkennung durch die jeweilige technische Fachwelt ein gegenüber den „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ fortschrittlicherer Entwicklungsstand. Erst bei Abweichung vom Stand der Technik, wenn also der herkömmliche Sicherheitsstandard unterschritten

---

1984, S. 9 (10); Schmidt, MDR 1963, S. 263 (264);
[219] BGH WM 1972, S. 76; Ingenstau/Korbion , VOB/B, § 13 Rn. 104; § 4 Rn. 141; Heinrich, BauR 1982, S. 224 (229); Schmidt MDR 1963, S. 263 (264)
[220] Heinrich BauR 1982, S. 224 (229); Ingestau/Korbion, VOB/B, § 4 Rn. 144
[221] Klingmüller, in: FG Oftinger, S. 125 (128 f.)
[222] Fischer, Regeln der Technik, S. 104
[223] Marburger, Regeln der Technik, S. 500 f.; Siegburg, BauR 1985 S. 367 (383)
[224] Marburger, Regeln der Technik, S. 500 f.
[225] Obernhaus/Kuckuck, DVBl 1980, S. 154 (156)

werde, handele es sich um ein dem Bauherrn unzumutbares Risiko.[226]

2. Die Haftung des Unternehmers bei technischen Regeländerungen nach Abnahme der Bauleistung

Da eine technische Regel letztlich eine wissenschaftliche Grundannahme beinhaltet, die – wie jede wissenschaftliche Theorie – nur vorläufiger Natur ist, können sich der Erkenntnisstand und in der Folge die allgemein anerkannten Regeln der Technik ändern. Dann stellt sich die Frage, welcher Beurteilungszeitpunkt darüber entscheidet, ob der Werkunternehmer seine Bauleistung unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik erbracht hat. Als mögliche Zeitpunkte kamen hier die Zeit der Planung, der Bauausführung, das Datum der Abnahme oder der Zeitpunkt der Entscheidung im Prozeß (letzte mündliche Verhandlung) in Betracht.[227] Sehr umstritten waren insbesondere Fälle, in denen die Leistung im Zeitpunkt der Abnahme den allgemeinen Regeln der Technik entsprach, später jedoch Schäden auftraten, da sich die Regeln der Technik als unrichtig erwiesen hatten.[228]

a. Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung

Hiermit befaßte sich der *BGH* in zwei die Planung und Ausführung eines Flachdaches betreffenden Entscheidungen[229]. Das Gericht stellte für seine Beurteilung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ab und bejahte demgemäß einen Fehler. Lediglich wegen fehlenden Verschuldens (§ 276 BGB a.F.) verneinte der BGH in „Flachdach I“ einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. bzw. wurde wegen unrichtiger Anwendung der Grundsätze über den Verschuldensnachweis bei § 635 BGB a.F. in „Flachdach II“ das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben.[230] Dies bedeutete, daß dem Besteller zwar die verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe, wie Nachbesserungsanspruch, Wandelung und Minderung, nicht aber der verschuldensabhängige

[226] Marburger, Regeln der Technik, S. 501
[227] Kaiser, BauR 1983, S. 203 (204 f.)
[228] Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13 Rn. 7
[229] BGHZ 48, 310 (311 f.) (Flachdach I); BGH BauR 1971, S. 58 (58 f.) mit Anmerkung von Korbion, aa.O., S. 59 (59 f.) (Flachdach II)
[230] Kaiser, BauR 1983, S. 203 (205)

Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. offenstanden.

Diese Entscheidungen haben in der Rechtsprechung in OLG Frankfurt BauR 1983, S. 156 (156) sowie in BGH NJW-RR 1991, S. 731 f., Gefolgschaft gefunden. In der *Literatur* hat diese Rechtsprechung nur vereinzelt Zustimmung erfahren[231].

b. Zeitpunkt der Abnahme

Diese Rechtsprechung wurde *von der überwiegenden Literatur*[232] abgelehnt. Das Risiko der Regeländerung nach Abnahme solle dem Besteller überbürdet werden. Zum einen stelle § 640 I BGB a.F., der die Abnahmepflicht des Bestellers regele, auf das im Zeitpunkt der Abnahme „vertragsgemäß hergestellte Werk“ ab.[233] Daneben könnten für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit einer Leistung allein die technischen Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich sein, da ein Architekt oder Unternehmer erst nach der Abnahme gewonnene neue Erkenntnisse bei Planung und Ausführung nicht berücksichtigen könne.[234] Auch verstoße die Rechtsprechung gegen Treu und Glauben, wenn sie die Fehlerhaftigkeit des Werkes aufgrund des in der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorgetragenen Wissensstandes beurteile. Denn der Bauherr sei letztlich zur Abnahme gerade deshalb verpflichtet gewesen, weil das Werk zu diesem Zeitpunkt dem technischen Erkenntnisstand entsprochen habe und damit vertragsgemäß gewesen sei. Dann sei es widersprüchlich, zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund fortgeschrittenen technischen Erkenntnisstandes die Leistung als fehlerhaft einzustufen.[235]

---

[231] Marburger, Regeln der Technik, S. 502; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13, Rn. 7 f.; -Medicus, ZfBR 1984, S. 155 (155 ff.)

[232] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 4. Rn.143; Locher, BauR, 1974, S. 293 (298 f.); Korbion, BauR 1971, S. 58 (59 f.); Schmalzl, Haftung, Rn. 46; Jagenburg, NJW 1971, S. 1425 (1431); Jagenburg, NJW 1982, S. 2412 (2415); Festge, ZfBR 1984, S. (6 ff.); Tempel, JuS 1979, S. 800 (800)

[233] Korbion, BauR 1971, S. 59 (60)

[234] Jagendburg, NJW 1971, S. 1425 (1431); Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 4, Rn. 143 (beschränkt aber dieses Argument auf die Geltung „bei größeren und längerfristigen Bauverträgen“)

[235] Kaiser, BauR 1983, S. 203 (206 ff.)

c. Aufteilung nach Risikobereichen

Demgegenüber vertrat *Kaiser*[236] eine vermittelnde Ansicht: Es komme darauf an, wie die Parteien bei redlicher Denkungsweise das Risiko nicht vorhersehbarer Schadensfolgen, die gerade aus der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik resultieren, verteilt hätten. Es entspreche dem redlichen und vernünftigen Parteiwillen, dieses Risiko jedenfalls dann dem Besteller aufzulasten, wenn es auf seine Veranlassung zurückgehe, daß der Werkunternehmer die Einhaltung dieser Regeln versprochen habe. In allen übrigen Fällen hingegen solle der Werkunternehmer auf Grund seiner werkvertraglichen Erfolgsgarantie das Risiko späterer Mängel tragen.

[236] Kaiser, ZfBR 1985, S. 55 (56 ff.); Kaiser, BauR 1983, S. 203 (206 ff.).

III. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Zwar wirft der Themenkomplex „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ eine Vielzahl von Problemen auf, jedoch hatte die Rechtsprechung zu allen wesentlichen Fragen Stellung bezogen. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Entscheidung der einzelnen Problemstände bestand daher nach der Literaturauffassung[237], soweit ersichtlich, nicht.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Da es sich bei den allgemein anerkannten Regeln der Technik um ein spezifisch werkvertragliches Thema handelte, enthält die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in deren Mittelpunkt der Kaufvertrag steht, diesbezüglich keine Vorgaben.

[237] vgl. Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (281): „All diese durch die Rechtsprechung durchweg geklärten Fragen lassen sich nicht befriedigend gesetzlich normieren.“ Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II S. 1115 (1160, 1186); in der Literatur werden die Probleme aufgezeigt, ein Reformbedarf jedoch nicht konstatiert: Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 36 ff.; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 12, Rn. 202 ff.; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/ Riedl, VOB/B, § 13 Rn. 5, 7 f.; Nicklisch/Weick/ Nicklisch, VOB/B § 13 Rn. 31; Ingenstau/ Korbion, VOB/B § 13, Rn. 36 ff.

IV. Reformprozeß

1. Die Gutachten und die Entschlüsse des 55. Deutschen Juristentages

a. Das Gutachten Weyers´

Eine ***gesetzliche Einbeziehung der allgemein anerkannten Regeln der Technik*** in den Sachmangelbegriff schlägt *Weyers*[238] in seinem Gutachten zum Werkvertrag vor:

„ § 633 neu
(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Werk der vertraglich vereinbarten oder gewöhnlichen Beschaffenheit herzustellen. Als vereinbart gilt im Zweifel die Beschaffenheit, die für den im Vertrag vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendungszweck erforderlich ist. *Allgemein anerkannte Regeln der Technik sind einzuhalten, soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.“*

Nach Weyers sollten die anerkannten Regeln der Technik als Auslegungshilfe bei der Bestimmung des subjektiv definierten Sachmangelbegriffes dienen. Fehle eine Beschaffenheitsvereinbarung, so führe ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik zwangsläufig zu einem Fehler.[239] Damit folgte Weyers der herrschenden Meinung im alten Recht.–

An diesem Gesetzesvorschlag übte *Köhler*[240] Kritik und spricht sich gegen eine Normierung des Falles „Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik“ aus. Zum einen berücksichtige er nicht, daß außerhalb der allgemein anerkannten Regeln der Technik technische Regeln existieren könnten, die den herkömmlichen Techniken gleichwertig oder sogar überlegen seien. Hierin folgte Köhler der Ansicht Marburgers, auf den er verweist (s.S. 63 f.). Daneben könnten sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik im Nachhinein als falsch oder für den Vertragszweck

[238] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II S. 1115 (1186)
[239] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II S. 1115 (1160)

untauglich erweisen. In dieser zweiten kritischen Anfrage nimmt Köhler ohne dies näher auszuführen auf das Problem ***nachträglicher Änderung der allgemein anerkannten Regeln*** der Bautechnik Bezug (s. S. 64 f.).

b. Das Gutachten von Keilholz

Letzteren Aspekt spricht auch *Keilholz*[241] an: Zu überlegen sei, ob der Gesetzgeber eine Entscheidung zu der Frage treffen solle, ob der Unternehmer sich auf die anerkannten Regeln der Technik oder den weiterreichenden Stand der Technik bei Vertragsschluß berufen könne, wenn es inzwischen bessere Erkenntnisse und damit eine ***Regeländerung*** gebe. Praktisch geworden sei diese Frage insbesondere bei Schallschutz und Flachdachkonstruktionen. Wie dies bereits die Rechtsprechung klargestellt habe, entspreche es dem unternehmerischen Risiko von Bauunternehmern und Architekten, diese derartigen Risiken tragen zu lassen. Dies gelte zumindest „im Bereich der reinen Gewährleistung", d.h. ausgenommen des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch.[242] Einer gesetzlichen Klarstellung bedürfe es daher nicht.

c. Die Beschlüsse des 55. Deutschen Juristentages

Dem entsprechen auch die beiden Entschlüsse des *55. Deutschen Juristentages*, welche lauten:

Entschluß Nr.13 a), der mit eindeutiger Mehrheit angenommen wurde:
„Der bisherige (subjektive) Fehlerbegriff hat sich als brauchbar erwiesen, so daß es einer Änderung nicht bedarf. Eine Bezugnahme auf technische Regelwerke empfiehlt sich nicht."

Entschluß Nr.13 b), der mit eindeutiger Mehrheit abgelehnt wurde:
„Den Unternehmer trifft keine Mängelbeseitigungs- und Gewährleistungspflicht, wenn er die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat."

---

[240] Köhler, NJW 1984, S. 1841 (1845)
[241] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (281)
[242] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (281)

2. Der Kommissions-, der Diskussions- und der Regierungsentwurf

Der *Kommissionsentwurf*[243] sieht unter Ablehnung des Vorschlages von Weyers von einer ***gesetzlichen Normierung der anerkannten Regeln der Technik*** ab. Zwar sei unzweifelhaft, daß, soweit nicht etwas anderes vereinbart sei, die anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden müßten. Eine ausdrückliche gesetzliche Erwähnung bringe jedoch keinen Nutzen. Vielmehr bestünde die Gefahr des Mißverständnisses, daß der Unternehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt habe, sobald nur diese Regeln eingehalten seien, auch wenn das Werk dadurch nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit erlangt habe. Eine solche Risikoverteilung wäre jedoch nicht sachgerecht. Das Risiko, daß sich die anerkannten Regeln der Technik als unzulänglich erweisen, müsse der sachnähere Unternehmer tragen, nicht der Besteller.

Der *Diskussionsentwurf*[244] und der *Regierungsentwurf*[245] übernehmen diese ablehnende Stellungnahme des Kommissionsentwurfes nahezu wörtlich.

---

[243] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 251
[244] DiskE, in: Canaris Schuldrechtsmodernisierung 2002, DiskE, S. 314
[245] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 901; dazu kritisch: Funke, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2002, S. 217 (222 f.)

V. Das neue Recht

1. Lösung der Probleme des alten Rechts

Der Gesetzgeber hat sich auch in der verabschiedeten Gesetzesfassung entgegen dem Vorschlag Weyers´ (s.S. 68) gegen die gesetzliche Klarstellung entschieden, daß ***die allgemein anerkannten Regeln der Technik*** für den Sachmangelbegriff von Bedeutung sind. Den Gesetzgebungsentwürfen (s.S. 70) ist allerdings übereinstimmend zu entnehmen, daß, soweit nichts anderes vereinbart ist, die allgemein anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard einzuhalten sind. Diese werden daher im Rahmen des § 633 II S. 1 BGB n.F. unter dem Aspekt einer stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung [246] bzw. im Rahmen des § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB n.F. hinsichtlich der Tauglichkeit für die gewöhnlichen Verwendungen nach wie vor eine wichtige Rolle spielen.[247] Auf der zweiten Stufe im Rahmen des § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB n.F. sind sie nur beachtlich, wenn die Regeln der Technik aufgrund der sonstigen Vertragsunterlagen als geschuldet vorausgesetzt werden.[248] Natürlich können die allgemein anerkannten Regeln der Technik auch ausdrücklich vereinbart werden.[249] Andererseits stellt der Kommissionsentwurf nochmals im Sinne der subjektiven Theorie ausdrücklich klar, daß ein Werk, wenn es zwar den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprich, aber nicht vertragsgemäß ist, gleichwohl einen Sachmangel aufweist.

Obgleich der Gesetzgeber desgleichen hinsichtlich der Frage der Haftung des Unternehmers bei ***technischen Regeländerungen*** nach Abnahme der Bauleistung (s.S. 64 ff.) keine gesetzliche Entscheidung getroffen hat, wird man davon ausgehen können, daß entsprechend der bisherigen Rechtsprechung (s.S. 64 f.) künftig der Unternehmer dieses Risiko zu tragen hat.

---

[246] Palandt/Sprau (63. Aufl.), § 633 Rn. 6

[247] Jauernig/Schlechtriem, (10. Auf.), § 633 Rn. 6; Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 168; Mundt, NZBau 2003, S. 73 (78 („spätestens“ im Rahmen der üblichen Beschaffenheit und der gewöhnlichen Verwendungszwecke sind die anerkannten Regeln der Technik beachtlich)

[248] Kemper, BauR 2002, S. 1613 (1616)

[249] Mundt, NZBau 2003, 73 (78)

Zwar äußert sich der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren nicht ausdrücklich zu dieser Frage. Ihm schien jedoch offenbar eine Stellungnahme angesichts der klaren Äußerung von Keilholz in dessen gesetzesvorbereitendem Gutachten (s.S. 69) nicht erforderlich zu sein.

2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Das neue Recht folgt der Konzeption des Kommissionsentwurfes, nach dem es weder der Normierung der Maßgeblichkeit der allgemein anerkannten Regeln der Technik für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit des Werkes noch einer legislatorischen Klärung der Frage nach der Haftung des Unternehmers bei technischen Regeländerungen bedarf. Der Vorschlag Weyers´ (s.S. 68) konnte sich nicht durchsetzen. In der Sache bestand in den Gutachten und Gesetzesentwürfen gleichwohl Einigkeit, daß entsprechend der Literaturansicht von Ingenstau/Korbion, Peters und Teichmann (s.S. 62 ff.) allgemein anerkannte Regeln der Technik im Rahmen des Sachmangelbegriffes Bedeutung haben und technische Regeländerungen entsprechend der Rechsprechung im alten Recht (s.S. 64) zu Lasten des Unternehmers gehen. Ein Systemwechsel ist mithin nicht festzustellen.

Hinsichtlich der Begründung beschränken sich die Gutachten und Gesetzesentwürfe auf den Hinweis, daß das *alte Recht nicht zu beanstanden sei*, und es daher einer gesetzlichen Klarstellung nicht bedürfe. Ferner wird unter *dogmatischem* Gesichtspunkt argumentiert: Für das Werkvertragsrecht ist die Erfolgshaftung des Unternehmers kennzeichnend, so daß er auch das Risiko der Regeländerungen trägt.

3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Diese Konzeption erweist sich auch im Übrigen als stimmig. Die Beachtlichkeit der allgemein anerkannten Regeln der Technik erscheint vor dem Hintergrund als notwendig, daß diese diejenigen technischen Verfahrensweisen wiedergeben, die sich als theoretisch richtig erwiesen haben und in der Baupraxis allgemein anerkannt sind. Ihre Einhaltung führt regelmäßig zu einem technisch zeitgemäßen und tauglichen Werk.

Neben dem Gedanken der Schutzwürdigkeit des Bestellers in seinem Vertrauen in die Beherrschung der allgemein anerkannten Regeln der Technik durch den Unternehmer – wer eine technische Leistung anbietet, muß auch die Regeln des Fachgebiets beherrschen – spricht hierfür auch der Aspekt der Rechtssicherheit und -klarheit. In der Praxis wird dem Unternehmer ein konkreter Maßstab an die Hand gegeben, bei dessen Einhaltung, soweit nichts anderes vereinbart ist, eine Gewährleistungshaftung ausscheidet. Da die Regelwerke sich zum Ziel gesetzt haben, die technisch maßgeblichen Standards zu erarbeiten und wiederzugeben, würde einem Ingenieur gar nicht der Gedanke kommen, daß die Regelwerke nicht maßgeblich sein könnten.[250] Ebenso zeigt ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten, daß technischen Regelwerken durchaus rechtlich Bedeutung zukommen kann. Insbesondere im Immissionsschutzrecht werden im Gesetz enthaltene Generalklauseln wie „Stand der Technik“, „schädliche Umwelteinwirkungen“ durch technische Regelwerke (z.B. durch die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft, TA-Luft) näher konkretisiert. [251]

Ebenso fügt sich die Tragung des Risikos der Regeländerungen durch den Unternehmer in das System des Werkvertragsrechts ein. Neben dem in dem Gutachten von Keilholz angesprochenen Gesichtspunkt der werkvertraglichen Erfolgshaftung (s.S. 69) sprechen hierfür Gerechtigkeitserwägungen. Der Unternehmer besitzt die größere Sachnähe[252], er kann auf Grund seiner fachspezifischen Kenntnisse das Risiko einer nachträglichen Regeländerung besser einschätzen und gegebenenfalls die Werkausführung anpassen. Der sachunkundige Besteller hat demgegenüber weder das entsprechende Fachwissen noch ist er in die Details der Ausführung des Werkes eingeweiht.

---

[250] Nicklisch, NJW 1983, S. 841 (843)
[251] Nicklisch, NJW 1983, S. 841 (841 ff.)
[252] Diesen Gesichtspunkt spricht der Kommissionsentwurf im Zusammenhang mit der Frage an, ob ein Werk, das unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik errichtet wird, vertragswidrig ist. Die Frage der Risikoverteilung, wenn sich die Regeln als unzulänglich erweisen, läßt sich aber ebenso auf die nachträgliche Regeländerung übertragen.

Einer gesetzlichen Klarstellung dieser Rechtsfragen bedurfte es hingegen nicht. Das Gesetz sollte sich auf eine Regel beschränken, „quae breviter enarrat“[253]. Es sollte im Gegensatz zu Lehrbüchern Belehrungen unterlassen – lex iubeat, non disputet.[254]

.

[253] D. 50, 17, 1
[254] Behrendts, Bündnis, S. 18 f.

D. Die zugesicherten Eigenschaften

Eine grundlegende Umgestaltung erfuhr der Sachmangelbegriff in der Schuldrechtsreform durch die Beseitigung seiner auf das römische Recht zurückgehenden zweigliedrigen Struktur: Neben der Haftung für Fehler bestand im alten Kauf- und Werkvertragsrecht ebenso eine solche für zugesicherte Eigenschaften (dazu I.1.). Dieses Nebeneinander von Fehler und zugesicherten Eigenschaften führte freilich zu Abgrenzungsschwierigkeiten (dazu I.2. und I. 3.). Auch wies die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine derartige Differenzierung auf (dazu II.). Im Reformprozeß wurden daher verschiedene Lösungsmodelle diskutiert (dazu III.). Ob der Bruch mit der Tradition tatsächlich die erwünschte Vereinfachung herbeigeführt, ist näher zu untersuchen (dazu IV.)

I. Das alte Recht

1. Der zweigliedrige Sachmangelbegriff

a. Der historische Gesetzgeber

Der historische Gesetzgeber entschied sich bewußt für die Fortführung der römischrechtlichen Unterscheidung zwischen „Fehlern“ und „Fehlen zugesicherter Eigenschaften“ im Rahmen des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffes: „Die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen physischer Mängel (Fehler) der veräußerten Sache ist von dem Entwurfe im Anschlusse an das gemeine (röm.) Recht geregelt. [...] Dieser gesetzlichen Haftung für verborgene Mängel steht überall mindestens gleich die Haftung, welche aus der Zusicherung bestimmter Eigenschaften von Seiten des Verkäufers entsteht.“[255]

Nach römischem Recht haftete der Verkäufer für einen Sachmangel bei arglistigem Verschweigen desselben *(dolo malo)*[256] oder bei Zusicherung

[255] Motive II, S. 225
[256] Paulus D. 19, 1, 4 pr

der Fehlerfreiheit oder des Vorhandenseins bestimmter Eigenschaften (*ditum in venditione).*[257] Die Klage des Käufers ging hierbei auf *quod eius (sc. locatoris) interest,* d.h. sowohl auf Ersatz des unmittelbar verursachten Schadens als auch auf Ersatz gewisser mittelbar verursachter Schäden.[258] Daneben konnte auch der redliche Verkäufer, der den Mangel nicht kannte, auf Erstattung des zuviel gezahlten Kaufpreises[259] bzw. auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises gegen Rückgabe der Ware[260] verklagt werden[261].

Eine solche Zweiteilung erschien insbesondere sinnvoll, solange vom objektiven Fehlerbegriff ausgegangen wurde, wie er dem römischen Recht zugrunde lag und vom historischen Gesetzgeber vertreten wurde[262]. Denn dieser machte es erforderlich, individuell-vertraglichen Parteivorstellungen über die Figur der zugesicherten Eigenschaft Wirkung zu verleihen.[263] Mit der weitgehenden Anerkennung des subjektiven Fehlerbegriffes traten jedoch Abgrenzungsprobleme auf.

Im Rahmen der Bestrebungen nach Angleichung von kauf- und werkvertraglichem Sachmangelbegriff wurde der zweigliedrige Sachmangelbegriff in das Werkvertragsrecht übernommen.[264]

b. Die praktische Relevanz der zugesicherten Eigenschaft

Sowohl in § 459 I und II BGB a.F. als auch in § 633 I 1.Var. und 2.Var. BGB a.F. fand der zweigliedrige Sachmangelbegriff seine Ausprägung. Obgleich mit der Anerkennung des subjektiven Fehlerbegriffes die „zugesicherte Eigenschaft“ weitgehend an eigenständiger Bedeutung verloren hatte, so behielt letztere für die Fälle Relevanz, in denen das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gemäß § 633 I 1. Var. BGB a.F. (bzw. § 459 II BGB a.F.) keinen Fehler i.S.d. § 633 I 2.Var. BGB a.F.

---

[257] Labeo D. 18,1,78,3; Gaius D. 18,6,16; Pompeius D. 19,1,6,4
[258] Ulpian, D. 19,1,13 pr.
[259] Ulpian D. 19,1,13 pr
[260] Ulpian, D. 19,1,11,3/5
[261] Kaser, RPR I, S. 557 f.
[262] Motive II, § 381 f., S. 224; Kaser RPR I, S: 560; Haymann, Haftung des Verkäufers I, S. 19 ff.
[263] Esser/Weyers, SchR II/1, § 5 II. 2. b, S. 39
[264] Motive II, S. 478

(bzw. § 459 I BGB a.F.) darstellte, und für diejenigen Fälle, in denen an das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und an einen Fehler unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft wurden.

Solche unterschiedlichen Rechtsfolgen ergaben sich im Rahmen des § 11 Nr. 11 AGBG, wonach die Schadensersatzhaftung für zugesicherte Eigenschaften im Geltungsbereich des AGBG sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden durfte. Erblickte man in jeder Eigenschaftsvereinbarung eine Zusicherung im Sinne der §§ 633, 635 BGB a.F., so führte dies zur Anwendung des § 11 Nr. 11 AGBG und damit zu einer erheblichen Ausweitung des Haftungsbeschränkungsverbotes.[265]

Daneben schloß § 634 III BGB a.F. nach der Auslegung der herrschenden Lehre die Wandelung nur bei unbedeutenden Fehlern, nicht aber bei unbedeutenden Abweichungen von zugesicherten Eigenschaften aus.

Schließlich war die Begriffsbestimmung für diejenigen Fälle relevant, in denen der Fehlerbegriff enger gefaßt war als derjenige der zugesicherten Eigenschaft: Dies galt zum einen, wenn das Werk zwar von der vereinbarten Beschaffenheit abwich, dies aber keine Wert- und Tauglichkeitsminderung zur Folge hatte. [266] Zum anderen waren die Fälle der Haftung für Umsätze und Erträge beim Unternehmens-[267] und Grundstückskauf[268] sowie parallel hierzu im Werkvertragsrecht bei der Zusage der Rentabilität einer Maschine[269] zu nennen. Hier wurde nur das Fehlen einer „zugesicherte Eigenschaft“, nicht aber ein Fehler bejaht. Denn zu den Eigenschaften einer Kaufsache bzw. eines Werkes i.S.d. § 459 II, § 633 I 1.Var. BGB a.F. gehörten auch die tatsächlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu ihrer Umwelt.[270]

---

[265] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (91)
[266] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (91); Staudinger/Peters (13. Aufl.) § 633 Rn. 16; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 10; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 36
[267] BGH NJW 1995, S. 1547 (1547 f.)
[268] BGH NJW 1993, S. 1385 (1385); hierzu Erman/Grunewald (10. Aufl.), § 633 Rn. 35
[269] RG Warn Rsp 37, 72
[270] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 459 Rn. 34 ff.

2. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft

Die Definition des Begriffes der zugesicherten Eigenschaft bereitete im alten Werkvertragsrecht Schwierigkeiten. Es stellte sich die Frage, ob die Eigenschaftszusicherung im Kauf- und Werkvertragsrecht einheitlich zu definieren sei.

Die übereinstimmende Verwendung des Terminus „zugesicherte Eigenschaft“ in §§ 459 II, 463, 480 II, 633 und 635 BGB a.F. legte eine einheitliche Bedeutung im Kauf- und Werkvertragsrecht nahe. Jedoch unterschieden sich Werkvertrags- und Kaufrecht hinsichtlich der Folgen des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft: Während gemäß § 463 BGB a.F. das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu einer verschuldens-unabhängigen Schadensersatzpflicht des Verkäufers führte, setzte § 635 BGB a.F. Vertretenmüssen voraus.

a. Der historische Gesetzgeber

Die Materialien zum BGB zeigen, daß der historische Gesetzgeber eine ernsthafte Beschaffenheitsangabe oder -vereinbarung als für die Bejahung einer Eigenschaftszusicherung sowohl im Kaufrecht als auch im Werkvertragsrecht ausreichend ansah.[271] Diese Einheitlichkeit war allerdings rein terminologischer Art. In der Sache wurden an das Vorliegen einer derartigen Eigenschaftsvereinbarung unterschiedliche Anforderungen gestellt.

Die BGB-Motive[272] zum Kaufrecht gehen davon aus, daß jede ernsthafte Beschaffenheitsangabe eine Gewährübernahme im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Garantieversprechens darstellt. Wenn beim Stückkauf eine derartige einfache Zusicherung vorliege, sei es entbehrlich, im Einzelfall zu prüfen, ob der Verkäufer für das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft einstehen wolle. Obgleich in der zweiten Lesung ein Änderungsantrag gestellt worden war, welcher zwischen einfacher

[271] Motive II, S. 224 ff., 478 ff.
[272] Motive II, S. 228, 479 f.

Eigenschaftszusicherung und Garantieversprechen differenzieren wollte, hielt die Mehrheit der Gesetzgebungskommission an dieser Auffassung fest.[273] Zur Begründung des Änderungsantrages war angeführt worden, daß es dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien nicht entspreche, in jeder Zusicherung einer Eigenschaft ein Garantieversprechen zu sehen. Vielmehr wolle der Verkäufer, der das Vorhandensein einer Eigenschaft zusichere, diese nur als im Sinne des Vertrages erhebliche Eigenschaft kennzeichnen und sie denen gleichstellen, deretwegen er nach § 381 II (= § 459 I BGB a.F.) zur Gewährleistung verpflichtet sei. Eine Zusicherung erfülle häufig nur den Zweck, die gesetzliche Haftung außer Zweifel zu stellen.[274] Die Kommission wandte gegen diesen Vorschlag ein, er sei unpraktikabel und werde zu einer Vielzahl von Prozessen darüber führen, ob eine einfache oder eine qualifizierte Zusicherung gegeben sei. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folge, daß eine einfache Zusicherung zugleich als Garantieversprechen zu werten sei.[275]

Im Werkvertragsrecht hingegen lehnte es der BGB-Gesetzgeber ab, aufgrund einer ernsthaften Beschaffenheitsangabe eine Zusicherung zu unterstellen, denn „eine solche Unterstellung ist [...] überaus gewagt im Falle der Zusicherung der Eigenschaft eines erst zu beschaffenden und noch nicht vorhandenen Werkes. Der Unternehmer, welcher eine bestimmte Eigenschaft des Werkes verspricht, übernimmt damit, von besonderen Umständen des Falles abgesehen, nur eine gewöhnliche Leistungspflicht“[276]. Ein Schadensersatzanspruch stehe dem Besteller daher nur zu, wenn der Unternehmer den Schaden zu vertreten habe, d.h. im Falle einer einfachen Zusicherung bei Verschulden, im Falle einer qualifizierten Zusicherung aufgrund des Garantieversprechens.[277]

Es läßt sich daher festhalten: Während beim Kaufvertrag bei Vorliegen der Eigenschaftszusicherung im Sinne einer einfachen Zusicherung zugleich

[273] Protokolle I, S. 686 ff.
[274] Protokolle I, S. 687
[275] Protokolle I, S. 688
[276] Motive II, S. 480
[277] Motive II, S. 481

das Vorliegen eines Garantieversprechens unterstellt wurde, wurde im Werkvertragsrecht zwischen der einfachen Zusicherung (§§ 633, 635 BGB a.F.) und der gesetzlich nicht geregelten Garantieübernahme differenziert.[278]

b. Die zugesicherte Eigenschaft als qualifizierte Zusicherung

Eimer, Tempel und Thomas[279] gingen von einer Bedeutungsübereinstimmung des Begriffes „zugesicherte Eigenschaft“ im Kauf- und Werkvertragsrecht aus. Eine zugesicherte Eigenschaft wurde nur bei Vorliegen einer qualifizierten Zusicherung angenommen. Die kaufrechtliche Definition gelte auch für das Werkvertragsrecht. Demnach sei eine Eigenschaft zugesichert, „wenn der Verkäufer [oder Werkunternehmer] durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Vertragsinhalt geworden ist, dem Käufer [oder Besteller] zu erkennen gibt, daß er für den Bestand der Eigenschaften an der Kaufsache [dem Werk] einstehen will.“[280] „Zusichern“ sei gleichbedeutend mit der Erklärung, „unbedingt, d.h. mit allen Folgen, einstehen zu wollen“.[281]

b. Die Zugesicherte Eigenschaft als ernsthaftes vertragliches Versprechen

Im Gegensatz hierzu folgten die Rechtsprechung[282] und die *überwiegende Literatur*[283] in der Sache dem BGB-Gesetzgeber: Der Begriff der Zusicherung einer Eigenschaft habe im Werkvertragsrecht eine andere Bedeutung als im Kaufrecht.[284] Die „Zusicherung einer Eigenschaft“ i.S.d. §§ 633, 635 BGB a.F. sei vielmehr „in dem vom Unternehmer vertraglich gegebenen ernsthaften Versprechen zu sehen, das Werk mit einer

---

[278] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (94 f.)
[279] Eimer, NJW 1973, S. 590 (595); Tempel, JuS 1979, 311, S. 800; Palandt/Thomas, (43. Aufl.), § 633 Anm.1)
[280] Palandt/Thomas (43. Aufl.), § 633 Anm. 1 und § 459 Anm. 4 a
[281] Eimer, NJW 1973, S. 590 (595)
[282] BGHZ 96, 111 (114 f.); BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1134 f.); BGH NJW-RR 1996, S. 783 (784); BGH WM 1997, S. 2183 (2184 f.)
[283] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 18; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 37; Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (98 ff.); Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/ B, § 13 Rn. 21; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 18; Ingenstau/Korbion VOB/B, § 13 Rn.120; Kaiser, BauR 1983, S. 19 (21); Siegburg BauR 1985, S. 367 (379); Müller BauR 1985, S. 517 (518)
[284] BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135)

bestimmten Eigenschaft herzustellen, ohne daß es erforderlich wäre, daß der Unternehmer zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht wird“[285].

Begründet wurde diese Ansicht nicht nur mit der unterschiedlichen Haftung nach § 635 BGB a.F. und § 463 BGB a.F., sondern es wurde auch das Argument des BGB-Gesetzgebers aufgegriffen, daß die Zusicherung hinsichtlich eines noch nicht erstellten Werkes ein erhöhtes Risiko für den Unternehmer bedeute.[286]

Aufgabe der werkvertraglichen Zusicherung war es nach dieser Ansicht, Eigenschaften Vertragsbestandteil werden zu lassen, deren Fehlen die Tauglichkeit oder den Wert nicht beeinträchtigen.[287] Daneben komme der Zusicherung arbeitserleichternde Funktion zu, da sie die Feststellung eines Werkmangels nach sonstigen Kriterien entbehrlich mache. [288]

Bezüglich der Frage, ob bereits eine Beschaffenheitsvereinbarung ausreiche oder darüber hinaus weitere Anforderungen zu stellen seien, teilten sich innerhalb dieser Ansicht die Auffassungen:

aã Beschaffenheitsvereinbarung

Teilweise[289] wurde vertreten, eine zugesicherte Eigenschaft sei eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung. Gerade bei Werkverträgen, insbesondere Bauverträgen, gäbe es daher häufig zugesicherte Eigenschaften. Denn sobald das Werk komplizierter sei, werde es bei Vertragsschluß durch Leistungsbeschreibung oder andere Formen der sprachlichen oder zeichnerischen Fixierung festgelegt.[290] Insbesondere der Inhalt des

[285] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 18; BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135)
[286] Nicklisch, FS Beitzke, S:. 89 (98 ff.); Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 22
[287] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 17; Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (93 ff.); Kaiser BauR 1983, S. 19 (21)
[288] BGH, NJW 1994, S. 1134 (1135): Ob ein Fehler vorliege, könne dahinstehen, da jedenfalls eine Zusicherung gegeben sei.
[289] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (100); Korbion, Jura 1979, S.393 (401);BGH MDR 1960, S. 838 (838); wohl auch Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 18:„nichts anderes als die vertragliche Festlegung des zu leistenden Werkes“; Siegburg BauR 1985 S. 367 (380); Müller BauR 1985, S. 517 (519): „schlichte Eigenschaftsvereinbarung“
[290] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (92); Korbion, Jura 1979, S. 393 (401)

Leistungsverzeichnisses sei der Inbegriff der im Bauvertrag für die Bauleistung zugesicherten Eigenschaften.[291] Sei beispielsweise im Leistungsverzeichnis Beton von der Güte 300 verlangt, werde jedoch nur eine Güte von 200 erreicht, so fehle dem Bauwerk eine zugesicherte Eigenschaft, und zwar unabhängig davon, ob der Beton von der Güte 200 ausreichen würde, um dem Gebäude die notwendige Haltbarkeit zu verleihen.[292] Ähnliches gelte auch für die Aufnahme bestimmter Stoffbeschaffenheiten in Leistungsverzeichnisse wie z.B. die Anfertigung von Türen aus Eichenholz, die Verlegung von Kupferrohren von einer bestimmten Haltbarkeit, die Verwendung bestimmter Dachziegel.[293]

bb. Für den Unternehmer erkennbare Bedeutung der Einhaltung der Leistungsbeschreibung erforderlich

Der *BGH*[294] und *Teile der Literatur*[295] hingegen stellten an die zugesicherte Eigenschaft weitere Anforderungen. Eine zugesicherte Eigenschaft im werkvertraglichen Sinne sei nur zu bejahen[296], „wenn der Besteller erkennbar großen Wert auf die (exakte) Einhaltung der Leistungsbeschreibung (d.h. auch ohne Auswirkung auf die Gebrauchstauglichkeit) legt".[297] Er müsse „unzweifelhaft zum Ausdruck bringen, daß er vom Auftragnehmer mit Bestimmtheit und unbedingt verlangt, die Leistung mit der im einzelnen beschriebenen Eigenschaft auszuführen."[298]

Eine zugesicherte Eigenschaft wurde beispielsweise angenommen, wenn der Besteller dem in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Hinweis „Toleranzen nach DIN 7526 F" nicht nur eine Maßangabe, „Schaft 24

---

[291] Korbion, Jura 1979, S. 393 (401)
[292] BGH MDR 1960, S. 838 (838); ebenso: Korbion, Jura 1979, S. 393 (401)
[293] Korbion, Jura 1979, S. 393 (401)
[294] BGHZ 96, 111 (114 f).; BGH NJW 1981, S. 1448 (1448); BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135); BGH NJW-RR 1996, S. 783 (784 f.)
[295] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 37; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 29; Ingenstau/Korbion, VOB/B § 13 Rn. 125: aus der Leistungsbeschreibung ergebe sich noch nicht ohne weiteres die Zusicherung einer Eigenschaft; Kaiser, BauR 1983, S. 19 (21)
[296] BGH NJW 1981, S. 1448 (1448)
[297] BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135); BGH NJW-RR 1996, S. 783 (784 f.); BGHZ 96, 114 (114 f.); OLG Düsseldorf, BauR 2002, S. 1860 (1861 f.); BGH BauR 2004, S. 1946 (1946 f.)
[298] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 125

mm“, sondern auch Toleranzen von „– 0,2/+ 0,8 mm“ hinzufügte. Damit sei der Wunsch nach erheblicher Maßgenauigkeit zum Ausdruck gebracht, der vom Werkunternehmer durch Aufnahme der Arbeit akzeptiert worden sei. „Dann aber war dieser Mindestdurchmesser [...] schon aufgrund des in den Verhandlungen zum Ausdruck gekommenen besonderen Interesses des Beklagten [Anm.: des Bestellers] zugesichert.“[299]

Zu demselben Ergebnis kam der BGH in folgendem Fall: Der Besteller einer Entsorgungsanlage für Lösungsmittel bezog sich in seinem Auftragsschreiben nicht nur auf das Angebot des Unternehmers, sondern wies auf zusätzliche Punkte hin, insbesondere auf die Verantwortlichkeit des Unternehmers für die Einhaltung der gesetzlichen und sicherheitstechnischen Bestimmungen. Dies könne der Unternehmer nur dahingehend verstehen, daß es dem Besteller hierauf besonders ankomme und er dies zugesichert haben wolle. Das auf dieser Grundlage erfolgte Angebot des Bestellers habe der Werkunternehmer angenommen.[300]

In Fällen einer einfachen Leistungsbeschreibung, wie sie in der Regel bei Bauleistungen in Form von Leistungsverzeichnissen vorliegt, sei hingegen keine zugesicherte Eigenschaft gegeben. [301]

3. Die Abgrenzung zwischen Fehler und zugesicherter Eigenschaft

Auf der Grundlage dieser Begriffsbestimmungen stellte sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen „Fehler“ und „zugesicherter Eigenschaft“ im Sinne des § 633 I BGB a.F.

Nach Eimer, Tempel und Thomas war eine Abgrenzung ohne weiteres möglich. Ein „Fehler“ setzte eine Abweichung von einer Beschaffenheitsvereinbarung voraus, das Fehlen einer „zugesicherten Eigenschaft“ die Erklärung, unbedingt, d.h. mit allen Folgen, einstehen zu wollen.

---

[299] BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135)

[300] BGH NJW-RR 1996, S. 783 (785); ebenso auch BGHZ 96, 111 (115): Der Besteller legte großen Wert auf eine optimale Wärmedämmung, insbesondere auf möglichst niedrige Wärmedurchlaßwerte der Fenster.

[301] BGH NJW 1981, S. 1448; So etwa bei der näheren Beschreibung, wo die Fugen zwi-

Bezüglich der Abgrenzungskriterien wurde auf die seit langem praktizierte Unterscheidung zwischen Fehler und zugesicherter Eigenschaft im Kaufrecht (§ 459 I , II BGB a.F.) verwiesen.

Schwierigkeiten ergaben sich hingegen bei Zugrundelegen der Definition der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur.

Folgte man hier der ersten Teilansicht[302] (s.S. 81 f.), war die Abgrenzung des Fehlers von dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kaum möglich. Denn beide setzten lediglich eine Beschaffenheitsvereinbarung voraus.

Legte man jedoch die zweite Teilansicht, vertreten vom BGH[303] und Teilen der Literatur[304], zugrunde (s.S. 82 f.), so erforderte eine zugesicherte Eigenschaft nicht nur eine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern der Besteller mußte darüber hinaus erkennbar großen Wert auf die (exakte) Einhaltung der Leistungsbeschreibung legen. Die zugesicherte Eigenschaft war eine qualifizierte Beschaffenheitsvereinbarung. Auch hier ergaben sich in der Rechtspraxis Unsicherheiten.

4. Die unselbständige und die selbständige Garantie

Neben der „einfachen Zusicherung“[305], die nur im Verschuldensfall zu einer Haftung gemäß § 635 BGB a.F. führte, gab es im Werkvertragsrecht zwei weitere Arten der Zusicherung.

Der Unternehmer konnte ein *unselbständiges Garantieversprechen* ab-

---

schen die Faßendblende zu hinterlegen sind (BGH BauR 2004, S. 1946 (1946))

[302] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (100); Korbion, Jura 1979, S. 393 (401); BGH MDR 1960, S. 838 (838); wohl auch Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 18: „nichts anderes als die vertragliche Festlegung des zu leistenden Werkes“; Siegburg BauR 1985 S. 367 (380); Müller BauR 1985, S. 517 (519): „schlichte Eigenschaftsvereinbarung“

[303] BGHZ 96, 111 (114 f).; BGH NJW 1981, S. 1448 (1448); BGH NJW-RR 1994, S. 1134 (1135); BGH NJW-RR 1996, S. 783 (784 f.)

[304] Soergel/Teichmann (12. Aufl.) Vor § 633 Rn. 37; MünKomm/Soergel § 633 Rn. 29; Ingenstau/Korbion, VOB/B § 13 Rn. 125: aus der Leistungsbeschreibung ergebe sich noch nicht ohne weiteres die Zusicherung einer Eigenschaft; Kaiser, BauR 1983, S. 19 (21)

[305] Larenz, SchuldR II /1, § 53 II c 1, S. 360

geben, durch das eine vom Verschulden unabhängige Einstandspflicht für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften oder das Nichtvorhandensein von Mängeln begründet wurde. Hierdurch wurde dem Besteller ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 635 BGB a.F. eingeräumt, der nach § 638 BGB a.F. verjährte. Entscheidend war, ob die Vereinbarung unter Berücksichtigung der Umstände dahingehend zu verstehen war, daß der Werkunternehmer für die Vertragsgemäßheit des Werkes unbedingt, d.h. ohne Rücksicht auf seine Verhältnisse, einstehen werde. Für die Auslegung konnten die zur „Zusicherung" i.S.d. § 463 BGB a.F. entwickelten Grundsätze herangezogen werden.[306] Ein solches unselbständiges Garantieversprechen wurde beispielsweise in folgenden Vereinbarungen gesehen: „Unternehmer übernimmt volle Garantie und ist für jeden Schaden haftbar, der durch Eindringen von Grundwasser entstehen kann."[307] bzw. „Die Auswertung der an der Kesselanlage vorgenommenen Messungen ergibt eine Brennstoffeinsparung von 12% bei Öl/Gas" (unter Berücksichtigung der Tatsache, daß eine vorherige Untersuchung der Feuerstätte stattfand).[308]

Daneben bestand die Möglichkeit eines *selbständigen Garantieversprechens*, welches sich verschuldensunabhängig auf einen über das Vorhandensein der Eigenschaft hinausgehenden Erfolg bezog und mehr von zusätzlichen Faktoren abhing. Dabei ergaben sich Art und Umfang der dem Besteller zustehenden Ansprüche aus dem Inhalt der Vereinbarung. Eine selbständige Garantie führte nicht zur Anwendung der Vorschriften des Werkvertragsrechts. Vielmehr folgte aus dem Garantieversprechen des Unternehmers ein Erfüllungsanspruch, der auf Geld gerichtet war. Die Verjährung richtete sich daher nach § 195 BGB a.F. und nicht nach § 638 BGB a.F. Um eine solche selbständige Garantie handelt es sich beispielsweise bei der Garantie eines Baubetreuers für einen bestimmten Mietertrag des von ihm erbauten Gebäudes. [309]

---

[306] Erman/Seiler (10. Aul.), § 633 Rn. 20; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 40; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 19
[307] BGH BauR 1970, S. 107 (107 f.)
[308] BGH NJW 1981, S. 2403 (2403 f.)
[309] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 19; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 20;

Diese Differenzierung zwischen „einfacher Zusicherung“, „unselbständigem Garantieversprechen“ und „selbständigem Garantieversprechen“ war in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt.[310] Sie war jedoch, wenn man mit der Minderansicht die Zusicherung i.S.d. § 633 BGB a.F. und § 635 BGB a.F. als Erklärung der unbedingten Gewährübernahme verstand, teilweise überflüssig. Denn eine unselbständige Garantie war dann notwendig in jeder „einfachen Zusicherung“ mitenthalten, für die „Aufrechterhaltung des Instituts der unselbständigen Garantie [Anm.: bestand dann] kein Bedürfnis mehr.“[311]

5. Haftungsausschluß

Im Hinblick auf die Reformbemühungen des Gesetzgebers erlangte schließlich auch die Norm des § 637 BGB a.F. Bedeutung. Diese regelte, daß, wenn der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, eine Vereinbarung nichtig sei, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, diesen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird.[312]

Ergänzt wurde diese Norm durch verschiedene Vorschriften des AGB-Gesetzes, für den Fall, daß der Unternehmer Verwender gewährleistungsbeschränkender Allgemeiner Geschäftsbedingungen war. Hierbei hatte insbesondere die Norm des § 11 Nr. 11 AGBG Bedeutung, die die Einschränkung des Schadensersatzanspruches aus § 635 BGB a.F. im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft des Werkes für unzulässig erklärte. Sie war auf die Zusicherung einer Eigenschaft, die einen Schadensersatzanspruch nur bei Verschulden auslöste, ebenso anwendbar wie auf die unselbständige Garantie[313], nicht aber auf die selbständige Garantie[314].

Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 40

[310] BGHZ 65, 107 (109 f.); BGH BauR 1970, S. 107 (107 f.);Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 19; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn.40 f.; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 18 ff.; Larenz, SchR II/1, § 53 II c

[311] Eimer, NJW 1973, S. 590 (596)

[312] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 637 Rn. 1 ff.

[313] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 637 BGB Rn. 56; a.A. Nicklisch, FA Beitzke (1979), S. 89 (104 ff.)

[314] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 637 BGB Rn. 57

II. Reformbedarf

1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Mit der Verwendung des ***einheitlichen Kriteriums der Vertragswidrigkeit*** in Art. 3 I VbrKfRL verzichtet die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf eine weitere Differenzierung zwischen Fehler und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft innerhalb des Sachmangelbegriffes. Hintergrund des Gebrauchs des Begriffes der „Vertragswidrigkeit" in Art. 3 I VbrKfRL war die vom EU-Gesetzgeber angestrebte Parallelität zu Art. 35 II CISG, welcher die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft ebenfalls nicht erwähnt.

Die schwierige ***Abgrenzung zwischen Fehler und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft*** ist im UN-Kaufrecht und im Rahmen der Verbrauchgüterkaufrichtlinie nicht erforderlich.[315] Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft wird in Art. 35 CISG ebenso wie in Art. 3 VbrKfRL unter den Begriff der Vertragswidrigkeit eingeordnet.[316] Während das deutsche Recht an beide Kategorien unterschiedliche Folgen knüpfte (s.S. 76 f.), stehen dem Käufer die Gewährleistungsrechte, insbesondere der Schadensersatzanspruch nach Art. 45 II UN-Kaufrecht, bei jeder Vertragswidrigkeit zu.[317] Nichts anderes gilt für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, da Art. 3 VbrKfRL eine über die rein produktbezogenen Gewährleistungsrechte hinausgehende Schadensersatzhaftung nicht vorsieht.

2. Reformbedarf in der Sache

Die Frage, ob Reformbedarf in der Sache bestand, d.h. ob die Probleme bei der Definition des Begriffes der zugesicherten Eigenschaften und der Abgrenzung zum Fehler kodifikatorisch entschieden werden sollten, wurde bejaht. Weyers[318] und Teichmann[319] sprachen sich für eine Klarstellung

---

[315] Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 189 f.; Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 40 .
[316] Schlechtriem/Schwenzer, CISG, Art. 35 Rn. 4
[317] Der Schadensersatzanspruch nach Art. 45 II UN-Kaufrecht ging über denjenigen des § 463 BGB a.F. bzw. § 635 BGB a.F. hinaus; er umfaßte nicht nur Mangelschäden, sondern auch Mangelfolgeschäden (Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 567).
[318] Weyers, Gutachten und Vorschläge, S. Bd. II, S. 1115 (1160)
[319] Teichmann, 55. DJT/I, S. A1 (A 57)

durch den Gesetzgeber aus.

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

In Weyers[320] Vorschlag zur Neuformulierung des werkvertraglichen Sachmangelbegriffes begegnete der Begriff der „zugesicherten Eigenschaft“ nicht mehr. An dessen Stelle trat ein ***einheitlicher Mangeltatbestand***.

„ § 633 neu

(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Werk der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit herzustellen. Als vereinbart gilt im Zweifel die Beschaffenheit, die für den im Vertrag vorausgesetzten oder gewöhn-lichen Verwendungszweck erforderlich ist. [...]

(2) Fehlt dem Werk zu dem Zeitpunkt, zu dem die Gefahr übergeht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, so kann der Besteller Behebung des Mangels verlangen.“[321]

Weyers begründete dies damit, daß die ***Abgrenzung zwischen Fehler und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft*** bei Zugrundelegung des subjektiven Fehlerbegriffes schon nicht im Kaufrecht durchzuhalten sei, erst recht jedoch nicht im Werkvertragsrecht. Daneben sei der zweigliedrige Sachmangelbegriff nur der Parallelität zum Kaufrecht wegen ins Werkvertragsrecht übernommen worden. Tatsächlich fehle es aber an einer solchen Parallelität der Haftungsnormen, da § 463 BGB a.F. im Werkvertragsrecht kein Pendant habe: § 463 BGB a.F. sehe bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften im Gegensatz zu § 635 BGB a.F. eine verschuldensunabhängige Haftung vor.

Andererseits schlug Weyers die Aufnahme einer Regelung für ***unselbständige Garantien*** in das Gesetz vor:

„§ 635 a neu

§ 635 gilt entsprechend, wenn der Unternehmer ausdrücklich die Gewähr für bestimmte

[320] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1160)
[321] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1186)

Eigenschaften des Werkes übernommen hat.“[322]

„§ 635 BGB neu.:

Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstand, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt nach Ablauf der in § 634 I und II bezeichneten Frist auch Ersatz des ihm aus der Mangelhaftigkeit des Werkes entstehenden Schadens verlangen.“ [323]

Denn es entspreche der „erwünschten Parallele zum Kaufrecht“ und der „Öffnung für das Modell des EKG“ (Art. 41 II EKG), die „unselbständige Garantie“ gesetzlich zu normieren. Hiervon erhoffte sich Weyers auch eine klarere Grenzziehung zwischen den „selbständigen“ und „unselbständigen Garantien“.[324]

b. Das Gutachten von Basedow

In gleicher Weise sprach sich Basedow[325] im Kaufrecht für einen ***einheitlichen Mangeltatbestand*** aus: Zusicherungshaftung und Sachmängelgewähr sollten in dem Tatbestand der „vertragswidrigen oder nicht vertragsgemäßen Leistung“ verschmolzen werden. Das Nebeneinander von Zusicherung einer Eigenschaft und Fehler sei nur sinnvoll gewesen, solange der Sachmangel in einem objektiv-materiellen Sinne als körperliche Abweichung verstanden wurde. Mit der Anerkennung des subjektiv-funktionalen Fehlerbegriffes seien die Fälle der Zusicherung einer Eigenschaft aufgesogen worden und sei eine schlüssige Abgrenzung nicht mehr möglich. Ferner sehe auch das UN-Kaufrecht einen solchen einheitlichen Mangeltatbestand vor.

c. Das Gutachten von Huber

Auch nach Huber sollte die Kategorie der ***„zugesicherten Eigenschaft“ beseitigt*** werden. „Macht man sich klar, daß der Verkäufer im Kaufvertrag ohnehin verspricht, daß die Sache die im Vertrag vorausgesetzten Eigenschaften hat, dann ist nicht zu verstehen, welchen Sinn eine zusätzliche `Zusicherung` haben soll, daß die Sache diese Eigenschaften

---

[322] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[323] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[324] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1167)
[325] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 49 f.; ebenso auch das Gutachten von Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (766 f., 868, 899 f.)

auch wirklich besitzt. Die `Zusicherung` ist in Wirklichkeit eine Wiederholung des Versprechens, das der Verkäufer ohnehin abgegeben hat. Eine solche Wiederholung ist sinnlos“[326] .

d. Das Gutachten von Teichmann

Teichmann[327] hingegen plädierte dafür, an der ***Zweispurigkeit von Fehlern und zugesicherten Eigenschaften*** festzuhalten. Denn die Zusicherung im Werkvertragsrecht erfülle eine eigenständige Funktion, nämlich Eigenschaften zum Vertragsbestandteil zu machen, deren Fehlen die Tauglichkeit oder den Wert nicht beeinträchtige.

Jedoch könne es durch das unterschiedliche Verständnis des Begriffes „Zusicherung“ im Kauf- und Werkvertragsrecht leicht zu Mißverständnissen kommen. Denn während der „werkvertraglichen Zusicherung“ die Bedeutung einer bloßen Eigenschaftsvereinbarung zukomme, sei der Begriff der „Zusicherung“ bereits auf Grund des Wortlautverständnisses und unter dem Einfluß des § 463 mit der Bedeutung einer Garantie belegt. Um diese Mißverständnisse zu vermeiden, müsse nicht die „zugesicherte Eigenschaft“ im Sinne des Werkvertragsrechts gestrichen werden, wie Weyers dies vorschlage, sondern sei in „Eigenschaftsvereinbarung“ umzubenennen. In § 633 I BGB trete dann neben die Freiheit von Fehlern das Vorhandensein der vereinbarten Eigenschaften.

2. Der Kommissionsentwurf

Auch der *Kommissionsentwurf*[328] sah einen ***einheitlichen Sachmangelbegriff*** in § 633 I BGB-KE vor. Eine besondere Begründung wurde für das Werkvertragsrecht nicht geliefert.[329] Im Rahmen der Erläuterungen zu § 435 BGB-KE, der den Sachmangelbegriff definiert, wurde auf die Abgrenzungsprobleme zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften im alten Recht hingewiesen. Die gerichtliche Einordnung als Fehler oder zugesicherte Eigenschaft sei ein nicht voraussehbarer Wertungsvorgang im

---

[326] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (766 f.)
[327] Teichmann, 55. DJT/I, S. A1 (A57)
[328] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 250
[329] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 251

Hinblick auf die Rechtsfolgen.[330]

Allerdings wurde die Kategorie der „Zusicherung“ nicht ersatzlos gestrichen. Denn im Rahmen der §§ 639 I, 280 ff BGB-KE (verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch) wurde ***§ 276 I BGB-KE*** relevant, nach welchem der Unternehmer Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hatte, solange „etwas anderes weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt oder der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen“ sei. Unter die „anderen Bestimmungen“ war nach der Gesetzesbegründung auch die Übernahme einer ***Garantie*** zu subsumieren.

Wie der Begriff der „Garantie“ im Kommissionsentwurf zu verstehen ist, ist diesem nicht zu entnehmen.[331] Kötz, ein Kommissionsmitglied, lieferte eine Definition für das Kaufrecht: Maßgeblich sei, „ob der Käufer die Äußerung des Verkäufers unter Berücksichtigung seines sonstigen Verhaltens und der Umstände, die zum Vertragsschluß geführt haben, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“[332] dahin auffassen dürfe, daß er die Gewähr für das Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit der Ware übernommen habe.[333] Ob diese Definition auch für das Werkvertragsrecht gelten sollte, wurde offengelassen. Dies könnte freilich angenommen werden, da Kötz, wie voranstehend erwähnt, von Kauf- und Werkvertragsrecht sprach. Die im Rahmen des § 276 I BGB relevante Garantie wäre im Sinne der „unselbständigen Garantie“ des alten Werkvertragsrechts oder der „zugesicherten Eigenschaft“ des alten Kaufrechts zu verstehen. Folglich hätte die „zugesicherte Eigenschaft“ im speziell werkvertraglichen Sinne einer einfachen oder qualifizierten Beschaffenheitsvereinbarung jede Bedeutung verloren. In der Sache hätte sich nichts geändert, denn bereits nach altem Recht haftete der Werkunternehmer, wenn er die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft übernommen hatte, unter dem Begriff der „unselbständigen

[330] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 200
[331] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 123
[332] hier zitiert Kötz die Definition der „zugesicherten Eigenschaft“ in der Fensterlackentscheidung (BGHZ 59, 160)
[333] Kötz, 60. DJT/II/1, S. K 9 (K 21 f.)

Garantie“ verschuldensunabhängig.

Verwirrend ist nur die Begründung des Kommissionsentwurfes: „Umgekehrt können die Umstände auch für die Übernahme einer Garantie sprechen. Das hat etwa für die *Eigenschaftszusicherungen* bei Kauf, Miete, *Werkvertrag* und ähnlichen sich auf eine Sache beziehenden Verträgen Bedeutung: § 463 Satz 1 BGB (der diesen Gedanken nur für den Kauf ausspricht) sollte daher als überflüssig, womöglich sogar irreführend gestrichen werden.“[334] Als Beispiel für die Garantieübernahme, die zur verschuldensunabhängigen Haftung führt, wurde die Eigenschaftszusicherung beim Werkvertrag angesprochen; diese wurde im alten Recht mehrheitlich im Sinne einer einfachen oder qualifizierten Beschaffenheitsvereinbarung verstanden. Dann würde bereits eine solche Beschaffenheitsvereinbarung zu einer verschuldensunabhängigen Haftung nach §§ 639 I, 280 ff., 276 I BGB-KE führen.[335]

3. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf enthielt ebenfalls ***nicht mehr die „zugesicherte Eigenschaft“*** als eigenständige Kategorie im werkvertraglichen Sachmangelbegriff.[336] Die Begründung hierzu war mit derjenigen des Kommissionsentwurfes identisch.

Auch nach Ansicht des Diskussionsentwurfes bot ***§ 276 I BGB a.F.*** einen Anknüpfungspunkt für eine Garantiehaftung ohne Verschulden: „Die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des § 463 verliert ihre Sonderstellung; sie geht auf in § 276 BGB, nach dem eine Garantiehaftung ohne Verschulden eingreifen kann. Sichert der Verkäufer bestimmte Eigenschaften einer Kaufsache zu und übernimmt damit eine Garantie für deren Vorhandensein, so ist „ein anderes bestimmt“ im Sinne des § 276

---

[334] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 123
[335] so auch Voppel, BauR 2002, S. 843 (848)
[336] zustimmend: Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 191 (198); Peters, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (291)

I.“[337] Diese Aussage wurde zwar nur bezüglich des kaufrechtlichen Schadensersatzanspruches aus §§ 440 I, 280 ff., 276 I BGB-DiskE getroffen, im Rahmen der Begründung zu § 638 BGB DiskE fehlte ein Hinweis auf die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung.[338]

Da der Diskussionsentwurf jedoch nur die Kategorie der „zugesicherten Eigenschaft“ fallen ließ und bezüglich der „*unselbständigen Garantie*“ keine weitere Aussage traf, kann gefolgert werden, daß auch im Werkvertragsrecht die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung weiterhin möglich sein sollte. Hierfür spricht ebenso die Aussage des Diskussionsentwurfes, daß die verschuldensunabhängige Haftung bei zugesicherten Eigenschaften i.S.d. § 463 BGB a.F. in der Garantiehaftung des § 276 Abs. 1 BGB-DiskE aufgehe. Dann ist davon auszugehen, daß der Begriff der „Garantie“ i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB-DiskE im Sinne der kaufrechtlichen zugesicherten Eigenschaft zu verstehen ist.

In dieser Weise versteht auch *Seiler*[339] den Diskussionsentwurf, wenn er feststellt: „In § 633 I BGB-DiskE ist ferner wie beim Kauf (§ 434 BGB-DiskE) die Kategorie der zugesicherten Eigenschaften beseitigt, was im Werkvertragsrecht die gegenwärtige Rechtslage nicht wesentlich verändert“.[340] Denn da der subjektive Fehlerbegriff im Wesentlichen auf die vertragliche Vereinbarung abstelle, erfasse er auch das Fehlen der vertraglich zugesicherten Eigenschaften, so daß dieses Merkmal weitgehend an Bedeutung verloren habe.[341]

Der Diskussionsentwurf enthielt ferner eine Neuregelung der Frage, wann ein ***Haftungsausschluß*** zulässig sei. Der bisherige ***§ 637 BGB a.F.*** wurde durch § 631 Abs. 3 S. 2 BGB-DiskE ersetzt, der auf die entsprechende kaufrechtliche Haftungsausschlußregelung in § 443 BGB-DiskE verwies.

---

[337] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 280
[338] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 323 ff.
[339] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (266); ebenso Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 7
[340] Seiler, in:Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (266)
[341] Erman/Seiler, § 633 Rn. 7

Diese lautete: „Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen werden oder beschränkt werden, kann sich der Käufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschweigt.“[342]

4. Regierungsentwurf

Hinsichtlich der Bedeutung des Begriffes der Garantie im Rahmen des § ***276 Abs. 1 BGB*** äußerte sich die Begründung zum Regierungsentwurf recht eindeutig: „Inhaltlich bedeutet die Zusicherung einer Eigenschaft die Übernahme einer Garantie für das *Vorhandensein dieser Eigenschaft verbunden mit dem Versprechen, für alle Folgen ihres Fehlens (ohne weiteres Verschulden) einzustehen*. Eine auf die Übernahme einer Garantie abstellende Formulierung enthalten deshalb jetzt auch die §§ 442 Abs.1 und 444 RE. [...] Mit dem Entwurf ist also im Kaufrecht keineswegs die Haftung für zugesicherte Eigenschaften abgeschafft, sondern nur an anderer, besserer Stelle geregelt.“ [343]

Hinsichtlich des ***Haftungsausschlusses*** kehrte der Regierungsentwurf wieder zu der Formulierung des § 637 BGB a.F**.** in einer eigenständigen werkvertraglichen Regelung, ***§ 639 BGB-RE***, zurück, wonach ein Haftungsausschluß bei arglistigem Verschweigen des Mangels nichtig ist. Demgegenüber wurde die entsprechende Regelung des Kaufrechts erweitert. So lautete § 444 BGB-RE:

„Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder ***eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat.***“

In der Begründung zu § 444 BGB-RE wurde ausgeführt, daß § 11 Nr. 11 AGBG in dieser Norm aufgehe und daher der Verkäufer sich bei einer

---

[342] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 312

[343] RE, in: Canaris: Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 665 (der Kursivdruck findet sich nicht in der Begründung des Regierungsentwurfes, dient hier nur der Hervorhebung der Definition entsprechend dem kaufrechtlichen Begriff der zugesicherten Eigenschaft bzw. dem werkvertraglichen Begriff der unselbständigen Garantie.)

Garantie nicht auf einen Gewährleistungsausschluß berufen könne. Dabei wurde ausdrücklich klargestellte, daß mit Garantie im Sinne dieser Norm die Zusicherung einer Eigenschaft nach altem Recht gemeint sei.[344]

5. Die Beschlüsse und Bericht des Rechtsausschusses

Im Bereich des ***Haftungsausschlusses*** des § 444 BGB ersetzte der Rechtsausschuß die Formulierung „Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft" durch „Garantie für die Beschaffenheit einer Sache", um einen Anklang an die im alten Recht so problematische Kategorie der zugesicherten Eigenschaft zu vermeiden.[345]

Ebenso wurde § 639 BGB-RE, der § 637 BGB a.F. (kein Haftungsausschluß bei arglistigem Verschweigen) entsprach und damit von § 444 BGB-RE abwich (kein Haftungsausschluß bei arglistigem Verschweigen und einer Garantie), an § 444 BGB-BE angepaßt:

„Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, wenn er den Mangel verschwiegen oder ***eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat."***[346]

6. Nachträgliche Änderung durch das Fernabsatzgesetz

Nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes entbrannte eine Diskussion[347] hinsichtlich der Auslegung des § 639 Alt. 2 BGB n.F. bzw. § 444 Alt. 2 BGB n.F.: Es wurde die Frage aufgeworfen, ob diese Normen der insbesondere beim Unternehmenskauf bestehenden Praxis entgegenstünde, für Beschaffenheitsmerkmale „Garantien" abzugeben und diese zugleich betragsmäßig, zeitlich oder durch die Festlegung von Rechtsfolgen zu begrenzen.

---

[344] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 861
[345] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 861
[346] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 526
[347] Hermanns, ZIP 2002, S: 696 ff.; v. Westphalen, ZIP 2002, S. 108 (114); v. Gierke/Paschen, GmbHR 2002, S: 457 (459 f.); Seibt/Raschke/Reiche, NZG 2002, S. 256 f.; Trieble/Hölzle BB 2002, S. 530; Müller, NJW 2002, S. 1026; Looschelders,

Das Bundesministerium der Justiz stellte in einer veröffentlichten Stellungnahme[348] klar, daß die genannten Normen einer solchen Begrenzung der Garantie nicht entgegenstünden. Da dies offenbar nicht für ausreichend gehalten wurde, änderte der Gesetzgeber durch das Fernabsatz-Änderungsgesetz vom 2.12.2004 (BGBl. I S. 3102) § 444 BGB n.F. und § 639 BGB n.F. geringfügig: Das Wort „wenn“ wurde jeweils durch das Wort „soweit“ ersetzt.

Beschaffenheitsvereinbarung, S. 395 (405 ff.)

[348] BMJ, ZGS 2003, S. 307 ff.

IV. Das neue Recht

1. Neuerungen: Einheitlicher Sachmangelbegriff

In § 633 II BGB n.F. hat sich der ***einheitliche Sachmangelbegriff*** durchgesetzt. Das Gesetz unterscheidet nicht mehr zwischen Fehlern und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, die Zusicherung der Beschaffenheit ist nun Teil der Beschaffenheitsvereinbarung.[349] Damit folgte der Gesetzgeber dem Modell des UN-Kaufrechtes und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 88), das von Basedow und Weyers auf das deutsche Recht übertragen wurde (s.S. 90 f.). Tragender Gedanke war hierbei die Schwierigkeiten bei der Definition des Begriffes der zugesicherten Eigenschaft sowie die daraus folgenden Abgrenzungsprobleme zwischen Fehler und zugesicherter Eigenschaft zu vermeiden.

Bezüglich der Rechtsfolgen ergeben sich hieraus keine wesentlichen Änderungen für das Werkvertragsrecht, da bereits nach § 635 BGB a.F. dem Besteller bei jeder Art von Sachmangel, den der Unternehmer zu vertreten hatte, ein Schadensersatzanspruch zustand.[350]

Damit sind jedoch nicht sämtliche ***Abgrenzungsfragen*** des alten Rechts bedeutungslos geworden. Denn im Rahmen des Schadensersatzanspruches aus §§ 634 Nr.4 i.V.m. 280, 281, 311 a wird die Norm des ***§ 276 Abs. 1 BGB n.F.*** relevant, wonach im Falle einer „***Garantie***“ eine verschuldensunabhängige Haftung eintritt.[351] Dabei ist der Begriff der Garantie im Sinne der ***unselbständigen*** **Garantie** des alten Werkvertragsrechts zu verstehen, d.h. eines unbedingten Einstehenswollens mit allen Folgen.[352] Hierfür spricht ein Blick auf die *Entstehungsgeschichte:* Insbesondere die Definition von Kötz sowie die Begründung des Kommissionsentwurfes

---

[349] Palandt/Sprau, (62. Aufl.), § 633 Rn.1;
[350] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 8
[351] Voppel, BauR 2002, S. 843 (848); Peters NZBau 2002, S. 113 (119); Langen, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 159 (179)
[352] Palandt/Heinrichs (65. Aufl.), § 276 Rn. 29, § 634 Rn. 25; Jauernig/Vollkommer (10. Aufl.), § 276 Rn.42; MünKomm/Busche, § 634 Rn. 96; Bamberger/Roth/Voit, Rn. 14; AnwK-BGB/Raab, § 639 Rn. 9; Schmid/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 210 f.; a.A.: Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 161; Voppel, BauR 2002, § 843 (848);

zeigen, daß der Begriff der Eigenschaftszusicherung im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht synonym verwendet werden - Kauf, Miete und Werkvertrag werden in einem Atemzug ohne Differenzierung genannt - und die abweichende Bedeutung im Werkvertragsrecht übersehen wurde. Die Begründung des Regierungsentwurfes definiert sogar ausdrücklich die „Garantie“ des § 276 BGB n.F. als „Versprechen, für alle Folgen [...] (ohne weiteres Verschulden) einzustehen“. Ferner sehen der Diskussions- und Regierungsentwurf in § 463 S. 1 BGB a.F. einen allgemeinen Rechtsgedanken, der in § 276 BGB n.F. generalisierend, d.h. mit Gültigkeit für Kauf, Miete und Werkvertrag sowie andere ähnliche Verträge, zum Ausdruck gebracht werden soll. Wenn aber der § 276 BGB n.F. zugrundeliegende Gedanke der verschuldensunabhängigen Haftung bei Garantieübernahme aus der Fallkonstellation der Haftung für „zugesicherte Eigenschaften“ des § 463 S. 1 BGB a.F. entwickelt wurde, dann liegt es nahe, bezüglich der Definition der „Garantie“ auf diejenige des kaufrechtlichen Begriffes der „zugesicherten Eigenschaften“ zurückzugreifen. Ferner wäre es nicht verständlich, weshalb an den Begriff der Garantie im Rahmen des § 276 BGB-KE bei Kauf und Miete andere Anforderungen gestellt werden sollten als beim Werkvertrag, wo doch der Grund für die unterschiedliche Definition im Kauf- und Werkvertragsrecht (die Existenz des § 463 BGB a.F. im Kaufrecht) entfallen ist.

Ferner spricht hierfür auch eine *teleologische* Auslegung des Gesetzes. Durch das Entfallen des § 463 S. 1 BGB a.F., die einheitliche Verweisung der § 437 Nr. 3 BGB n.F. und § 634 Nr. 4 BGB n.F. auf die § 280 ff. BGB n.F. sowie die einheitliche Regelung der Ausnahmen von einer verschuldensunabhängigen Haftung in § 276 Abs. 1 BGB n.F. sollte eine Parallelität – insbesondere auch der Voraussetzungen – der kauf- und werkvertragsrechtlichen Schadensersatzansprüche erreicht werden. Eine unterschiedliche Bestimmung des Begriffes der „Garantie“ im Hinblick auf Differenzierungen des alten Rechts (verschuldensunabhängige bzw. – abhängige Haftung bei zugesicherten Eigenschaften in § 463 S.1 BGB a.F. bzw. § 635 BGB a.F.) – würde dieser Intention des Gesetzgebers zuwider laufen. Ferner eliminierte der Gesetzgeber die Kategorie der zugesicherten

Eigenschaft, um die besonders im Werkvertragsrecht bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten des alten Rechts zu beheben. Bei Auslegung der werkvertraglichen „Garantie“ im Sinne der zugesicherten Eigenschaft des alten Werkvertragsrechts würden diese Probleme jedoch unvermindert fortbestehen: Die Unterscheidung zwischen einer einfachen Beschaffenheitsvereinbarung und dem ernsthaften vertraglichen Versprechen einer Eigenschaft (Zusicherung des alten Werkvertragsrechts) ist wesentlich schwieriger als diejenige zwischen einfacher Beschaffenheitsvereinbarung und einer qualifizierten Zusicherung i.S. eines unbedingten Einstehenswollens mit allen Folgen (unselbständige Garantie des alten Werkvertragrechts).

Daneben ist der Begriff der „***Garantie***“ im Rahmen des ***§ 639 BGB n.F***. von Bedeutung, der bestimmt, daß eine Haftungsausschluß nicht nur bei Vorliegen eines Mangels, sondern auch bei Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit des Werkes unwirksam ist. Seit Inkrafttreten des neuen Rechts ist über die Auslegung dieses Begriffes eine erhitzte Diskussion[353] entstanden, innerhalb derer die Exegeten als „führerlos in unbekannten Gewässern“[354] treibend gekennzeichnet wurden.

---

[353] Diese Debatte wurde sowohl hinsichtlich des § 639 BGB n.F. sowie des wortgleichen § 444 BGB n.F. geführt: Gaul ZHR 2002, S: 62; Dauner-Lieb, ZIP 2002, S. 108 (108 ff.); Gierke/Paschen, GmbHR 2002, 457 (459 f.); Faust, ZGS 2002, S. 271 (271 ff.); Erman/ Grunewald (11. Aufl.), § 444 Rn. 11; Eidenmüller, ZGS 2002, S. 290 (296); Jauernig/Berger, § 444 Rn. 13; Staudiner/Peters (2003), § 639 Rn. 16 f.; Staudinger/ Matusche-Beckmann (11. Aufl.), § 444 Rn. 51 ff.; Gronstedt/Jürgens, ZIP 2002, S. 52 (52 ff.); Hermanns, ZIP 2002, S. 696 (696 ff.);Müller NJW 2002, S. 1026 (1026 ff.); Trible/Hölzle, BB 2002, S. 521 (530); Westphalen, BB 2002, S. 209 f.; ders., ZIP 2002 S. 545 (545 ff.); Jaques, BB 2002, S. 417 f.; Hilgard/Kraayvanger MDR 2002, S. 678 (678 ff.); Seibt/Raschke/ Reiche, NZG 2002, S. 256 (256 ff.); Knott, NZG 2002, S. 249 (249 ff.)

[354] Triebel/Hölzle, BB 2002, S. 521 (528 ff.); Nicht zu überzeugen vermag der von Oechsler (Oechsler, SchR BT, S. 400) vorgetragene Einwand, auf der Grundlage des alten Rechts – das beim Werkvertrag den Begriff der zugesicherten Eigenschaft anders als im Kaufrecht definierte – seien Verkehrs- und Handelsbräuche entstanden, die das Verständnis der Parteien weiterhin prägten. Sichere der Unternehmer künftig eine Eigenschaft zu, könne daher nicht davon ausgegangen werden, daß er auf das Erfordernis des Vertretenmüssens verzichten wolle. Zum einen darf bezweifelt werden, daß der Durchschnittsunternehmer die komplizierten Bedeutungsunterschiede der Zusicherung einer Eigenschaft im Kauf- und Werkvertragsrecht kennt. Zum anderen ist es verfehlt zur Auslegung der Begrifflichkeiten einer neu geschaffenen Norm auf Differenzierungen des alten Rechts zurückzugreifen, welche gerade durch die Gesetzesreform überwunden werden sollten. Schließlich führt die Ansicht von Oechsler dazu, daß jede Gesetzesänderung mit der Argumentation konterkariert werden könnte, daß der an die bisherige Gesetzeslage gewöhnte Laie, die neue Rechtslage nicht kenne.

Bei näherer Betrachtung unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien lassen sich jedoch diese Probleme auflösen: Der Begriff der „Garantie“ erweist sich als gleichbedeutend mit demjenigen der ***unselbständigen Garantie*** des alten Rechts[355]*;* nicht erfaßt hingegen ist die Eigenschaftszusicherung im Sinne des alten Werkvertragsrechts.[356] Denn zum einen bezieht sich diese Norm auf die *Mängelrechte* des § 633 ff. BGB n.F., weshalb die rechtlichen Kategorien dieser Vorschriften maßgeblich sein müssen: Nach Beseitigung der Kategorie der zugesicherten Eigenschaften i.S. einer einfachen Zusicherung (s.S. 99 f.) ist im Rahmen der § 633 ff. BGB n.F. aber nur noch die unselbständige Garantie von Bedeutung.[357]

Hierfür spricht desgleichen, daß § 639 BGB n.F., wie die *Entstehungsgeschichte* zeigt (s.S. 97), bewußt parallel zu § 444 BGB n.F. ausgestaltet wurde – im Diskussionsentwurf wollte man sogar zunächst auf eine eigenständige werkvertragliche Regelung verzichten (s.S. 95 f.) – , woraus gefolgert werden kann, daß der Begriff der Garantie bei Kauf- und Werkvertrag bedeutungsidentisch ist. Im Kaufrecht bezieht sich aber der Terminus der Garantie wie die Entstehungsgeschichte[358] und Gesetzesbegründung[359] zeigen auf das unbedingte Einstehenswollen mit allen Folgen.[360]

---

[355]Staudinger/Peters (2003), § 639 Rn.. 16; Jauernig/Mansel, § 639 Rn. 1; MünKomm/ Busche (4. Aufl.), § 639 Rn. 9; Erman/Schwenker, (11. Aufl.), § 639 Rn. 8; Schuhmann, NZBau 2003, S. 602 (604); AnwK-BGB/Raab, § 639 Rn. 9; Palandt/Sprau (16.Auf.), § 639 Rn. 5; Prütting/Wegen/Weinreich, § 639 Rn. 6; Haas/Medicus/Rolland/ Schäfer/ Wendtland/Haas, S. 305, 233

[356] ebenso MünKomm/Busche (4. Aufl.), § 639 Rn. 9; Erman/Schwenker, (11. Aufl.), § 639 Rn. 8; Jauernig/Mansel, § 639 Rn. 1 ; a.A.: Staudinger/Peters (2003), § 639 Rn. 16; Voppel, BauR 2002, S. 843 (848); Palandt/Sprau, § 639 Rn. 5a; Prütting/Wegen/ Weinreich, § 639 Rn. 6

[357] Die selbständige Garantie führt zu einer selbständigen von den gesetzlichen Vorschriften der § 639 ff BGB n.F. unabhängig Haftung aus dem Garantieversprechen.

[358] Mit der Änderungen des 6. Rechtsausschusses trat der Begriff „Garantie“ an die Stelle desjenigen der „Zusicherung“.

[359] vgl. Begründung des Regierungsentwurfes und des 6. Rechtsausschusses (s.S.)

[360]Dies entspricht dem kaufrechtlichen Begriff der Zusicherung des alten Rechts = unselbständige Garantie des Werkvertragsrechts (Ebenso auch Looschelders, Beschaffenheitsvereinbarung, S. 395 (405)); Ferner ist zu berücksichtigen, daß bei Einbeziehung der zugesicherten Eigenschaft des alten Rechts in den Begriff der Garantie trotz der vom Gesetzgeber intendierten Parallelität von Kauf- und Werkvertragsrechts ein *unbilliges Ungleichgewicht* zwischen Kauf und Werkvertrag entstehen würde, da es im Kaufrecht eine solche mindere Art der Garantie nicht gibt. Während dort trotz Haftungsausschluß der Käufer nur haftet, wenn er sein unbedingtes verschuldensunabhängiges Einstehenwollen mit allen Folgen zum Ausdruck gebracht hat, würde der

Ebenso paßt die einfache Zusicherung nicht zur *ratio des § 639 BGB n.F.*, der Garantiezusage die gehörigen Rechtsfolgen zu sichern.[361] Denn eine solche einfache Zusicherung dient lediglich der Festlegung der Beschaffenheit des herzustellenden Werkes; die Haftungsfolgen ergeben sich aus den § 634 ff. BGB n.F. Auch trifft auf die Eigenschaftszusicherung nicht der § 639 Var. 2 BGB n.F. zugrundeliegende Gedanke des venire contra factum proprium zu: Denn die Eigenschaftszusicherung enthält keinerlei Haftungsvereinbarungen im Sinne einer zusätzlichen rechtsgeschäftlichen Garantie, weshalb sich ein Unternehmer, wenn er sich von den Haftungsfolgen freizeichnet, nicht in Widerspruch zu seiner früheren Zusicherung setzt.[362]

Daneben ist § 639 2.Var. BGB n.F. auf die ***selbständige Garantie***, d.h. eine solche, bei der eine über die Vertragsgemäßheit der Leistung hinausgehender Erfolg garantiert wird, *nicht* anwendbar.[363] Zwar steht der *Wortlaut* „Garantie“ dem nicht entgegen. Ebenso ist auch der *Grundgedanke* der Norm, des Verbots eines venire contra factum proprium[364], auf die selbständige Garantie übertragbar.

Jedoch ergibt sich aus der *Entstehungsgeschichte* der Norm, daß ihr Anwendungsbereich auf die unselbständige Garantie begrenzt ist: Die

---

Werkunternehmer bereits im Falle eines ernsthaften vertraglich Versprechens haften.

[361] Staudinger/Peters (2003), § 639 Rn. 16

[362] Nicklisch, FS Beitzke, S. 89 (104 f.); Schließlich zeigt auch ein *Vergleich mit der ersten Tatbestandalternative*, daß an eine Haftung trotz Haftungsausschlusses hohe Anforderungen zu stellen sind, und der Privatautonomie nur „äußerste Grenzen“ gesetzt werden sollen. Arglistiges Verschweigen setzt ein vorsätzliches Verschweigen eines Mangels trotz Offenbarungspflicht voraus. Das bloße Nichtvorhandensein einer – durch einfache Zusicherung – vereinbarten Beschaffenheit steht einem Haftungsausschluß nicht entgegen.

[363] Staudinger/Peters (2003), § 639 Rn. 17; MünKomm/Busche, § 639 Rn. 9; Hk-BGB/Saenger, § 443 Rn. 1; Erman/Schwenker, (11. Aufl.), § 639 Rn. 8; Knott, NZG 2002, S. 249 (255); Seibt/Raschke/Reich, NZG 2002, S. 256 (259 f.); Trieble/Hölzle, BB 2002, S. 521 (531); Hilgard/Kraayvanger MDR 2002, S: 256 (259); Jaques, BB 2002, S. 417 f.; Prütting/Wegen/Weinreich, § 639 Rn. 6 a.A.: Looschelders, Beschaffenheitsvereinbarung, S. 395 (404); Faust, ZGS 2002, S. 271 f.; Hermanns, ZIP 2002, S. 696 (698); MünKomm/Westermann (4. Aufl.), § 444 Rn. 14; Palandt/Sprau (16. Aufl.), § 639 Rn. 5; Palandt/Putzo (16 Aufl.), § 444 Rn. 12; Jauernig/Mansel, § 639 Rn. 1

[364] so auch BMJ Stellungnahme ZGS 2003, S: 307 (310); Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, S. 52 (57); Müller, NJW 2002, S: 1026; Trieble/Hölzle BB 2002, S. 521 (530) Fn. 105; Wolf/Raiser, DB 2002, S. 411 (419); a.A.: Staudinger/Matusche-Beckmann, § 444 Rn. 52;

Regierungsbegründung zu §§ 443 Abs. 1, 444 BGB läßt erkennen, daß die Beschaffenheitsgarantie an die Stelle der kaufrechtlichen Eigenschaftszusicherung treten soll, und daher unter § 444 BGB n.F. nur die kaufrechtliche zugesicherte Eigenschaft, mithin im Rahmen des § 639 BGB n.F. die dieser entsprechende unselbständige Garantie fällt (s.S. 96 f.).[365] Der Regierungsentwurf ist insoweit eindeutig, als er die Garantie als Erklärung definiert, daß die Kaufsache (bei Gefahrenübergang) eine „bestimmte Eigenschaft aufweist, „verbunden mit der Erklärung verschuldensunabhängig einstehen zu wollen“[366] (s.S. 96).

2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Im neune Recht hat sich der Ansatz von Weyers, Basedow und Teichmann (s.S. 90 ff.), die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft zu streichen und damit die Rechtsanwendung zu erleichtern, durchgesetzt. Diesen Ansatz hat der Gesetzgeber nicht nur im Bereich des Sachmangelbegriffes, § 633 BGB n.F., sondern auch in § 276 BGB n.F. sowie § 639 BGB n.F. verfolgt. Die Begründung zeigt, daß vor allem die bessere Praktikabilität, nämlich die Beseitigung der Abgrenzungsschwierigkeiten des alten Rechts, eine Rolle gespielt hat. Gleichwohl handelt es sich hierbei nicht um einen Systemwechsel. Denn bereits im alten Recht zeichnete sich mit der Anerkennung des subjektiven Fehlerbegriffes ein Bedeutungsverlust der Kategorie der zugesicherten Eigenschaften ab (s.S. 76). Der Gesetzgeber hat diese Tendenz lediglich aufgegriffen und konsequent zu Ende geführt.

3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Die ***Streichung der Kategorie der zugesicherten Eigenschaft*** aus dem Gesetzestext und die Schaffung eines einheitlichen Sachmangelbegriffes ist zu begrüßen. Zum einen hat der Gesetzgeber erreicht, daß die äußerst schwierige Abgrenzung zwischen zugesicherter Eigenschaft und Beschaffenheitsvereinbarung nunmehr entbehrlich ist. Zu differenzieren ist lediglich zwischen der einfachen Beschaffenheitsvereinbarung, der unselb-

---

Faust ZGS 2002, S. 271 ff.

[365] Oechsler, SchR BT, S. 165, Rn. 284

[366] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 855

ständigen Garantie der § 276 Abs. 1 BGB n.F. und § 639 BGB n.F. sowie der selbständigen Garantie. Zum anderen ist die Aufgabe der werkvertraglichen Zusicherung, Eigenschaften Vertragsbestandteil werden zu lassen, deren Fehlen die „Tauglichkeit oder den Wert“ nicht beeinträchtigen (s.S. 77), mit der Streichung letzterer Tatbestandsmerkmale entfallen.

Ebenso erscheint auch die Entscheidung des Gesetzgebers in ***§ 276 Abs. 1 BGB n.F.*** für einen ***verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch*** nur im Falle einer qualifizierten Zusicherung sachgerecht. Denn, wie bereits der historische Gesetzgeber feststellte (s.S. 79), wäre es bei einem erst herzustellenden, bei Vertragsschluß noch nicht vorhandenen Werk unbillig, den Unternehmer bereits aufgrund eines ernsthaften vertraglichen Versprechens haften zu lassen. Wegen der Zukunftsbezogenheit des Werkes kann er das Risiko des Auftretens eines Sachmangels weniger sicher einschätzen als der Verkäufer, der die bereits produzierte Kaufsache auf etwaige Mängel prüfen kann. Dem Verschuldensprinzip wird weitgehende Geltung verschafft; die Garantiehaftung kann nur durch entsprechenden Parteiwillen eröffnet werden.

Demgegenüber ist die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der Neufassung des § 637 BGB a.F. in ***§ 639 BGB n.F***., - insbesondere angesichts der aufgezeigten Auslegungsprobleme bei dieser Norm[367] (s.S. 101 ff.) – äußerst fraglich. Denn auch ohne die Einführung der zweiten Tatbestandsalternative wäre eine sachgerechte Lösung der Fälle einer Kollision von Haftungsausschluß und Freizeichnungsklausel möglich gewesen:

Denn in einem ersten Schritt war im alten Recht – und dies gilt auch im Rahmen des § 639 BGB n.F. – zunächst mittels der allgemeinen Grund-

[367] vgl. die umfangreiche Literatur dazu: Gaul ZHR 2002, S: 62; Dauner-Lieb, ZIP 2002, S. 110; Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 84 f.; v. Gierke/Paschen, GmbHR 2002, 457 (459 f.); ; Faust, ZGS 2002, S: 271 (273); Erman/Grunewald (11. Aufl.), § 444 Rn. 11; Eidenmüller, ZGS 2002, S. 290 (296); Jauernig/Berger, § 444 Rn. 13; Staudiner/Peters (2003), § 639 Rn. 16 f.; Staudinger/ Matusche-Beckmann (11. Aufl.), § 444 Rn. 51 ff.; Gronstedt/Jürgens, ZIP 2002, S. 52 (57); Hermanns, ZIP 2002, S: 696 (697); Müller NJW 2002, S: 1026; Trible/Hölzle, BB 2002, S. 521 (530); Westphalen, BB 2002, S. 209 f.; ders., ZIP 2002 S: 545 (549); Jaques, BB 2002, S: 417 f.; Faust ZGS 2002, S. 271 f.; Hilgard/Kraayvanger MDR 2002, S. 256 (259); Seibt/Raschke/ Reiche, NZG 2002, S: 256

sätze der Vertragsauslegung zu ermitteln, ob der Haftungsausschluß tatsächlich der „Zusicherungsgarantie“ widerspricht. Hatten die Parteien die Mängelhaftung des Unternehmers ausgeschlossen oder begrenzt, so gelangte man häufig zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer schon gar keine bzw. keine unbeschränkte Garantie übernommen hat. Andererseits konnte die Auslegung ergeben, daß der Haftungsausschluß nur für solche Mängel gelten soll, die von der Garantie nicht erfaßt sein sollen. In beiden Fällen lag bereits kein echter Widerspruch vor, so daß es einer Auflösung desselben nicht bedurfte.[368]

Stellte sich hingegen heraus, daß tatsächlich eine Kollision vorliegt, so konnte diese mittels der Grundsätze des venire contra factum proprium auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung unter Anwendung der Auslegungsregel der §§ 133, 157 BGB oder der Generalklausel der §§ 138, 242 BGB aufgelöst werden.[369] Für den formularmäßigen Haftungsausschluß war dieser Gedanke für den nichtunternehmerischen Verkehr bereits in § 11 Nr. 11 AGBG verankert, für den unternehmerischen Verkehr wurde ihm über die Generalklausel des § 9 AGBG Rechnung getragen[370]. Ein gesetzlicher Regelungsbedarf Bestand insoweit nicht.

Insbesondere erscheint auch die nachträgliche gesetzliche Klarstellung („soweit“ statt „wenn“) zweifelhaft (s.S. 97 f.). Anlaß dieser Änderung war die genannte Diskussion darüber, ob § 639 Alt. 2 BGB n.F. selbständigen Garantieversprechen entgegenstehe, bei denen der Unternehmer eine Garantie übernimmt und diese dann summenmäßig, zeitlich oder hinsichtlich der Rechtsfolgen sogleich beschränkt. Betrachtet man diese Fallgruppe jedoch genauer, so stellt man fest– selbst wenn man davon ausgehen würde, daß § 639 Alt. 2 BGB n.F. auch selbständige Garantien erfaßt –,

---

(259); Knott, NZG 2002 , S. 249 (255)

[368] Looschelders, Beschaffenheitsvereinbarung, S. 395 (409)

[369] So auch die Sachverständigen bei der Rechtsausschussanhörung im Vorfeld der nachträglichen Änderung des § 639 und § 444 BGB n.F. („soweit“ statt „wenn“) im Herbst 2004. (vgl. Seibt, NZG 2004, S. 801 (803) Ebenso: Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 123; Looschelders, Beschaffenheitsvereinbarung, S. 395 (409)

[370] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, S. 186 (187); MünKomm/Basedow, § 11 Nr. 11 AGBG Rn. 10; Soergel/Huber, § 459 Rn. 198

daß es sich hier um ein „Scheinproblem“[371] handelt und die diesbezüglich entbrannte Diskussion nichts als ein „Sturm im Wasserglas“[372] ist: Denn bei einer selbständigen Garantie bestimmen die Vertragsparteien, Umfang und Folgen in einer gesonderten Verpflichtung. Soweit die Haftung in der Garantieerklärung von vorneherein ausgeschlossen ist, ist der Erfolg bereits gar nicht „garantiert“. Es fehlt bereits an einem die Haftung begründenden Verpflichtungstatbestand.[373] Auch liegt hier kein widersprüchliches Verhalten, wie es § 639 Alt. 2 BGB n.F. voraussetzt, vor, sondern es wird lediglich von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Grenzen der Haftung privatautonom zu bestimmen. Nur wenn zunächst eine Garantie übernommen wird und *nachträglich* in überraschender oder intransparenter Weise diese ausgeschlossen oder beschränkt wird, setzt sich der Unternehmer zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch.[374]

[371] Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 123; Müller, NJW 2002, S. 1026 (1027)
[372] Müller, NJW 2002, S. 1026 (1026); Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 123
[373] MünKomm/Busche, § 639 Rn. 9; Palandt/Sprau, § 639 Rn. 5; Seibt, NZG 2004, S. 801 (802 f.); Oechsler, SchR BT, S. 165, Rn. 284
[374] ebenso Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 123; so auch die Stellungnahme des BMJ ZGS 2003, S. 307 unter Hinweis auf Jaques BB 2002, S. 417 f.; Dauner-Lieb/Thiesen, ZIP 2002, S: 108 (114); Gaul, ZHR 2002, S. 39 (62 f.); v. Gierke/Paschen, GmbHR 2002, S. 457 (461)

E. Die Herstellung eines aliud

Während die Literatur und Rechtsprechung zum alten Recht streng zwischen Nichterfüllung in Form der Herstellung eines anderen Werkes (aliud) und Schlechterfüllung (peius) unterschied, wurde das aliud im neuen Recht in den Sachmangelbegriff miteinbezogen (dazu IV.). Dieser legislatorischen Entscheidung des Gesetzgebers ging eine Debatte im alten Recht über die schwierige Abgrenzung zwischen aliud und peius voraus (dazu I.2.), die in der Schuldrechtsreform aufgegriffen wurde (dazu III.). Entscheidend für die Gleichstellung von aliud und peius war insbesondere aber auch deren Gleichbehandlung im UN-Kaufrecht und in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (dazu II.).

I. Das alte Recht

1. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen aliud und peius

Bedeutung gewann die Unterscheidung zwischen peius und aliud daher im Hinblick auf die abweichenden Rechtsfolgen und die unterschiedliche Verjährung von Nichterfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen. Denn während ein Anspruch auf Neuherstellung bei einem peius nach Abnahme des Werkes dem Besteller nach der wohl herrschenden Ansicht nicht mehr zustand, bestand dieser bei der aliud-Lieferung in Form des ursprünglichen Erfüllungsanspruches fort. Ferner verjährten die Gewährleistungsansprüche gemäß § 634 f. BGB a.F. innerhalb der kurzen Frist des § 638 BGB a.F., während für den bei der aliud-Lieferung fortbestehenden Erfüllungsanspruch die wesentlich längeren allgemeine Verjährungsfrist (§§ 195 f. BGB a.F) galt.

2. Der Begriff des aliud im Werkvertragsrecht

§ 633 I BGB a.F., der den werkvertraglichen Sachmangelbegriff in seiner alten Fassung regelte, traf bezüglich des aliud keine Aussagen. Wenn man mit dem subjektiven Fehlerbegriff den Fehler als Abweichung des erstellten Werkes von der Beschaffenheitsvereinbarung definiert, dann

müßte konsequenterweise auch die Lieferung eines anderen Werkes als Fehler angesehen werden mit der Folge, daß sich nach dem Empfang der Leistung die Rechte des Bestellers ausschließlich nach §§ 633 ff. BGB a.F. richten. Diese Konsequenz wurde in *Rechtsprechung*[375] und *Lehre*[376] jedoch nicht gezogen. Begründet wurde dies damit, daß es sonst der Unternehmer in der Hand habe, mit einer Falschlieferung die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung „abzuschütteln“, da der Besteller nach der Abnahme nur noch die Rückgängigmachung des Vertrages oder Minderung verlangen könne[377]. Auch widerspreche diese „Einheitslösung“ der Systematik des alten Schuldrechts, das zwischen Schlechterfüllung, §§ 633 ff., §§ 459 ff. BGB a.F., und Nichterfüllung, §§ 320 ff. BGB a.F., differenzierte.[378]

Knöpfle[379] dagegen unterschied spitzfindig zwischen Beschaffenheits- und Gattungsvereinbarung. Eine Abweichung von der Gattungsvereinbarung, wie sie beim aliud vorliege, sei keine Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung, ein aliud somit kein Sachmangel.

Die Frage, wie die Herstellung eines anderen Werkes von der Herstellung eines mangelhaften Werkes abzugrenzen sei, wurde der Rechtsprechung und Lehre überlassen. Freilich spielte das aliud beim Werkvertrag eine begrenzte Rolle. Denn das Problem der Abgrenzung stellte sich nur, wenn der Leistungsgegenstand nicht individuell, sondern nach Gattungsmerkmalen bestimmt war. Werkverträge, deren Gegenstand nach Gattungs-

---

[375] Zum Werkvertragsrecht: RGZ 107, 339 (340, 342 f.); BGH, RsprBau Schäfer/Finnen, Z 2.414, Bl. 200; RG Urteil vom 22.5.1917 VII 68/17; zum Kaufrecht: BGH NJW 1979, S. 811(811)

[375] Schultz, NJW 1980, S. 2172 (2173); v. Caemmerer, in: FS Wolf, S. 1 (13 ff, 17 Fn. 2.); Knöpfle, JZ 1979, S. 11 (14); BGH NJW-RR 1990, S. 1462 (1463); BGH NJW 1992, S. 3224 (3225)

[376] Schultz, NJW 1980, S. 2172 (2173); v. Caemmerer, in: FS Wolf, S. 1 (13 ff, 17 Fn. 2.); Knöpfle, JZ 1979, S. 11 (14); Fabricius, JuS 1964, S. 46 (47 ff.); Marburger, JuS 1983, S. 1 (9 ff.); Schmidt, NJW 1962, S. 710 (710 ff.); MünKomm/Westermann (12. Aufl.), § 459 Rn. 21 ff.; Staudinger/Honsell (13. Aufl.), § 459 Rn. 44 f.; anders dagegen: Kramer, NJW 1979, S. 2023 (2023 f.), der eine Einheitslösung in strenger Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffes vertritt, das aliud als Sachmangel einordnet, jedoch unsachgemäße Ergebnisse dadurch abwenden will, daß gemäß § 480 analog BGB dem Käufer der Erfüllungsanspruch erhalten bleibt.

[377] Schultz, NJW 1980, S. 2172 (2173)

[378] Schultz, NJW 1980, S. 2172 (2173)

merkmalen bestimmt war, waren jedoch zumeist auf die Herstellung vertretbarer Sachen gerichtet und unterfielen damit nach § 651 I S.2 Var. 1 HS 1 BGB a.F. dem Kaufrecht.[380]

a. Die Rechtsprechung

aa. Das Reichsgericht

Nach dem *Reichsgericht*[381] lag ein aliud nur vor, „wenn das vom Unternehmer gelieferte Werk sich gegenüber den Vertragsfestsetzungen als etwas völlig anderes (aliud) darstellte.“[382] Dies wurde etwa bejaht, wenn entgegen der vertraglichen Vereinbarung die Decken eines Gebäudes nicht mit „schlichtem Putz“ versehen, sondern sie so verputzt wurden, wie es zur Aufnahme von Gipsglattputz erforderlich ist.[383]

bb. Der BGH

Der *Bundesgerichtshof* dehnte den Begriff des aliud auch auf diejenigen Fälle aus, in denen ein völlig unbrauchbares und betriebsunfähiges Werk geliefert wird. Sei das Werk hingegen noch funktionstauglich, so weiche die erbrachte Leistung „von dem bestellten Werk nicht so erheblich ab, daß sie bei wirtschaftlicher Betrachtung und nach der Verkehrsauffassung als eine andere als die geschuldete Leistung angesehen werden“[384] müsse.[385]

---

[379] Knöpfle, NJW 1989, S. 871 (874 f.)
[380] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 20
[381] RG SeuffA 179, 102; RGZ 107, 339 (340, 342)
[382] RGZ 107, 339 (342)
[383] RG SeuffA 179, 102; kein aliud sondern Sachmangel dagegen: RGZ 107, 339 (341, 345) bezüglich einem kunstgeschnitzten Bücherschrank, der 6 cm schmaler als vereinbart ist und RGZ 95, 329 (329 f.) bezüglich einer im Rahmen eines Hausumbaus gelieferten Pissoiranlagen, die der Vertragsvereinbarung nicht entspricht
[384] BGH, RsprBau Schäfer/Finnen, Z 2.414, Bl. 200; so schon RG Urteil vom 22.5.1917 VII 68/17 für durch Verschulden des Unternehmers unbrauchbares und nicht betriebsfähiges Werk; diesbezüglich äußert sich zweifelnd RGZ 107, 339 (342)
[385] kein aliud sondern Sachmangel z.B. , wenn ein zu errichtendes Glasstahlbetondach befahrbar sein und 500 kg/qm tragen sollte, die Decke jedoch nach Fertigstellung nicht mit einer solchen Belastung befahren werden und nur in ruhendem Zustand diese Belastung tragen konnte. Ein aliud liege nicht vor, da die Decke ihre Aufgabe als Überdachung erfülle und auch in gewissem Umfang befahrbar sei

b. Die Literatur

Gleichermaßen gingen in der Literatur die Auffassungen hinsichtlich der Frage auseinander, wann ein *aliud* anzunehmen sei, auseinander.

aa. Aliud als gegenständliche Abweichung

Eine enge Auffassung vertrat *Korbion*, indem er eine Falschlieferung nur bejahte, wenn „die erbrachte Leistung von der geschuldeten Leistung *gegenständlich* abweicht“[386]. Hierbei verwies Korbion auf eine Entscheidung des BGH[387] zum Kaufrecht, der zufolge ein aliud nicht in Betracht komme, wenn die erbrachte mit der vereinbarten Leistung identisch sei, und zwar selbst dann nicht, wenn sie ihrer Art nach oder infolge von Sachmängeln für den vorgesehenen Verwendungszweck ungeeignet sei. Damit stand Korbion der Auffassung des RG nahe.

Ebenso sah *Riedl*[388] in der gegenständlichen Abweichung von der geschuldeten Leistung ein aliud. Seltsamerweise ließ er hierfür eine wesentliche Abweichung von der vertraglichen Vereinbarung, genügen, wenn z.B. eine Eigentumswohnung hinsichtlich Größe und Ausführung den Angaben in der Baubeschreibung nachstehe.

Dieser Auffassung waren des weiteren *Denecke*[389], *Glanzmann*[390] und *Zimmermann*[391] mit dem von ihnen angewandten Kriterium des „gegenüber dem vereinbarten völlig anderen Werk“ zuzuordnen, wobei jedoch nur in Extremfällen ein aliud bejaht wurde: So, wenn der Besteller sich vom Goldschmied einen Goldring anfertigen läßt, der Goldschmied jedoch eine Kette oder ein Armband liefert[392]; wenn eine Dame sich ein Maßkleid anfertigen läßt, die Schneiderin hingegen einen Mantel liefert; wenn der Installateur im Gasthaus statt einer Pissoiranlage eine Badeanlage

---

[386] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 139
[387] BGH NJW 1984, S. 1955 (1955)
[388] Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13 Rn. 8c
[389] RGRK/Denecke (11. Aufl.), § 633 Anm. 1b
[390] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 8
[391] Zimmermann, Haftung, S. 27
[392] Zimmermann, Haftung, S. 27

einbaut;[393] wenn der Malermeister für einen Anstrich eine andere als die vereinbarte Farbe verwendet[394] .

bb. Aliud als Unerreichbarkeit des Vertragszweckes

Dagegen ging der Ansatz von *Merl*[395], der demjenigen des BGH glich, weiter. Von vorneherein unterlägen den Vorschriften der §§ 633 ff. BGB solche Werkleistungen, die zwar andere als die vertraglich vereinbarten Sacheigenschaften aufwiesen, jedoch als solche der gleichen Leistungsart (Gattung) zuzuordnen seien. Entscheidend sei, inwieweit trotz der Leistungsabweichung noch der ursprüngliche Vertragszweck erreicht werden könne. Sei dies möglich, handele es sich um eine mangelhafte Leistung, nicht um ein aliud. Scheide dagegen eine Nutzung entsprechend dem ursprünglichen Vertragszweck aus und sei eine solche Nutzung auch nicht durch Änderungs- und Zusatzarbeiten erreichbar, so liege eine Falschlieferung vor. Eine mangelhafte Leistung sei etwa gegeben, wenn der Auftragnehmer die vereinbarten Rohre einbaue, diese aber anstatt für Warm- nur für Kaltwasser geeignet seien. Gleiches gelte für die Abweichung des Bauwerks oder Bauwerkteils von den vorgeschriebenen Maßen.[396]

In ähnlicher Weise stellte *Kaiser*[397] darauf ab, ob entsprechend dem vertraglichen Verwendungszweck des Bestellers eine Abnahme des hergestellten Werkes nach aller Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Sei letzteres zu verneinen, liege ein aliud vor.

cc. Aliud als unheilbar mangelhaftes Werk

Am weitesten legte *Ruckdeschel*[398] den aliud-Begriff aus. Zwar sei jedes mangelhafte Werk eine vertragswidrige Leistung im weiteren Sinne. Der Mangel raube schließlich dem Werk die „Nämlichkeit (Identität)“. Eine

[393] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 31
[394] Larenz, SchR BT II/1, § 53 II, a S. 349
[395] Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 12 Rn. 220, S. 558
[396] Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 12 Rn. 220 f., S. 558
[397] Kaiser, BauR 1983, S. 19 (24)

vertragswidrige Leistung im engeren Sinne (aliud) liege jedoch einschränkend nur bei einem unheilbar mangelhaften Werk vor, denn dieses sei „ein für allemal untauglich, es ist im Verhältnis zum vereinbarten Werk ‚etwas völlig anderes´ und entspricht beim Kauf der gelieferten, aber nicht gekauften Sache (aliud im eigentlichen Sinne).“[399]

Damit wandte sich Ruckdeschel gegen eine enge Interpretation des aliud, wie sie bei Korbion anzutreffen ist. Diese berücksichtige nicht ausreichend die Eigenart des Werkvertragsrechts. Während der Kauf auf einen bereits vorhandenen Gegenstand gerichtet sei, erstrecke sich der Werkvertrag auf einen künftigen Erfolg. Dieser äußerliche Unterschied sei durch die grundsätzliche Verschiedenheit des wirtschaftlichen Zweckes beider Verträge bedingt. Wer etwas kaufe, wisse, daß er in der Regel einen Massenartikel erwerbe und seine persönlichen Interessen bei der Herstellung nicht berücksichtigt worden seien.[400] Dagegen entstünde bei demjenigen, welcher sich einen Gegenstand nach eigenen Anweisungen herstellen lasse, ein schutzwürdiges Vertrauen: Denn der Beweggrund für die Bestellung des Werks bestehe in der Regel darin, daß das Werk, so wie er es wünschte, nicht kaufbar sei, der beabsichtigte Gebrauch also über den gewöhnlichen hinausgehe, mithin der Verwendungszweck eine besondere Rolle spiele.[401] Diese Wertungsgesichtspunkte des Vertrauensschutzes müßten im Rahmen einer extensiven Auslegung des aliud-Begriffes ausreichend berücksichtigt werden.[402]

---

[398] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 32 ff.
[399] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 32 ff.
[400] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 33
[401] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 34 f.
[402] Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung, S. 39

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Larenz[403] wies auf die Probleme in der Abgrenzung zwischen Herstellung eines aliud und mangelhafter Herstellung hin. Eine Unterscheidung sei oft nicht möglich, so z.B. wenn die vom Malermeister verwendete Farbe nur in der Tönung ein wenig von der vereinbarten abweicht, gerade an dieser Farbtönung aber dem Besteller besonders gelegen war.

Ebenso betonte *Boerner*[404], daß die Qualifizierung einer Leistung als aliud mit erheblichen Unsicherheiten belastet, andererseits aber von weitreichender Bedeutung sei. Daher sei eine gesetzliche Gleichstellung von Schlecht- und Falschlieferung zu begrüßen.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das UN-Kaufrecht

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält keine ausdrücklichen Aussagen bzgl. der aliud-Lieferung. Jedoch geht Art. 2 I VbrkfRL in Anlehnung an das UN-Kaufrecht von dem Begriff der Vertragswidrigkeit aus. Daher muß hinsichtlich der Frage, inwiefern von diesem auch die aliud-Lieferung erfaßt wird, das UN-Kaufrecht betrachtet werden. [405]

Nach Art. 35 I CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. Damit geht Art. 35 I CISG von einem einheitlichen Begriff der Vertragswidrigkeit aus. Jede Abweichung der tatsächlich gelieferten Ware von den Anforderungen des Vertrages stellt ohne weitere Differenzierung eine Vertragswidrigkeit dar.[406] Darunter fallen nicht nur Qualitätsabweichungen, sondern nach überwiegender

---

[403] Larenz, SchR II/1, § 53 II a, S. 349

[404] Boerner, ZIP 2001, S. 2264, 2268 bezüglich des Parallelproblems im Kaufrecht; ebenso Ehmann/Rust, JZ 1999, S. 853 (857) bezüglich des Gattungskaufs

[405] Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, S. 1175 (1175 f.); Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952 (957)

[406] Piltz, Internationales Kaufrecht, S. 185, Rn. 27; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 70 f.; Schwenzer, NJW 1990, S. 602 (605), Herber/Czerwenka, CISG, Art. 35 Rn. 2; Coester-Waltjen, Jura 1997, S. 637 (638 f.)

Ansicht auch die aliud-Lieferung.[407] Zwar nennt Art. 35 CISG im Gegensatz zu der Vorgängerregelung Art. 33 I b EKG den Fall der Falschlieferung nicht mehr ausdrücklich; eine Ausklammerung der Falschlieferung aus der Regelung der Vertragswidrigkeit war jedoch nicht beabsichtigt.[408] Eine Differenzierung zwischen genehmigungsfähiger und nicht genehmigungsfähiger Falschlieferung sowie zwischen aliud beim Stück- und beim Gattungskauf, wie sie im deutschen Kaufrecht begegnete, kennt das UN-Kaufrecht nicht. Unerheblich ist ferner, wie extrem die Abweichung der Ware von der vereinbarten Beschaffenheit ist.[409] Die Falschlieferung wird als Erfüllung, wenn auch als Schlechterfüllung, eingestuft.[410]

Daher ergibt eine Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Lichte des Art. 35 CISG, daß gleichermaßen Art. 2 VbrKfRL mit dem Begriff der Vertragswidrigkeit die Falschlieferung erfaßt.[411]

---

[407] Schlechtriem/Schwenzer, CISG, Art. 35 Rn. 4; Piltz, Internationales Kaufrecht, S. 185, Rn. 26; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 71; Herber/Czerwenka, CISG, Art. 35 Rn. 2

[408] Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 170 f., 339

[409] Hutter, Haftung des Verkäufers, S. 36

[410] Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 171

[411] Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, S. 11175 (1175 f).; Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952 (957)

III. Reformprozeß

1. Die Gutachtend

a. Das Gutachten von Basedow

In seinem Gutachten zum Kaufrecht wies Basedow[412] auf die bestehenden erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen aliud und peius hin. Ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen zeige, daß diese dort in gleicher Weise bestünden: Überwiegend werde eine Abgrenzung anhand objektiver Abgrenzungskriterien vorgenommen, welche auf einer Skala von der bloßen Sachverschlechterung (peius) über Fehlen einer Eigenschaft und einer gattungsfremden aber noch genehmigungsfähigen Sache bis hin zu einem „absoluten“, d.h. nicht mehr genehmigungsfähigen aliud reichten. Eine trennscharfe Abgrenzung sei nahezu aussichtslos: „Dabei ist es nicht ohne Ironie und offenbart die Aussichtslosigkeit der Abgrenzungsversuche daß in dem Paradebeispiel der Lieferung von Winterweizen anstelle des gekauften Sommerweizens französische Gerichte einen Fall des Sachmangels sahen, während der BGH auf ein aliud erkannte.“[413] Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu entschärfen, schlug Basedow die Harmonisierung der Verjährungsfristen von allgemeinem Nichterfüllungs- und Gewährleistungsrecht unter Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist nach dem Vorbild des internationalen Kaufrechts vor.

b. Das Gutachten von Huber

Während im Rahmen des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffes das aliud dem Sachmangel gleichgestellt werden sollte, war nach Ansicht von Huber im Werkvertragsrecht von einer solchen Regelung abzusehen. Die Falschlieferung habe ihren Schwerpunkt beim Gattungskauf. Werkverträge über Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, gebe es hingegen nicht, da Werklieferungsverträge dieser Art ohnehin gemäß § 651 BGB a.F. dem Kaufrecht unterlägen. Die verbleibenden Fälle seien „Raritäten, die zwar beim Werkvertrag auch vorkommen können (der Schneider sendet den für A geschneiderten Smoking versehentlich B zu), für die aber kein eigenes

[412] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 26 f.
[413] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 27.

Regelungsbedürfnis besteht."[414]

2. Der Kommissionsentwurf

Der *Kommissionsentwurf* enthielt in § 633 II BGB-KE eine Kodifizierung der aliud-Lieferung:

„§ 633 BGB-KE (Sachmängel)
(2) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk […] herstellt, es sei denn, daß es als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt."[415]

Mit der ***Gleichstellung von Sachmangel und aliud*** folgte der Kommissionsentwurf der ständigen Rechtsprechung zum Sachmangelbegriff beim Handelskauf.[416]

Begründet wurde die Normierung des aliud in § 633 II BGB-KE mit der intendierten Übereinstimmung mit dem kaufrechtlichen Sachmangelbegriff, § 435 II BGB-KE.[417] Zwar spiele die Falschlieferung im Werkvertrag eine geringe Rolle, jedoch sei sie auch hier nicht ganz ohne Bedeutung, wie die Ausführungen von Glanzmann im RGRK [418] zeigten, wo die Rechtsprechung des RG[419] (s.S. 110) und des BGH[420] (s.S. 110) angeführt werden. Im Rahmen des § 435 BGB-KE wurde sodann als Motiv für die Gleichstellung von aliud und peius die nicht sachgerechte unterschiedliche Verjährung von Nichterfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen genannt. Auch sei die Interessenlage bei Falschlieferung nicht grundsätzlich anders als beim Sachmangel.[421]

Ebenso wies Flume darauf hin, daß die Rechtsprechung oftmals, um die kurze Verjährung des Gewährleistungsrechts zu vermeiden, eine aliud-

---

[414] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 647 (899)
[415] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 251
[416] zuletzt BGHZ 115, 286 (288); BGH NJW 1994, S. 2230 (2230 f.); vgl. Ehmann/Rust, JZ 1999, S. 853 (856)
[417] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 251
[418] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 8
[419] RG SeuffA 70, 102
[420] BGH RsprBau, Schäfer/Finnen, Z 2.414, Bl. 200

Lieferung angenommen habe, die Abgrenzung aliud – peius also im Hinblick auf die Verjährung vorgenommen worden sei.[422]

Erfolge hingegen die Herstellung des Werkes nicht in Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeit, sondern - nach dem Empfängerhorizont des Bestellers - in Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit, so liege keine aliud-Lieferung, sondern eine nicht unter § 633 II BGB-KE fallende irrtümliche Falschlieferung vor. Dann bleibe es bei dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Aber auch wenn der Unternehmer mit der Herstellung seines Werkes seine Verpflichtung erbringen wolle, könnten mit dem letzten Halbsatz des § 633 II BGB-KE solche Erfüllungsversuche von der Sachmangelhaftung ausgenommen werden, die als praktisch kaum vorkommende Extremabweichung objektiv zu der geschuldeten Leistung keinen hinreichenden Bezug mehr hätten.[423]

3. Der Diskussionsentwurf

In § 633 II S. 3 BGB-DiskE wurde die Formulierung des Kommissionsentwurfes wörtlich übernommen.

Bezüglich der Rechtsfolgen wurde darauf hingewiesen, daß bei der Falschlieferung der Anspruch auf Nacherfüllung (§ 634 BGB-DiskE) in der Regel nur in Form der Herstellung eines neuen Werkes in Betracht komme. Dieser Anspruch unterscheide sich somit nicht wesentlich von dem primären Erfüllungsanspruch, der ohne die Einbeziehung in das Sachmängelrecht in Betracht käme. Ein Nachbesserungsanspruch sei aber beim aliud auch nicht undenkbar, etwa wenn das bestellte Werk durch Umbau zu einem solchen einer anderen Gattung umgerüstet werden könne. Wenn der Nacherfüllungsanspruch bei der Errichtung eines aliud nicht in jedem Fall und nicht in beiderlei Form eingreife, so spreche dies nicht dagegen, die Abweichung von der Leistungspflicht als Sachmangel zu begreifen. Auch

---

[421] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 203

[422] Flume, AcP 193 (1993), S. 89 (96) zum Kaufrecht unter Bezugnahme auf folgende kaufrechtliche Entscheidungen: BGH NJW 1968, S. 640 (640 f.); BGH JZ 1967, S. 321; BGH NJW 1969, S. 787 (787 f.); BGH NJW 1989, S. 218 (218 f.)

[423] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 203

bei dem Sachmangel im engeren Sinne kämen Fälle vor, in denen weder Nachbesserung noch Neulieferung möglich seien.

Die Minderung sei bei der aliud-Lieferung die richtige Rechtsfolge, wenn das erstellte Werk von geringerem Wert als das bestellte, gleichwohl aber für den Besteller verwertbar sei.

4. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf

Der Konsolidierte Diskussionsentwurf wich lediglich insofern von dem Kommissions- und dem Diskussionsentwurf ab, als in der Formel „einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk [...] herstellt, ***es sei denn, daß es als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt*****“** der zweite Halbsatz (§ 633 II 2. HS BGB-KE, § 633 II S.3 2. HS. BGB-DiskE) „es sei denn, daß es als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt“ ersatzlos gestrichen wurde. Eine Begründung für diese Änderung wird nicht geliefert. Dem Kommissionsentwurf (s.S. 118) ist zu entnehmen, daß mit dieser Formulierung die Fallgruppe der kaum auftretenden Extremabweichung des im Rahmen eines Erfüllungsversuches geleisteten von dem geschuldeten Werk bezeichnet werden soll. Dieser Fall solle dem Nichterfüllungsrecht und nicht der Sachmangelhaftung unterfallen. Durch die Streichung der Phrase wird kaum eine Änderung der Rechtslage intendiert worden sein, denn hierbei handelt es sich um einen unstreitigen Fall. Soll der Bauunternehmer ein Einfamilienhaus auf einem Grundstück erbauen, errichtet er hingegen irrtümlich einen Swimmingpool, ist unzweifelhaft Nichterfüllung gegeben. Es liegt daher nahe, daß dem Gesetzgeber dieser Fall so eindeutig erschien, daß er eine Regelung für entbehrlich hielt.

IV. Das neue Recht

1. Neuerung: Gleichstellung von Sachmangel und aliud

Im neuen Schuldrecht, § 633 II S.3 BGB n.F., hat sich die Gleichstellung von Sachmangel und Herstellung eines anderen als des bestellten Werkes, wie sie die im Lichte des UN-Kaufrechts auszulegende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorsieht (s.S. 114 f.), durchgesetzt. Es wird klargestellt, daß die aliud-Lieferung nicht als Nichterfüllung, sondern nach Gewährleistungsrecht, §§ 633 ff. BGB n.F., zu behandeln ist.[424]

Erforderlich für die Bejahung eines aliud ist, wie der Kommissionsentwurf bereits feststellt (s.S. 118.), daß der Unternehmer das aliud in Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Werkvertrag erbringt, d.h. es muß eine entsprechende Tilgungsbestimmung vorliegen. Hierbei ist auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen, mithin muß erkennbar sein für den Besteller, daß der Unternehmer das Werk zur Erfüllung seiner Pflicht erbringt. Fehlt eine solche Tilgungsbestimmung, bleibt der ursprüngliche Erfüllungsanspruch bestehen.[425]

Gleichwohl hat das aliud beim Werkvertrag nur geringe Bedeutung, da die Neuherstellung beweglicher Sachen, bei denen üblicherweise ein aliud begegnet, nunmehr gemäß § 651 BGB n.F. dem Kaufrecht unterfällt. Relevant wird das aliud daher nur bei neu herzustellenden unkörperlichen Werken wie Individualsoftware oder künstlerischen Leistungen werden. In der Regel wird aber auch hier die Grenze zum aliud nicht überschritten sein, sondern lediglich ein Sachmangel i.S.d. § 633 Abs.2 BGB n.F. vorliegen.[426]

---

[424] Sienz, BauR 2002, S. 181 (182 f.); Voppel, BauR 2002, S. 843(849); Preussner, BauR 2002, S. 231 (233 f.); Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 633 Rn. 8; Jauernig/Schlechtriem (10.Aufl.), § 633 Rn. 7 f.; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab § 633 Rn. 20; Hk--BGB/Ebert, § 633 Rn. 3

[425] Andres, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 460, Rn. 50; Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 111 f.; nach Jauernig/Schlechtriem, (10. Aufl.), § 633 Rn. 7 greifen die Regeln der GoA ein.

[426] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 184; Palandt/Sprau (63. Aufl.), § 633 Rn. 8

2. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Hinsichtlich der systematischen Einordnung des aliud folgt das neue Recht dem Kommissionsentwurf (s.S. 117 f.), der für eine Gleichstellung von aliud und Sachmangel plädiert. Diese Gleichstellung findet im alten Recht keine Vorbilder. Dort wurde die Einbeziehung des aliud in den Sachmangelbegriff entschieden abgelehnt, und das aliud dem allgemeinen Nichterfüllungsrecht unterstellt (s.S. 108). Daher liegt hier ein Systemwechsel vor.

Begründet wurde diese Neuerung mit Gesichtspunkten der *Interessenwertung* sowie *Praktikabilität*: Die unterschiedliche Verjährung von Nichterfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen sei wegen der grundsätzlich gleichen Interessenlage bei aliud und Sachmangel nicht sachgerecht – worauf bereits Basedow hinwies (s.S. 116). Zum anderen würden die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen aliud und peius beseitigt.

3. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Die Gleichstellung von aliud und Sachmangel erweist sich bei näherer Betrachtung auch als stimmig und innerhalb des neuen Schuldrechts systemkonform.

Zwar mag es befremdlich wirken, daß die Falschlieferung nun im Recht der Sachmängelgewährleistung geregelt ist. Die Aufführung von Händels „Messias“ kann nur schwer als Schlechtleistung einer solchen von Richard Strauß´ „Elektra“ begriffen werden. Jedoch ist die Neuregelung im Sinne der subjektiven Theorie dogmatisch stimmig, denn die Herstellung eines anderen als des vereinbarten Werkes ist vertragswidrig und in diesem Sinne mangelhaft.[427]

Die Gleichstellung von aliud und Sachmangel ist darüber hinaus unter Praktikabilitätsgesichtspunkten begrüßenswert, da sie zu einer Entschärfung der Probleme des alten Rechts beiträgt: Mit der Gleichstellung von Sachmangel und aliud wurde das vom Kommissionsentwurf formu-

lierte Ziel (s.S. 117 f.) erreicht, daß die Rechte des Bestellers in beiden Fällen einer ***einheitlichen Verjährungsfrist*** unterliegen und mithin die Abgrenzung zwischen aliud und peius an Bedeutung verliert.[428] Die Rechte aus § 634 BGB n.F. verjähren regelmäßig in zwei Jahren (§ 634 a I Nr.1 BGB n.F.) seit Abnahme (§ 634 a II BGB n.F.), außer bei Bauwerken und bei einem Werkvertrag über eine Planungs- und Überwachungsleistung, wo die Fünfjahresfrist gilt (§ 634 a I Nr.2 BGB n.F.). Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195 I, 199 BGB n.F. innerhalb von drei Jahren.[429] Gerade die kurze Verjährungsfrist des § 638 I BGB a.F. von sechs Monaten bzw. einem Jahr bei Arbeiten am Grundstück, die nunmehr auf zwei Jahre als regelmäßige Verjährungsfrist angehoben wurde (§ 634 a I Nr.1 BGB n.F.), war in der Vergangenheit ein Grund, im Rahmen einer wertenden Betrachtung ein aliud zu bejahen.[430]

Auch dem im neuen Recht bestehenden Risiko, daß der Unternehmer versucht, dem Besteller bewußt eine nicht geschuldete Sache „unterzuschieben“, und damit die gegenüber der regelmäßigen Verjährung des ursprünglichen Erfüllungsanspruches, § 195 BGB n.F. (drei Jahre), kürzere Verjährung des § 634 a I Nr.1 BGB n.F. (zwei Jahre) in Gang setzt, kann begegnet werden: Stellt der Unternehmer vorsätzlich ein aliud her, ohne daß dies der Besteller bemerkt, ist analog § 634 a III BGB n.F. die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F. anzuwenden.[431] Dabei ist bezüglich des arglistigen Verschweigens auf den Zeitpunkt der Abnahme des aliud-Werkes abzustellen.

Ferner begegnet die Gleichstellung von Sachmangel und „Totalaliud“, d.h. einer besonders krassen Abweichung der geschuldeten von der gelieferten Sache, keinen Bedenken. Denn der Besteller kann die lediglich im Hinblick auf die Verjährung nachteilige Gleichstellung verhindern, soweit er

---

[427] Zimmer/Eckhold, Jura 2002, S. 145 (149)
[428] Boerner, ZIP 2001, S. 2264 (2268)
[429] Lettl, JuS 2002, S. 866 (867 f.); Zerres, JA 2002, S. 713 (717)
[430] so zum Kaufrecht: Boerner, ZIP 2001, S. 2264 (2268)
[431] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 263, Rn. 492; Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S.

den Gefahrenübergang unterbindet. Weist er das als Erfüllung angebotene aliud als nicht erfüllungstauglich zurück, bleibt der unmodifizierte ursprüngliche Erfüllungsanspruch bestehen.[432]

111
[432] Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 112

F. Die Herstellung eines minus

Im Gegensatz zum aliud wurde das minus bereits nach altem Recht teilweise dem peius gleichgestellt (dazu I.1.a.). Dennoch bestanden auch hier Abgrenzungsprobleme zu dem allgemeinen Nichterfüllungsrecht in Gestalt der Teilleistung (dazu I.1.b.). Diese wurden im Rahmen der Schuldrechtsreform angesprochen (dazu III.) und führten zu einer Einbeziehung der Teilleistung in den Sachmangelbegriff (dazu IV.) – wie es auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das UN-Kaufrecht vorsieht (dazu II.).

I. Das alte Recht

1. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen minus und peius

Auch die Abgrenzung zwischen minus und peius gewann im Hinblick auf die Rechtsfolgen Bedeutung. War die quantitative Minderleistung (Mankoleistung) als Sachmangel einzustufen, so standen dem Besteller die Gewährleistungsansprüche aus §§ 633 ff. BGB a.F. zu, die der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. unterlagen. [433]

Stellte das Minus dagegen eine Teilleistung, d.h. Teilnichterfüllung dar, so waren die § 320 ff. BGB n.F. anzuwenden. Der fortbestehende Erfüllungsanspruch verjährte gemäß § 195 f. BGB a.F.

Da der Unternehmer gemäß § 266 BGB a.F. im Zweifel nicht zur Teilleistung berechtigt war, konnte der Besteller die Abnahme auch verweigern und bezüglich der gesamten Verbindlichkeit nach § 326 I BGB a.F. vorgehen.

2. Der Begriff des minus im Werkvertragsrecht

Bei quantitativen Minderleistungen des Unternehmers stellte sich die Frage, ob solche einen Mangel begründen können. § 633 I BGB a.F., der

[433] Klein-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch privaten Baurechts, § 12 Rn. 222

den werkvertraglichen Sachmangelbegriff regelte, gab hierüber keine Auskunft.

Dieses Problem war bereits dem historischen BGB-Gesetzgeber bekannt. Im Rahmen der Erläuterung der kaufrechtlichen Gewährleistung, auf welche im Zusammenhang mit der Erörterung des werkvertraglichen Sachmangelbegriffes verwiesen wird[434], führte der Gesetzgeber bezüglich Quantitätsabweichungen aus: „Für solche besonderen Vorschriften über die Vertretung von Quantitätsangaben bei Sachveräußerungen überhaupt, besteht kein Bedürfnis. Die allgemeinen Grundsätze sind, so weit es sich nicht um Grundstücke handelt, vollkommen ausreichend. Übrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Mangel an der Quantität, besonders am Maß und Gewicht, nach den Umständen des Falles rechtlich als ein Mangel im Sinne des § 381 I oder II erscheinen kann und demgemäß die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängeln der veräußerten Sache Anwendung finden.“[435]

Kein Zweifel daran, daß eine quantitative Minderleistung ebenfalls einen Fehler darstellen konnte, bestand bei konsequenter Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffes: Die Herstellung eines von der vereinbarten Quantität abweichenden Werkes bedeutete gleichermaßen eine Differenz zwischen Ist-Beschaffenheit und vereinbarter Soll-Beschaffenheit.

Bei Einbeziehung von jeglicher quantitativer Minderleistung in den werkvertraglichen Fehlerbegriff hätte sich eine Abgrenzung zur teilweisen Nichterfüllung erübrigt. Die Rechtsprechung und die Literatur lehnten dies jedoch übereinstimmend ab und widmeten sich, da ein Wahlrecht des Bestellers abgelehnt wurde, der Frage, wie der Quantitätsmangel (minus bzw. Mankolieferung) von der Teilleistung abzugrenzen sei.

[434] Motive II, § 569, S. 478
[435] Motive II, § 388, S. 233

a. Die Rechtsprechung

Im *Kaufrecht* behandelte die Rechtsprechung[436] *grundsätzlich* das Fehlen einzelner Stücke, die als zusammengehörend verkauft wurden, eine *Sachgesamtheit* bilden oder *als Hauptsache und Zubehör* verbunden waren, als teilweise Nichterfüllung und wandte die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts an. Zur Begründung wurde angeführt, es gehe bei Fehlen von verkauften Sachen nicht darum, daß das vom Verkäufer Erbrachte in seiner Beschaffenheit von dem vereinbarten abweiche, sondern darum, daß die Erfüllung auf einen Teil beschränkt werde und hinsichtlich der fehlenden Teile schon gar keine Leistungshandlung vorgenommen worden sei.[437] Ebenso entspreche dies der Interessenlage des Käufers, der primär ein Interesse an der Lieferung aller Teile, also an vollständiger Erfüllung, habe. Eine Behandlung der Nichtlieferung vorhandener Teile als Mangel widerspreche diesem Interesse, denn im Rahmen der §§ 459 ff. BGB a.F. bestehe kein Anspruch auf Beseitigung des Mangels, sondern nur das Recht auf Wandelung oder Minderung. Stufe man diesen Fall als teilweise Nichterfüllung ein, so könne der Käufer die noch ausstehende Leistung erzwingen.[438]

Nur *ausnahmsweise* bejahte die Rechtsprechung im Kaufrecht einen Sachmangel: So sah sie im Fehlen *einzelner Teile* des verkauften *Geschäftsvermögens*, insbesondere bei Inventar, einen Fehler i.S.d. § 459 Abs. 1 BGB a.F., wenn hierdurch das Funktionieren des ganzen geschäftlichen Betriebs beeinträchtigt wurde.[439] Gleichfalls sollte Sachmängelgewährleistungsrecht gelten, wenn der verkauften Sache ein *Bestandteil* fehlte (z.B. Fehlen der Online-Hilfsfunktionen beim gelieferten Lohnprogramm als Mangel, da diese nicht selbständige Funktionsteile, sondern Bestandteil der Software sind)[440] sowie bei *Gewichts- und Größenabweichungen* der

---

[436] BGH NJW 1988, S. 204 (205); NJW 1988, S. 2465 (2467 f.); NJW-RR 1990, S. 1462 (1465); NJW 1991, S. 2135 (2137); NJW 1992, S. 3224 (3225); NJW 1993, S. 461 (462 f.); NJW 1993, S. 2436 (2438); NJW 2000, S. 1415 (1416)
[437] BGH NJW 1992, 3224 (3225)
[438] BGH NJW 1993, S. 461 (462); BGH NJW 1993, S. 2436 (2438)
[439] BGH NJW 1979, S. 33 (ein erhebliches Manko im Gerüstbestand bei einem verkauften Gerüstbauunternehmen)
[440] BGH NJW 2000, S. 1415 (1416); BGH NJW-RR 1990, S. 1462 (1465)

gekauften Einheitssache[441], wenn eine Beeinträchtigung der Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch oder des Wertes vorlag[442].

Diese klare Abgrenzung zwischen Sachmangel und teilweiser Nichterfüllung danach, ob sich der Vertragsgegenstand nach den Maßstäbe der § 90 ff. BGB als *Sacheinheit* oder als *Sachmehrheit* präsentierte, konnte auf das Werkvertragsrecht nicht eins zu eins übertragen werden. Der Werkvertrag ist nicht auf die Übereignung einer bereits hergestellten Sache, sondern auf die Herstellung eines Werkes gerichtet, das auch unkörperlich sein kann.

Im *Werkvertragsrechts* finden sich nur wenige Entscheidungen[443], die sich mit dieser Thematik befassen:

Zum einen wandte die Rechtsprechung[444] wiederholt bei Unterschreiten der vereinbarten Wohnfläche Gewährleistungsrecht an, ohne jedoch die Frage einer eventuellen teilweisen Nichterfüllung überhaupt aufzuwerfen. Damit wurden ebenso wie im Kaufrecht *Größenabweichungen* als Sachmangel behandelt.

Zum anderen wurde in jüngerer Zeit vom *BGH*[445] folgender Fall entschieden: Ein Unternehmer wurde mit der Inspektion einer Kanalstrecke mit einer Kamera beauftragt. Die Inspektion umfaßte auch die Strecke zwischen den Schächten 4 und 5. Der Unternehmer führte die Untersuchung durch, brach sie jedoch bereits vor Schacht 5 ab. Zwischen der Abbruchstelle und Schacht 5 mündete ein Anschluß eines Anwesens in den

---

[441] Hierunter ist eine Sacheinheit zu verstehen, die nicht aus Bestandteilen, d.h. mehreren innerhalb der Sacheinheit bestehenden räumlich voneinander abgrenzbaren körperlichen Gegenständen, zusammengesetzt ist.

[442] BGH NJW 1975, S. 201 (Lieferung von 32 cm statt 40 cm hohen Wellenträgern); BGH WM 1977, S. 220 (Lieferung von Weihnachtsstollen mit Untergewicht); LG Osnabrück NJW-RR 1991, S. 181 f. (Lieferung einer Stahlwelle mit 60 mm statt 70 mm Durchmesser)

[443] BGH NJW-RR 1999, S. 816 (816 f.); BGH NJW 1997, S. 2874 (2874 f.); OLG Celle BauR 1998, S. 805 (805 f.); OLG Hamm BauR 1993, S. 729 (729 ff.); BGH NJW 2002, S. 816 (816 f.)

[444] BGH NJW-RR 1999, S. 816 (816 f.); BGH NJW 1997, S. 2874 (2874 f.); OLG Celle BauR 1998, S. 805 (805 f.); OLG Hamm BauR 1993, S. 729 (729 ff.)

[445] BGH NJW 2002, S. 816 (816 f.)

Kanal, der bei der Untersuchung unbemerkt blieb. Beim Füllen der Kanalstrecke entstand über diesen Anschluß an dem Haus ein Schaden. Während das Berufungsgericht von einer „teilweisen Nichterfüllung des Vertrages“ ausging, nahm der BGH eine „Schlechterfüllung der Hauptleistungspflicht“ an und stufte die teilweise Nichtausführung der Inspektion – allerdings ohne nähere Begründung – als Mangel ein. Die unterschiedliche Bewertung dieses Falles durch das Berufungsgericht und den BGH zeigt, wie schwer es in den übrigen Fällen der Mankoleistung, insbesondere bei unkörperlichen Werken, fiel, teilweise Nichterfüllung und Sachmangel voneinander abzugrenzen.

b. Die Literatur

aa. Minus als in Zahl und Ausdehnung beendeter, aber mengenmäßig unzureichende Ausführung

Nach *Merl*[446] lag eine Teilleistung vor, wenn es sich bei natürlicher Betrachtungsweise um eine noch nicht vollständig beendete, sondern in Zahl oder Ausdehnung fortzuführende Leistung handelt. Das sei etwa der Fall, wenn der Unternehmer eine in sich gleichartige Leistung nicht über die gesamte zu bearbeitende Fläche ausführe, so, wenn er die Neueindeckung des Daches nur zur Hälfte vornehme. Ebenso gehöre hierzu der Fall, daß der Unternehmer nur eine Teilmenge der in Auftrag gegebenen Bauteile herstellt, wenn er also beispielsweise weniger als die im Auftrag vorgegebenen Fensterelemente liefere.

Decke sich dagegen die erbrachte Leistung in ihrer räumlichen Ausdehnung und von der Anzahl her mit der vertraglich vorgesehenen, so stelle eine mengenmäßig unzureichende Ausführung einen Sachmangel dar. Daher handele es sich um eine mangelhafte Leistung und nicht um eine Teilleistung, wenn eine Fußbodenheizung zwar in allen dafür vorgesehenen Räumen erstellt werde, die Heizschlangen jedoch in zu geringer Dichte verlegt worden seien. Ebenso sei es als Mangel zu

[446] Klein-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch privaten Baurechts, § 12 Rn. 222

bewerten, wenn der Unternehmer das Bauwerk in anderer Gestalt als geschuldet herstelle, auch wenn sich dies in einem Fehlen von Einzelteilen auswirken möge. Errichte beispielsweise ein Bauträger ein Wohnhaus mit einer geringeren Zahl von Heizkörpern als mit dem Käufer vereinbart worden sei und sei die Heizungsanlage als ganze bereits fertiggestellt, liege nicht etwa eine Teilleistung, sondern eine mangelhafte Leistung vor.

bb. Minus als quantitative Abweichung mit Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit

Demgegenüber stellte *Kaiser* [447] merkwürdigerweise auf das Kriterium ab, ob die quantitative Abweichung die Gebrauchstauglichkeit des Werkes berührt. Nur wenn letzteres zu bejahen sei, seien die Bestimmungen über die Mängelhaftung anwendbar. Führe beispielsweise der Unternehmer in einem Wohnhaus vier Türen aus, eine fünfte vertraglich vereinbarte jedoch nicht, so liege ein Mangel nur dann vor, wenn dadurch die Begehbarkeit des Hauses beeinträchtigt werde.

cc. Minus bei vertraglicher Vereinbarung der Quantitätsangabe

Im Rahmen der Erörterung des Quantitätsmangels im Kaufrecht differenzierte *Bauch*[448] danach, ob die Quantitätsangabe bei Vertragsschluß eine Beschaffenheitsangabe „zur Eigenschaft des Kaufobjektes erhoben worden ist“.[449] Ihm folgten *Honsell*[450] und *Westermann*[451], wobei diese zusätzlich forderten, daß die angegebene Größe oder das Gewicht für den Verwendungszweck von entscheidender Bedeutung[452] seien bzw. daß die Tauglichkeit unter der falschen Größe leide. [453]

---

[447] Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 119 Rn. 23 b 66
[448] Bauch, Quantitätsmangel, S. 1 ff.
[449] Bauch, Quantitätsmangel, S. 32, 53
[450] Staudinger/Honsell (13. Aufl.,)§ 459 Rn. 42
[451] MünKomm/Westermann (3. Aufl.), § 459 Rn. 17 u. 25, 56
[452] Staudinger/Honsell (13. Aufl.), § 459 Rn. 42
[453] MünKomm/Westermann (3. Aufl.), § 459 Rn. 17 u. 25, 56; demgegenüber differenziert Soergel/Huber (12. Aufl.), § 459 Rn. 48, zwischen Gattungskauf, bei dem die Zuweniglieferung immer eine Teilleistung darstelle, und Spezieskauf, bei dem diese stets einen Sachmangel darstelle, wobei bei falscher Abmessung und Untergewicht bei Stück und Gattungskauf ein Sachmangel vorliege. Erman/Grunewald (10.Aufl.), Vor § 459 Rn. 50, bejaht bei einer Quantitätsabweichung beim Stückkauf ebenfalls stets einen Sachmangel; beim Gattungskauf dagegen liege ein Sachmangel vor, wenn die Ausmaße oder Bestandteile der Kaufsachen fehlten, dagegen bei Lieferung einer Teilanzahl der ge-

3. Die Rechtlage bei Annahme der Teilleistung

Hatte der Besteller die Teilleistung angenommen, so war die Rechtslage fraglich. Zu einer Teilerfüllung mit der Teilwirkung des § 362 I BGB a.F., wie sie nach § 266 BGB a.F. dem Gläubiger nicht aufgezwungen werden durfte, kam es nur, wenn die Leistung tatsächlich teilbar war.[454]

a. Das Reichsgericht

Die Teilbarkeit der Leistung beim Werkvertrag wurde vom RG grundsätzlich verneint[455], da ein einziger einheitlicher Erfolg geschuldet sei, selbst wenn mehrere Handlungen erforderlich seien[456]. „Wer ein Haus ohne Dach herstellt, hat nicht teilweise, sondern gar nicht geleistet, und es bedarf nicht des § 266, um zu entscheiden, daß er nicht – auch nicht teilweise – befreit ist.“[457] Nach dieser Ansicht blieb also der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Bestellers in vollem Umfang bestehen und er konnte bezüglich der gesamten Verbindlichkeit die Rechte aus § 326 I S.1 und 2 BGB a.F. (Rücktritt oder Schadensersatz) geltend machen.

b. Der BGH

Dagegen waren nach der überzeugenderen Auffassung des BGH Werkleistungen unter bestimmten Umständen teilbar[458], so, wenn die Leistung im konkreten Fall in hinreichend verselbständigte Teile aufgespalten werden konnte. Dies wurde in einem Fall bejaht, in dem ein Werkvertrag über „Baggern und Transportieren von anstehendem Erdreich“ bei Straßenbauarbeiten vereinbart wurde. „Diese geschuldete Leistung war ihrem Umfang nach und auch insofern, als zwei Bagger eingesetzt wurden, teilbar.“[459] Bei Teilbarkeit der Werkleistung trat Teilerfüllung ein; hinsichtlich der noch ausstehenden Teilleistung hatte der Besteller weiterhin den ursprünglichen Erfüllungsanspruch und konnte wegen Teilver-

---

schuldeten Kaufsachen eine Teilleistung.

[454] Staudinger/Selb (13. Aufl.), § 266 Rn. 3

[455] RG JW 1911, 756; ihm folgend: MünKomm/Krüger (4. Aufl.), § 266 Rn. 7; Staudinger/Selb (13. Aufl.) § 266 Rn. 3

[456] MünKomm/Krüger (4. Aufl.), § 266 Rn. 7

[457] Staudinger/Selb (13. Aufl.), § 266 Rn. 3

[458] BGH NJW 1977, S. 50; BGHZ 36, 316 (318); unklar ist welcher Ansicht Klein-Möller/Merl/Oelmaier/ Merl, Handbuch privaten Baurechts, § 12 Rn. 222 folgt

[459] BGHZ 36, 316 (318)

zuges nach §§ 326 I S. 3, 325 I S. 2 BGB a.F vorgehen.[460] Nur wenn die Teilerfüllung für den Besteller kein Interesse hatte, konnte er vom gesamten Vertrag zurücktreten bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung in bezug auf den gesamten Vertrag verlangen. Andernfalls blieben die Rechte auf den noch ausstehenden Teil beschränkt.[461]

[460] BGHZ 36, 316 (318)
[461] Palandt/Heinrichs (60. Aufl.), § 326 Rn. 28 f.

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Zu der Frage, ob es einer gesetzlichen Regelung des minus bedürfe, äußerte sich die Literatur – soweit ersichtlich – nicht. Ob dieses Schweigen als eine Zustimmung zu der Ansicht des historischen Gesetzgebers zu werten ist, bleibt fraglich. Jedenfalls zeigt die spärliche Beschäftigung der Literatur mit diesem Thema, daß ihm nur geringe Bedeutung beigemessen und insofern auch kein dringender Reformbedarf gesehen wurde.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie äußert sich zu dem Thema der Zuweniglieferung ebenfalls nicht. Auch hier muß hinsichtlich der Frage, ob der Begriff der Vertragswidrigkeit in Art. 2 I VbrKfRL die quantitative Minderleistung erfaßt, das UN-Kaufrecht als Auslegungshilfe herangezogen werden.

Da der Verkäufer nach Art. 35 I CISG Waren zu liefern hat, deren Menge den Anforderungen des Vertrages entspricht, stellt jede Quantitätsabweichung, d.h. eine Zuviel- und Zuweniglieferung, eine Vertragswidrigkeit dar, die nach Art. 39 CISG gerügt werden muß.[462] Anders als im deutschen Recht vor der Schuldrechtsreform wird auch die Teillieferung nicht als teilweise Nichterfüllung, sondern als Sachmangel behandelt.[463] Nicht als Vertragswidrigkeit sind hingegen handelsübliche Abweichungen, wie sie in verschiedenen Branchen gelten, anzusehen.[464] Folglich erfaßt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bei entsprechender Auslegung des Art. 2 I VbrkfRL jede das handelsübliche Maß übersteigende Zuweniglieferung.[465]

---

[462] Staudinger/Magnus, Art.35 CISG, Rn. 134; Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 171; Coester-Waltjen, Jura 1997, S. 637 (639)
[463] Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 172
[464] Schlechtriem/Schwenzer, CISG, Art. 35 Rn. 8; Staudinger/Magnus, CISG, Art. 35 Rn. 11; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langenheine, CISG, Art. 35 Rn. 7
[465] Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, S. 1175 (1175 f.); Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952 (957)

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Basedow

Auf die bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen peius und minus weist Basedow[466] in seinem Gutachten zum Kaufrecht hin. Schwierig sei die Abgrenzung insbesondere bei quantitativen Abweichungen, die in Qualität umschlagen, „wenn zu dicke oder dünne Bretter geliefert werden, wenn der Feuchtigkeitsgehalt in Getreide oder Kork über der Toleranzmarge liegt, wenn ein Grundstück oder eine bestimmte, als solche gekaufte Warenpartie, z.B. Waggon- oder Schiffsladung, kleiner ist als vereinbart. Solche Vertragsabweichungen der Kaufsache müssen zwar nicht, können aber im Einzelfall dazu führen, daß sie dem Vertragszweck nicht mehr genügt, also fehlerhaft im Sinne des Gewährleistungsrechts ist.“[467] Zur Lösung dieser Abgrenzungsschwierigkeiten schlägt Basedow ebenso wie beim peius eine Angleichung der Verjährungsfristen von Nichterfüllungs- und Gewährleistungsrecht vor.

b. Das Gutachten von Huber

Für die Einbeziehung des minus in den werkvertraglichen Sachmangelbegriff sprach sich Huber aus:

„§ 633
(3) Ein Mangel des Werks liegt vor: [...]
5. wenn das Werk nur teilweise hergestellt ist;“[468]

In der Begründung weist Huber darauf hin, daß diese Norm mit Art. 33 I a EKG und Art. 35 I CISG mit der Einschränkung übereinstimme, daß der Fall der Zuviellieferung nicht aufgenommen sei. Die Regelung habe die praktische Folge, daß auch im Falle der Mankolieferung die Verjährungs-

[466] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 28 ff.
[467] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 29
[468] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (898)

vorschriften des Gewährleistungsrechts zur Anwendung kämen.[469]

2. Der Kommissionsentwurf

Die Mankolieferung ist im Anschluß an Huber im *Kommissionsentwurf* kodifiziert:

„§ 633 BGB-KE (Sachmängel)
(2) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer [...] das Werk in zu geringer Menge herstellt, es sei denn, daß es als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt."

Als Grund für die ***Gleichstellung mit dem Sachmangel*** nennt der Kommissionsentwurf wie bei der Aliud-Lieferung die Unangemessenheit der unterschiedlichen Verjährung nach allgemeinem Leistungsstörungs- und Sachmängelrecht sowie die Vergleichbarkeit der Interessenlage von Sachmangel und Mankolieferung.[470]

Der Begründung des Kommissionsentwurfes ist jedoch zu entnehmen, daß der Begriff „in zu geringer Menge" i.S.d. § 633 II BGB-KE nicht alle Fälle der quantitativen Minderleistung erfasse. Eine Herstellung in „zu geringer Menge" liege nur vor, wenn der Unternehmer die Mindermenge als Erfüllung seiner *ganzen* Verbindlichkeit liefere. Dies müsse für den Besteller erkennbar sein, d.h. der Empfängerhorizont sei maßgeblich. Anderenfalls sei eine Teilleistung gegeben. [471]

3. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf übernimmt hinsichtlich der Herstellung eines Werkes in zu geringer Menge die Formulierung des Kommissionsentwurfes.

Bezüglich der Rechtsfolgen wird darauf hingewiesen, daß in der Regel bei

---

[469] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (870)
[470] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 203
[471] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 203; Begrifflichkeit von Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 264, Rn. 496

Zuwenigleistung der primäre Erfüllungsanspruch ausreiche. Wenn jedoch durch die Erbringung der Restleistung nicht mehr die Errichtung des bestellten Gesamtwerkes erreichbar sei, so sei die Nacherfüllung durch völlige Neulieferung, nunmehr in der richtigen Menge, die geeignete Rechtsfolge. Sei aber im Falle der Zuweniglieferung trotz Fristsetzung die Restleistung nicht erbracht worden und wolle der Besteller gleichwohl an dem Vertrag festhalten, so sei die Minderung der angemessene Rechtsbehelf.[472]

3. Der konsolidierte Diskussionsentwurf

Ebenso wie beim aliud (s.S. 119) bedeutet die Streichung des letzten Halbsatzes in der Definition des Sachmangels „einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer [...] das Werk in zu geringer Menge herstellt, ***es sei denn, daß es als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt***“, wie er im Kommissions- und Diskussionsentwurf vorgesehen war, durch die konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes keine Änderung der Sachlage.[473] Auch hier wird – ähnlich wie beim aliud – die gestrichene Phrase wohl nur auf Extremfälle zu beziehen sein, bei denen mit einer bloßen Leistung der Restmenge in keinem Fall das angestrebte Werk erreicht werden kann. Diese Fallgruppe wäre ebenso ohne gesetzliche Klarstellung dem Nichterfüllungsrecht zuzurechnen sein. Die Streichung sollte mithin keine Änderung der Rechtslage bewirken.

[472] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. 315
[473] KonsDiskE, in: Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. 399

IV. Das neue Recht

1. Die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage

Der bereits im alten Recht geltende Grundsatz, daß ***ein minus einem Sachmangel gleichsteht,*** wurde entsprechend der europäischen Richtlinie und dem UN-Kaufrecht (s.S. 132 f.) nunmehr in § 633 II S.3, 2.Var. BGB n.F. kodifiziert.

Wie der ***Begriff der Herstellung des Werkes „in zu geringer Menge“*** zu verstehen ist und damit der Anwendungsbereich von einem nach Sachmängelrecht und einem nach allgemeinem Nichterfüllungsrecht zu behandelnden minus abzugrenzen ist, wird auch in der Literatur zum neuen Recht unterschiedlich bewertet.

Ausgehend vom Wortlaut könnte man mit *Sienz*[474] darauf abstellen, ob es sich um mehrere voneinander abgrenzbare Werke handelt, für die eine bestimmte Menge vereinbart wurde (z.B. „20 Fenster liefern und einbauen“). Gerade diesen Fall wollen jedoch *Schlechtriem*[475] und *Peters*[476] nach den allgemeinen Regeln der Teilleistung behandeln.

Demgegenüber gilt nach *Heinrichs*[477] für jedes minus beim Werkvertrag § 633 II S. 3, 2. Var. BGB n.F., es sei denn der Besteller hat das Werk gemäß § 266 BGB zurückgewiesen.

Dagegen erfaßt § 633 II S.3, 2.Var. BGB n.F. *Sprau*[478] zufolge nur die Fälle, in denen eine einheitliche, mit einer Massen- und Mengenangabe näher beschriebene Werkleistung geschuldet ist, wie beispielsweise „Verputzen einer vierseitigen Fassade“ oder „100 qm Fassade verputzen“.[479] Auch die Entscheidung des BGH in NJW 2002, S. 816 (816

---

[474] Sienz, BauR 2002, S. 181 (183)
[475] Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.), § 633 Rn. 9
[476] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 185; ebenso Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 633 Rn. 8
[477] Palandt/Heinrichs (62. Aufl.), § 281 Rn. 36, 40 f.; HK-BGB/Schulze, (2. Aufl.), § 323 Rn. 13; Brors, JR 2002, S. 133 (136)
[478] Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 633 Rn. 9
[479] Sienz, BauR 2002, S. 181 (183)

f.), zum alten Schuldrecht[480], in der er die teilweise Inspektion eines Kanals als Sachmangel einstufte, deutet hierauf hin.

Zieht man die Begründung des Kommissionsentwurfes (s.S. 134) heran, so ergibt sich folgendes: Der Tatbestand „Werk in zu geringer Menge“ ist bereits erfüllt, wenn der Unternehmer die Mindermenge subjektiv zur Erfüllung seiner *ganzen* Verbindlichkeit liefert und er dies nach dem objektiven Empfängerhorizont erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Unabhängig davon, ob es sich objektiv um ein einheitliches oder mehrere voneinander abgrenzbare Werke handelt, ist nach dem vom objektiven Empfängerhorizont erkennbaren Willen zur Erbringung des quantitativ vollständigen Werkes zu fragen. Nur die bewußte Teilleistung ist nach allgemeinem Nichterfüllungsrecht zu behandeln. Folglich ist der Anwendungsbereich des minus und damit des Sachmangelrechts zu Lasten der Teilleistung erheblich erweitert worden.

In dieser Weise verstehen auch *Lorenz/Riehm*[481] und *Peters*[482] den Gesetzestext. Lorenz verwendet für den Fall des vom objektiven Empfängerhorizont erkennbaren Teilleistungswillens, den Begriff der „offenen Mankoleistung“, für den Fall des nicht erkennbaren Teilleistungswillens hingegen denjenigen der „verdeckten Mankoleistung“.[483]

Allerdings sollte diese Gleichstellung von minus und peius nur für die Zwecke der § 634 ff. BGB n.F. erfolgen. Hinsichtlich der Rücktrittsausschlußgründe des § 323 Abs. 5 BGB n.F. und des entsprechenden Ausschlusses des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung sollte gemäß § 281 Abs. 1 S. 2, 3 BGB n.F. sollte von einer Gleichstellung von minus und peius abgesehen werden. Ansonsten hätte diese Regelung nahezu keinen Anwendungsbereich. Ferner ist Funktion des § 633 Abs. 2 S. 3

[480] BGH NJW 2002, S. 816 (816 f.)
[481] So zum Kaufrecht Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 264, Rn. 496
[482] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 184; Preussner, BauR 2002 S. 231 (237); so wohl auch Haas, BB 2001, 1313 (1315), der die Erledigung der Abgrenzungsprobleme zwischen Zuwenig- und Schlechterfüllung konstatiert; Jauernig/Vollkommer (10. Aufl.), § 281 Rn. 26; Jauernig/Berger, § 434 Rn. 24; Krause, Jura 2002, S. 299 (304); Thier, AcP 203, S. 399 (424 f.)

BGB n.F. Sachmängel und Minderleistungen einheitlich dem Gewährleistungsrecht, insbesondere der Verjährung des § 634 a BGB n.F. zu unterstellen. Folglich sind Gesamtrücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht bereits bei einem nicht unerheblichen Sachmangel, sondern erst bei Interessenfortfall möglich.[484]

2. Gelöste Probleme

Die ***Frage nach der Rechtslage bei Annahme der Teilleistung*** (s.S. 130 f.) kann nunmehr als geklärt angesehen werden. Denn der Diskussionsentwurf geht von der Teilbarkeit aus, indem er von der Möglichkeit der Beschränkung des Erfüllungsanspruches auf die „Restleistung" ausgeht (s.S. 134 f.). Somit hat sich die Auffassung des BGH im alten Recht (s.S. 131 f.) durchgesetzt.[485] Eine Teilleistung kann der Besteller wie bisher nach § 266 BGB n.F. zurückweisen und bezüglich der gesamten Verbindlichkeit zurücktreten, § 323 BGB n.F., oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen, §§ 280, 281 BGB n.F.[486] Ein Rückgriff auf die Mängelrechte des § 634 BGB n.F. ist hier nicht erforderlich. Nimmt der Besteller hingegen das Werk ab, so greift nunmehr Sachmängelgewährleistungsrecht, es sei denn es liegt eine offene Mankolieferung vor. An die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruch tritt nun der in zwei (statt wie ersterer in drei) Jahren verjährende Nacherfüllungsanspruch. Ob dem Besteller wegen des minus ein Rücktritt *vom ganzen Vertrag* sowie Schadensersatz statt der *ganzen Leistung* unter der Voraussetzung, daß er an der „Teilleistung kein Interesse" hat (so § 281 I S. 2 und § 323 V S. 1 BGB n.F.) oder unter der Voraussetzung einer „nicht unerheblichen Pflichtverletzung" (so § 281 I S. 3 und § 323 V S. 2 BGB n.F.) zusteht, hängt davon ab, ob man auch im Bereich der Rechtsfolgen das minus als peius („Schlechtleistung", „nicht wie geschuldet") behandelt. Gegen eine Gleichstellung von minus und peius[487] spricht, daß andernfalls der An-

---

[483] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 264, Rn. 496

[484] so auch Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 113; Finkentscher (10. Aufl.), Rn. 3.84; Canaris, ZRP 2001, S. 329 (334 f.); Lorenz/Riehm, SchR , Rn. 219; ders., NJW 2003, S. 3097

[485] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 265, Rn. 496

[486] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S.265, Rn. 496; MünKomm/Busche, § 633 Rn. 31

[487] ebenso: Lorenz/Riehm, Neues SchR, S: 265; Windel, Jura 2003, S. 793 (796 f.);

wendungsbereich der §§ 281 I S. 2 und 323 V S. 1 BGB n.F. erheblich eingegrenzt würde, da die meisten praktisch relevanten Fälle aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht stammen.[488] Ferner spricht hierfür, daß § 633 II S.3, 2.Var. BGB n.F. nur regelt, daß die Teillieferung dem Sachmangel gleichsteht, nicht aber unter welchen Bedingungen Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Rücktritt vom ganzen Vertrag möglich sein soll.[489]

3. Systemwechsel oder „behutsame Weiterentwicklung ?

Das neue Recht hat durch die Gleichstellung von peius und minus die bisherige Tendenz zur teilweisen, auf bestimmte Fallgruppen begrenzten Gleichstellung von minus und peius fortgesetzt (s.S. 126 ff.) und nun jedes minus in den Sachmangelbegriff miteinbezogen. Es kann mithin von einer Weiterentwicklung bereits im alten Recht angelegter Tendenzen gesprochen werden. Damit ist das neue Recht dem Vorschlag des Kommissionsentwurfes (s.S. 134) gefolgt, der auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das UN-Kaufrecht (s.S. 132) zurückgeht.

Dabei wurden für die Gleichstellung Gründe der *Interessenwertung* angeführt: Die unterschiedliche Verjährung nach allgemeinem Leistungsstörungs- und Sachmängelrecht sei unangemessen; darüber hinaus sei die Interessenlage bei Sachmangel und Mankolieferung vergleichbar.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Dieser Begründung kann gefolgt werden. Tatsächlich erweist sich die Gleichstellung als interessengerecht, da nur durch das Gewährleistungsrecht die Möglichkeit zur Minderung[490] und zur Selbstvornahme eröffnet wird, und dieser bei der Herstellung eines minus besondere Bedeutung

---

Emmerich, Leistungsstörungen, S. 192; Jauernig/Berger (10.Aufl.), § 434 RN. 24; Kothe/Willingmann/Hirse, § 261 Rn. 12, § 323 Rn. 23; für eine Gleichstellung hingegen: Palandt/Heinrichs (62. Aufl.), § 281 Rn. 38, 40 f.; Jauernig/Vollkommer (10. Aufl.), § 281 Rn. 26, § 323 Rn. 19; MünKomm/Ernst (4. Aufl.); § 323 Rn. 215 f.; § 281 Rn. 137; Huber/Faust, S. 127; Krause, Jura 2002, S. 299 (304); Palandt/Sprau, § 633 Rn. 8

[488] Emmerich, Leistungsstörungen, S. 192, 297; Schwab/Witt, Schuldrecht (2002), S. 119; Thier, AcP 203, S. 399 (426); Grigoleit/Riehm, ZGS 2002, S. 115 (117)

[489] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 265

[490] Über den kleinen Schadensersatz war bereits bisher das Ergebnis der Minderung

zukommt: Das Selbstvornahmerecht dient als Ergänzung zum Nacherfüllungsanspruch einer zügigen Erreichung des werkvertraglichen Erfolges. Ein handwerklich geschickter Bauherr kann nunmehr das zu 90 % gedeckte Dach selbst fertigstellen und einen Aufwendungsersatzanspruch geltend machen. Ebenso kann der Gartenbesitzer sich nunmehr mit der Gestaltung von drei statt wie vereinbart vier Beeten zufrieden geben, und die Kosten für das vierte Beet mittels Minderung vom Werklohn abziehen. Über § 635 BGB n.F. besteht darüber hinaus die Möglichkeit, nicht nur Nachlieferung der fehlenden Werkteile zu verlangen, sondern auch die Neuherstellung des Werkes. Dieses Recht ist im Werkvertragsrecht bedeutsam, da oftmals die Herstellung des einheitlichen Werkes durch „Nachlieferung“ nicht erreicht werden kann. Wird beispielsweise der letzte Akt einer Oper nicht aufgeführt, so kann der werkvertragliche Erfolg der Aufführung nicht dadurch herbeigeführt werden, daß die Besucher Freikarten für den letzten Akt eine Woche später erhalten.

Betrachtet man ferner die kaufrechtliche Argumentation der Rechtsprechung im alten Recht (s.S. 126) gegen die Einstufung als Sachmangel, so erweist sich diese als auf das Werkvertragsrecht nicht übertragbar: Eine Anwendung der Gewährleistungsvorschriften widersprach bereits im alten Recht nicht den Interessen des Bestellers, da im Gegensatz zum Kaufrecht ein Nachbesserungsanspruch (§ 633 Abs. 2 BGB a.F.) bestand.

Des weiteren spricht auch in *dogmatischer* Hinsicht der im neuen Recht konsequent zur Anwendung kommende subjektive Fehlerbegriff für die Gleichstellung von peius und minus. Denn auch die quantitative Minderleistung stellt eine Abweichung der Ist- von der vereinbarten Sollbeschaffenheit dar. Das objektive Element der Minderung oder Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit des § 633 Abs. 1 BGB a.F. ist entfallen, so daß es nunmehr unerheblich ist, ob die Minderleistung für sich genommen funktionstauglich ist oder nicht.

Schließlich zeichnet sich die Lösung des neuen Rechts auch durch eine

---

erreichbar, was jedoch Vertretenmüssen des Unternehmers voraussetzte.

erhöhte Praktikabilität und Rechtssicherheit aus. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Sachmangel und minus bestanden im alten Recht Unsicherheiten, die aus Sicht der Parteien nicht selten zu nahezu willkürlichen Ergebnissen führten. Die nunmehrige Gleichstellung von minus und Sachmangel trägt zu einer Entschärfung dieser Abgrenzungsprobleme bei. Sowohl bei Vorliegen eines minus als auch eines Sachmangels stehen einheitlich die Gewährleistungsrechte der §§ 634 ff. BGB n.F. offen, die den einheitlichen Verjährungsfristen des § 634 a BGB n.F. unterliegen.

Kapitel 2

Die Rechte des Bestellers

A. Nacherfüllungsanspruch

Der „Nacherfüllungsanspruch“ bzw. „Mängelbeseitigungsanspruch“, wie er nach altem Recht hieß, wurde in der Schuldrechtsreform vor allem unter zwei Aspekten diskutiert: Es war fraglich, ob dieser Anspruch auch auf Neuherstellung gehe (dazu I.1.) und wenn ja, wem das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung zustehe (dazu I.3.). Daneben wurde über dessen systematische Einordnung und dessen Voraussetzungen (dazu I.2.), die Kosten der Nachbesserung (dazu I.4.) sowie die Einwendungen gegen den Mängelbeseitigungsanspruch (dazu I.5.) beraten.

I. Das alte Recht

1. Der Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruches

Umstritten war der Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruches. Die Mängelbeseitigung war grundsätzlich in zwei Formen denkbar: in Gestalt der Nachbesserung und der Neuherstellung. Während Nachbesserung vorlag, wenn nach Art des Mangels ausreichend war, daß nur ein Teil eines umfangreichen Werkes „neu“ hergestellt wird (z.B. Pissoiranlage eines größeren Gebäudes[491], Wandfliesen oder Bodenbelag im Rahmen eines umfassenden Auftrages[492]), war von Neuherstellung auszugehen, wenn nach Art des Mangels Mangelfreiheit nur durch Neuherstellung des gesamten Werkes erreicht werden konnte, so etwa, wenn Teilbauten oder Einzelwerke Gegenstand gesonderter Verträge (z.B. Herstellung von Teakholztüren[493]) und diese mangelbehaftet waren.[494] Fraglich war jedoch, ob und, wenn ja, bis zu welchem Zeitpunkt dem Besteller ein Neuherstellungsanspruch zustand.

a. Der historische Gesetzgeber von 1900

[491] RGZ 95, 329 (330)
[492] BGH NJW 1964, S. 647 (647); BGH BauR 1970, S. 106 (107)
[493] BGH NJW 1962, S. 1569 (1569)
[494] Ähnlich Ganten, BauR 1971, S. 161 (165); Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 274, Rn.

Der historische Gesetzgeber aus dem Jahre 1900 billigte dem Besteller das Recht zu, die „Beseitigung des Mangels zu fordern“. Zwar wird zum Inhalt dieses Anspruchs in den Motiven nichts Näheres ausgesagt, doch wird als Synonym hierfür die Berechtigung genannt, „Neuherstellung oder Umarbeitung des Werkes zu verlangen“[495]. Der Mängelbeseitigungsanspruch beinhaltete damit auch den Neuherstellungsanspruch.

b. Neuherstellungsanspruch bis zur Herstellung des Werkes

Nach einem Urteil des RG aus dem Jahre 1904[496] und der älteren Literatur[497] erlosch mit der Herstellung des Werkes der Erfüllungsanspruch aus §§ 631 I, 633 I BGB a.F., dem Besteller stand nunmehr nur noch der Mängelbeseitigungsanspruch gemäß § 633 II S.1 BGB a.F. zu. Letzterer sei aber beschränkt auf die bloße Behebung des Mangels. Der Unternehmer sei zur Neuherstellung eines mangelfreien Werkes nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt. Folglich konnte der Besteller, wenn die Nachbesserung sich als unmöglich oder unzureichend erwies, nur Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, nicht aber Neuherstellung verlangen.

Diese Ansicht konnte sich darauf berufen, daß die §§ 633 bis 635 BGB a.F. ein Recht auf Neuherstellung nicht nannten.[498] Insbesondere § 633 II BGB a.F. erwähnte nur die Mangelbeseitigung. Daß der Gesetzgeber nur die mindere Befugnis normiere, die weitergehende Befugnis dagegen ohne besondere Erwähnung als gegeben erachte, könne nicht angenommen werden.[499]

c. Neuherstellungsanspruch bis zur Abnahme

76

[495] Motive II, § 569 , S. 480 f., 482

[496] RGZ 57, 275 (276)

[497] Planck, § 633 Anm. 2 a, S. 1040; Dernburg II, § 320 II 1; Emmerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, S. 73; Enneccerus/Lehmann, I 2, § 371 Anm. 1; Leonhard, BSchR, S. 218 f.; Petri, AcP 109 (1912), S. 202 (209); Stütz, Mangelhafte Werkherstellung, S. 53 ff., 104 ff.

[498] RGZ 57, 275 (276)

[499] Leonhard, BSchR, S. 218 f.

Nach der älteren Rechtsprechung[500] und der herrschenden Literaturansicht[501] war zwar der Mängelbeseitigungsanspruch (§ 633 II S.1 BGB a.F.) auf bloße Nachbesserung beschränkt; daneben bestehe aber vor Abnahme des Werkes der ursprüngliche Erfüllungsanspruch gemäß §§ 631 I, 633 I BGB a.F., der auf Neuherstellung gerichtet war, weiter. Es sei ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung gegeben. Dieses Wahlrecht war jedoch durch die analoge Anwendung des § 633 II S.2 BGB a.F. stark beschränkt.[502] Danach konnte der Unternehmer die Neuherstellung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutete: Übermäßig aufwendig sei eine Neuherstellung, die ebenso durch Mangelbeseitigung erreicht werden könne. Folglich kam eine Neuherstellung nur in Betracht, wenn die Nachbesserung nicht genügte oder nicht möglich war.

Nach der Abnahme sei jedoch der Anspruch auf Neuherstellung ausgeschlossen. Der Besteller gebe durch die Abnahme zu erkennen, daß er das hergestellte Werk als Erfüllung gelten lasse, wodurch der Anspruch auf Neuherstellung des Werkes endgültig erlösche. Der Erfüllungsanspruch des Bestellers beschränke sich nunmehr darauf, daß dieser die Beseitigung des vorhandenen Mangels verlangen könne, soweit dies möglich sei. Denn mit einem weitergehenden Anspruch müsse der Unternehmer, wenn das Werk einmal vom Besteller als vertragsgerecht anerkannt sei, nicht mehr rechnen (Konzentrationswirkung der Abnahme).[503]

d. Neuherstellungsanspruch auch nach Abnahme

---

[500] RGZ 95, 329 (330) betont, daß *nach Abnahme* ein Recht auf Neuherstellung „nicht mehr“ zustehe; RGZ 107, 339 (344); BGHZ 26, 337 (340); 58, 7 (9); 61, 42 (45); BGH BauR 1973, S. 313 (313 ff.)

[501] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 44; Korinternberg, Mängelbeseitigungsanspruch, S. 28 f.; 32 f.; Larenz, SchR II/1, § 53 II, S. 350; Staudinger/Riedel (11. Aufl.) § 633 Rn. 1 ff.; Soergel/Ballerstedt (10. Aufl.), § 633 Rn. 5; Jakobs, FS Beitzke, S.67 (71 ff.): nach ihm entsteht der Anspruch auf Beseitigung des Mangels erst nach Abnahme, vorher habe er nur den Anspruch auf Herstellung des Werkes in der vertragsgemäßen Beschaffenheit MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 103 ff.; Palandt/Thomas (55. Aufl.),Vor § 633 Rn. 3; Ganten BauR 1971, S. 161 (161 ff.); Esser/Weyers, SchR II/1, § 32 II 3a, 260 f.; Wussow NJW 1967 , S. 953 (953)

[502] Denn wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung nach dieser Norm verweigern darf, dann erst Recht die Neuherstellung (RGZ 107, 339 (342))

[503] RGZ 95, 329 (329 f.); 107, 339 (344) ; BGHZ 61, 42 (45)

Nach einer neueren Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1985[504] sowie einer jüngeren Literaturansicht[505] konnte der Anspruch auf Neuherstellung gemäß § 633 II S.1 BGB a.F. auch nach der Abnahme bestehen, wenn die Mängel entsprechend schwer seien und auf andere Weise nicht beseitigt werden könnten.

Begründet wurde diese Ansicht zum einen damit, daß die Abnahme nicht zum Erlöschen des Neuherstellungsanspruches führen könne. Denn auch wenn der Besteller mit der Abnahme zu erkennen gebe, er wolle das Werk als in der Hauptsache vertragsgemäße Erfüllung gelten lassen, so beziehe sich dies auf seinen Kenntnisstand bei der Abnahme. Ihm unbekannte, später auftretende Mängel wolle er weiterhin beseitigt haben. Daß das je nach Art, Schwere und Tragweite der Mängel bis hin zur Erneuerung des Werkes gehen könne, werde durch die Abnahme nicht zwingend ausgeschlossen (Ablehnung der Konzentrationswirkung).[506]

Zum anderen sei bisher zu stark auf die begriffliche Unterscheidung zwischen Neuherstellung und Nachbesserung abgestellt worden.[507] Diese ließen sich jedoch nicht scharf voneinander scheiden, sondern gingen ineinander über. So könne z.B. die Neueindeckung eines Daches für den einen Unternehmer, der das ganze Haus nachzubessern habe, Nachbesserung sein, für den anderen, der nur die Neueindeckung schulde, dagegen Neuherstellung. Auch kostenmäßig könne mal das eine, mal das andere vorzuziehen sein.[508] Entscheidend sei vielmehr das Ziel des § 633 II BGB a.F., dem Besteller ein mangelfreies Werk zu verschaffen.[509] Zudem spreche das Gesetz in § 633 II S.1 BGB a.F. von „Beseitigung des Mangels“ und nicht von „Nachbesserung“. Beseitigung des Mangels be-

---

[504] BGHZ 96, 111 (117 ff.); ebenso OLG München NJW-RR 1987, S. 1234 (1234)
[505] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 171; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 3; Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 482; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 25 f.; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 277 f., Rn. 77 f.; Palandt/Sprau (61. Aufl.), § 633 Rn. 5 c; Pietsch, Abnahme, S. 212 ff., 241; Springer, Abnahmebegriff, S. 79 ff.
[506] BGHZ 96, 111 (120 f.)
[507] BGHZ 96, 111 (118); ebenso kritisch zur dogmatischen Unterscheidung zwischen Neuherstellung und Nachbesserung: Ganten, BauR 1971, S. 161 (161 ff.); Erman/Seiler (10.Aufl.), § 633 Rn. 30
[508] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 171
[509] BGHZ 96, 111 (118)

deute aber bei natürlicher Betrachtungsweise nichts anderes, als daß mangelhafte Leistungen durch mangelfreie ersetzt werden müßten, um insgesamt ein mangelfreies Werk entstehen zu lassen. Dies könne im Einzelfall auch bei schweren Mängeln einen Totalersatz des mangelhaften Werkes erforderlich machen.[510]

2. Die systematische Einordnung und die Voraussetzungen

Ebenso war die rechtliche Einordnung des Mängelbeseitigungsanspruches unklar.

Gemäß § 633 I BGB a.F. ging die Verpflichtung des Unternehmers auf Herstellung eines mangelfreien Werkes. Die Mängelfreiheit stellte im Werkvertragsrecht im Unterschied zum Kaufrecht eine Erfüllungspflicht des Unternehmens dar. Daher wurde überwiegend vertreten[511], daß der in § 633 II BGB a.F. vorgesehene Anspruch des Bestellers auf „Beseitigung des Mangels“ durch den Unternehmer nicht ein Gewährleistungs-, sondern ein modifizierter[512] Erfüllungsanspruch sei. Der Erfüllungsanspruch sei insoweit modifiziert, als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch der Verjährung des § 638 BGB a.F. unterliege.[513] Hierfür sprach auch, daß der Mängelbeseitigungsanspruch ebenso wie der Anspruch gemäß § 633 I BGB a.F. darauf gerichtet war, das Erfüllungsinteresse (Herstellung eines mangelfreien Werkes) zu befriedigen.

Demgegenüber sah Jacobs[514] in dem Mängelbeseitigungsanspruch des § 633 II BGB a.F. einen Gewährleistungsanspruch. Denn der Mangelbeseitigunsanspruch stimme sowohl hinsichtlich seiner Voraussetzung (Mangel

---

[510] BGHZ 96, 111 (118), Igenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 482

[511] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 159; Jakobs, FS Beitzke (1967), S. 67 (67); Blaese, Erfüllungsanspruch, S. 1 ff.; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 2; Schultz, Ersatzlieferungsanspruch, S. 96; Esser/Weyers, S. 259; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 1; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 2; Palandt/Sprau (61. Aufl.), § 633 Rn. V0r § 633 Rn. 4; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 1; Quack, FS Vygen, S. 373

[512] Er wird durch die Sonderregeln der §§ 633ff. BGB a.F., insbesondere durch die Verjährungsregeln, modifiziert.

[513] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 165; Schultz, Ersatzlieferungsanspruch, S. 96; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), Vor § 633 Rn. 4

[514] Jakobs, FS Beitzke, S. 79

des Werkes) als auch Rechtsfolgen (Verjährung gemäß § 638 f. BGB a.F.; Ausschluß der Gewährleistung bei vorbehaltloser Abnahme trotz Mangelkenntnis gemäß § 640 Abs. 2 BGB a.F.) mit den Gewährleistungsrechten der Minderung und Wandelung überein. Was aber gleichen Regeln folge, sei auch gleicher Art.[515] Hierfür spreche ferner die Konzeption der § 633 ff. BGB a.F., die klar zwischen den allgemeinen Regeln der § 320 ff. BGB a.F. – diese gelten für den vor Abnahme bestehenden Erfüllungsanspruch – und den besonderen Gewährleistungsregeln der § 633 ff. BGB a.F. – diese knüpfen an den nach Abnahme bestehenden Mangelbeseitigungsanspruch an – unterscheide.

Heyers[516] wiederum charakterisierte den Mängelbeseitigungsanspruch als einen Anspruch mit Doppelnatur: Er sei sowohl Gewährleistungs- als auch Mängelbeseitigungsanspruch. Denn zwar sei dogmatisch nicht zu bezweifeln, daß der Anspruch aus § 633 II BGB a.F. einen modifizierten Erfüllgunsanspruch darstelle. Um eine Gleichstellung mit dem Mängelbeseitigungsanspruch aus § 13 Nr. 5 VOB/B zu erreichen, der allgemein als Gewährleistungsanspruch eingeordnet wurde, und unter Beachtung der Auffassung, daß § 638 BGB a.F. alle Gewährleistungsansprüche zusammenfasse, sei ebenso die Charakterisierung als Gewährleistungsanspruch erforderlich.

Unabhängig davon, welche Ansicht vertreten wurde, bestand Einigkeit darüber, daß der Mängelbeseitigungsanspruch systematisch im Kontext der sekundären Rechtsbehelfe der §§ 634, 635 BGB a.F stehe.[517] Bei einem mangelhaften Werk hatte der Besteller zunächst das Recht auf Beseitigung des Mangels. Gewährleistung in Form der Wandelung, Minderung oder des Schadensersatzes konnte er erst verlangen, wenn seinem Recht auf Mangelbeseitigung nicht entsprochen wurde (§ 634 I und II, § 635 BGB a.F.);[518] die Mängelbeseitigung war der primäre Rechtsbehelf des Be-

[515] Jakobs, FS Beitzke, S. 78
[516] Heyers, BauR 1970, S. 135 ff.
[517] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 160
[518] Auch dies ist eine Folge dessen, daß der Erfüllungsanspruch auf Herstellung und Lieferung eines mangelfreien Werkes gerichtet war.

stellers.[519]

Als Voraussetzung dieses primären Rechtsbehelfes nannte das Gesetz einzig, daß das Werk nicht von „dieser Beschaffenheit ist“, wie sie in § 633 I BGB a.F. angeführt wird, d.h. eine zugesicherte Eigenschaft fehlte oder es einen Fehler aufwies. Insbesondere war ein Verschulden des Unternehmers nicht erforderlich.

3. Wahlrecht zwischen Neuherstellung und Nachbesserung

Uneinigkeit bestand des weiteren, wenn man einen Anspruch auf Neuherstellung anerkannte, wem das Wahlrecht zwischen Neuherstellung und Nachbesserung zustehe.

a. Wahlrecht des Bestellers

Nach einer Ansicht[520] stand das Wahlrecht dem Besteller zu. Etwas anderes gelte nur, wenn der Besteller es dem Unternehmer überlasse, wie er den Mangel beheben möchte.[521] Zur Begründung wurde angeführt, daß der ursprüngliche Erfüllungsanspruch dem Besteller auch das Recht verleihe, die Nachbesserung des mangelhaften Werkes abzulehnen und Neuherstellung zu verlangen.[522]

b. Wahlrecht des Unternehmers

Nach anderer Ansicht[523] stand das Wahlrecht zwischen Neuherstellung und Nachbesserung dem Unternehmer zu. Nur ausnahmsweise, wenn sich die Neuherstellung für den Besteller als unzumutbar erweise, sei der Unternehmer auf Nachbesserung beschränkt.

---

[519] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 1

[520] MünKomm/Soergel (12. Aufl.) § 633 Rn. 103 ff.; Larenz, II/1, § 53 II, S. 350, Esser/Weyers, SchR II/1, § 32 II 3 a, S. 260 f.; offenbar auch RGZ 107, 339 (344 f.); BGHZ 58, 7 (9); 96, 111 (122) (so verstand auch Erman/Seiler, § 633 Rn. 24, die Rechtsprechung)

[521] MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 633 Rn. 105

[522] MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 633 Rn. 105

[523] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 20; Staudinger/Peters, § 633 (13. Aufl.) Rn. 172; Igenstau/Korbion, VOB/B § 13, Rn. 480 ff. ; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), §633 Rn. 3; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 274 Rn. 76 a ; Palandt/Sprau (61. Aufl.), § 633 Rn. 5c; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 25 f.; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, § 12 Rn. 501; BGH BauR 1973, S. 313 (317); BGH BauR 1976, S. 430 (432); BGH BauR

Denn das Interesse des Bestellers könne im allgemeinen nur darauf gerichtet sein, ein mangelfreies Werk zu erhalten. Der Unternehmer schulde lediglich die fehlerfreie Herstellung des vereinbarten Erfolges. Wie er diesen herstelle, sei ihm freigestellt.[524] Dann dürfe der Unternehmer dieser Pflicht – je nachdem, was für ihn vorteilhafter sei – durch Neuherstellung oder Nachbesserung nachkommen. Nachbesserung müsse hierbei nicht immer der einfachere Weg sein.[525] Überdies stehe fest, daß der Unternehmer das Risiko des Fehlschlagens der Nacherfüllung trage. Folglich sei ihm ein Ermessensspielraum bei der Wahl zwischen Neuherstellung und Nachbesserung einzuräumen.[526]

4. Die Kosten der Nachbesserung

Die Kosten der Nachbesserung hatte der Unternehmer zu tragen. Dies ergab sich bereits aus der Erwägung, daß der Unternehmer die Herstellung des Werkes übernommen habe, d.h. das Herstellungsrisiko trage und ihm damit auch die Nachbesserung zur Last falle. § 633 II S. 2 BGB a.F., der auf § 476 a BGB a.F. verwies, stellte dies nochmals ausdrücklich klar. Den Unternehmer trafen daher die in § 476 a S.1 BGB a.F. genannten Aufwendungen wie Kosten für Transport, Wege, Arbeit und Material für die Nachbesserung.

Vom Unternehmer waren grundsätzlich sämtliche, also auch besonders hohe Kosten zu tragen, die etwa dadurch verursacht wurden, daß sich die zu reparierende Maschine an einem weit entfernten Ort befand, an den sie entsprechend dem bestimmungsgemäßen Gebrauch verbracht worden war (z.B. an der Nordsee zu reparierendes Boot liegt bestimmungsgemäß im Mittelmeer). Eine Ausnahme galt gemäß § 476 a S.2 BGB a.F., soweit sich die Sache außerhalb des Sitzes oder Wohnsitzes des Unternehmers oder eines Ortes befand, an den sie entsprechend dem bestimmungsgemäßen Gebrauch verbracht worden war. Anspruchsgrundlage für den Kosten-

---

1988, S. 82 (85); BGH NJW-RR 1998, S. 223
[524] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 25
[525] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 3
[526] Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 274, Rn. 76

erstattungsanspruch war in diesem Fall § 670 BGB a.F. analog.[527]

Dabei konnten zur Nachbesserung Vor- und Nacharbeiten erforderlich sein: Die Freilegung des Mangels, die Prüfung seiner Ursachen, die Schaffung der anderweitigen Voraussetzungen für dessen Behebung und die Beseitigung der Nachbesserungsspuren. Der BGH ordnete auch diese Maßnahmen der Nachbesserungspflicht zu und erlegte dem Unternehmer die Kostenlast auf.[528] So waren beispielsweise bei der Reparatur einer Rohrleitung die Kosten zu deren Freilegung durch Aufschlagen der Badezimmerwände und zu deren Wiederherstellung erfaßt[529]. Dagegen seien infolge des Mangels an anderen Rechtsgütern des Bestellers entstandene Schäden nicht von der Nachbesserungspflicht umfaßt und könnten nur Gegenstand eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruches sein.[530]

Der Grundsatz der Kostentragung des Unternehmers fand jedoch in zwei Fällen eine Einschränkung: Zum einen hatte der Besteller nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung die Kosten für Leistungen zu tragen, die der Unternaher nach der vertraglichen Vereinbarung nicht schuldete, sie aber zur ordnungsgemäßen Ausführung erforderlich waren und daher zusätzlich erbracht wurden („Sowieso-Kosten“).[531] Zum anderen hatte der Besteller die Kosten der Mangelbeseitigung insoweit zu tragen, als er den Mangel mitverursacht hatte.[532]

5. Die Einwendungen gegen den Nachbesserungsanspruch

Dem Nachbesserungsanspruch standen insbesondere zwei Einwendungen entgegen: Die *Unmöglichkeit* der Nacherfüllung, §§ 275 I BGB a.F., und die Einwendung des *unverhältnismäßigen* Aufwandes, § 633 II S. 3 BGB a.F. Daneben war auch im alten Recht bereits ein Entfallen der Leistungspflicht wegen *persönlicher Unzumutbarkeit* entsprechend den

[527] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 174
[528] Ebenso bereits BGHZ 58, 332 (338); 72, 31 (33); BGH NJW 1963, S. 805 (805 f.)
[529] BGH NJW 1963, S. 805 (806)
[530] BGHZ 96, 221 (225)
[531] BGH BauR 1997, 60 (62); 1976, 430 (432); BGHZ 90, 344; 91, 206 (211)

Regeln des Unmöglichkeitsrechts anerkannt.

Die *objektive Unmöglichkeit* der Leistung, § 275 I BGB a.F., wurde bejaht, wenn der Mangel durch technisch und rechtlich mögliche Maßnahmen nicht behoben werden konnte oder wenn die zur Beseitigung der Mangelfolgen geeigneten Maßnahmen die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werkes nicht unerheblich veränderten.[533]

Demgegenüber lag ein *unverhältnismäßiger Aufwand* vor, wenn der zu erzielende Erfolg nach Treu und Glauben in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür zu erwartenden Geldaufwandes stand und daher unzumutbar war.[534] Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung war demnach das Interesse des Gläubigers an der mangelfreien Leistung. Je größer die Nachteile für den Besteller waren, desto mehr an Aufwendungen zur Beseitigung des Mangels waren dem Unternehmer zumutbar. Bei der erforderlichen Abwägung mußten daher neben den Kosten der Mängelbeseitigung (Kosten in keinem vernünftigen Verhältnis zur Mängelbeseitigung)[535] die Unzumutbarkeit für den Besteller wegen Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit und ein Widerspruch zu seinen immateriellen Interessen berücksichtigt werden.[536] Allerdings war auch ein etwaiges Verschulden des Unternehmers an dem Mangel beachtlich[537].

Die Behandlung der *persönlichen Unzumutbarkeit* nach den Regeln des Unmöglichkeitsrechts war in gewissen Fallgruppen bereits im alten Recht

---

[532] BGHZ 90, 344
[533] BGH NJW 1981, 1448 (1448); NJW-RR 1989, S. 775 (776)
[534]BGH NJW 1973, S. 138 (139); RGRK/Glanzmann (12. Aufl.)§ 633 Rn. 25, Staudinger/ Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 186
[535] RGZ 99, 167; BGHZ 59, 365 (367f .); BGH NJW 1996, S. 3269 (3269 f.); Staudinger/Peters, (13. Aufl.), § 633 Rn. 187; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 633 Rn. 31
[536] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 186
[537] Bei Vorsatz des Unternehmers hinsichtlich des Mangels ist nach herrschender Ansicht (OLG Hamburg MDR 1974, S. 489; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 10; Erman/Seiler (10 Aufl.), § 633 Rn. 31; a.A.: Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 193: auch bei Vorsatz Leistungsverweigerungsrecht möglich) der Aufwand stets verhältnismäßig. Bei grober Fahrlässigkeit ist dagegen das Leistungsverweigerungsrecht nicht von vorneherein ausgeschlossen (Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 10; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 193; a.A.: OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, S.

anerkannt: So wurde die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung wegen Einberufung zum ausländischen Wehrdienst aufgrund der einschneidenden Sanktionen bei Verweigerung des Wehrdienstes bejaht[538]. Ebenso war das Entfallen der Leistungspflicht bei Unzumutbarkeit aus familiären Gründen (z.B. Niederkunft der Ehefrau[539] oder Lebensgefährtin[540] des Arbeitnehmers, eigene Hochzeit[541], goldenen Hochzeit der Eltern[542], schwere Erkrankung naher Angehöriger, insbesondere des Kindes[543]) anerkannt, wobei die dogmatische Begründung des Leistungsverweigerungsrecht nicht näher erörtert wurde.[544] Für eine Behandlung dieser Fallgruppen nach Unmöglichkeitsrecht sprachen sich auch Teile der Literatur[545] aus.

1167 (1167)

[538] BAG NJW 1983, 2782 ff.; Der Gedanke, daß in diesem Fall ein der „Unmöglichkeit gleichzusetzende Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung“ vorliegt, findet sich ebenso in einer Entscheidung des BAG vom 20.5.1998 (BAG AP § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung Nr. 9). Merkwürdigerweise wird hier zwar grundsätzlich die Ableitung eines Leistungsverweigerungsrechtes aus dem Recht der Unmöglichkeit ablehnt, dennoch aber im Rahmen der Prüfung des Kündigungsrechts ausdrücklich auf die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung Bezug nimmt, die der Unmöglichkeit gleichzustellen sei.

[539] BAG AP § 616 BGB Nr. 38

[540] BAG BZA 2002, S. 47

[541] BAG AP § 616 Nr. 35

[542] BAG AP § 616 Nr. 43

[543] BAG AP § 616 Nr. 48

[544] Man beschränkte sich auf die Folgefrage des Bestehenbleibens des Entgeltanspruches gemäß § 616 BGB.

[545] Zur Kriegsdienstverweigerung: Henssler, AcP 190, 538 (559); Misera, SAE 1983, S. 271 ff.; Winterfeld DAE 1990, S: 261 ff.; Kohte, Anmerkung zu BAG AP § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung Nr. 9; a.A.: Ortlepp, Anmerkung zu BAG AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 1 (Lösung über § 242 BGB); zur Unzumutbarkeit aus familiären Gründen: Kraft, Anmerkung zu BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 43; Trümmer, ArbuR 1993, S. 155 f.; v. Stebut, SAE 1993, S. 50 (151)

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Inwiefern die dargelegten Probleme im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches einer Umgestaltung des § 633 BGB a.F. erforderten, war umstritten.

Für eine gesetzliche Klärung der Fragen, welchen Inhalt der Mängelbeseitigungsanspruch habe und wem das Wahlrecht zustehe, sprach sich Weyers[546] aus.

Dagegen hielt Seiler[547] eine gesetzliche Klarstellung für überflüssig. Denn in der Lehre[548] und Rechtsprechung[549] sei es inzwischen allgemeine Meinung, daß es sich um einen einheitlichen Anspruch auf Mangelbeseitigung handele, dessen Ziel entweder durch Neuherstellung oder Nachbesserung erreicht werden könne. „Dies ist das Ergebnis und ein gewisser Schlußpunkt der jahrzehntelangen Bemühungen.“ Es handele sich um einen bewährten Rechtszustand.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht in Art. 3 III VbrKfRL die Rechte auf „unentgeltliche Nachbesserung“ oder „unentgeltliche Ersatzlieferung“ vor. Diese sind ebenfalls als ***Erfüllungsansprüche*** konzipiert, indem sie den Verkäufer verpflichten, die vertraglich geschuldete Leistung nachträglich zu erbringen. Sie stellen wie im alten Werkvertragsrecht primäre Rechtsbehelfe dar. Nur ausnahmsweise soweit die primären Rechtsbehelfe unverhältnismäßig sind, kann zu den Sekundäransprüchen übergegangen werden, Art. 3 III S.1, 2.Hs. VbrKfRL.

---

[546] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd.II, S. 1115 (1162, 1168)
[547] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (268), ebenso spricht sich Peters, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (291), für eine Beibehaltung der Regelung in § 633 II BGB a.F. aus.
[548] Staudinger-Peters, § 633 Rn. 164 ff., 17 ff.; Erman-Seiler, § 633 Rn. 2, 25 ff.
[549] BGHZ 96, 111

Seinem ***Inhalt*** nach ist der Rechtsbehelf in die „unentgeltliche Nachbesserung“ und die „unentgeltliche Ersatzlieferung“ ausdifferenziert. Formal stehen also Ersatzleistung und Instandsetzung als primäre Rechtsbehelfe gleichwertig nebeneinander.

Die Frage des ***Wahlrechts unter den verschiedenen Rechtsbehelfen*** wurde zunächst in den Konsultationen zum Grünbuch kontrovers beurteilt. Der Vorschlag des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, das Wahlrecht dem Verbraucher zuzubilligen, sofern dieses nicht aus Händlersicht wirtschaftlich unvertretbar sei[550], fand schließlich die Zustimmung des Europäischen Parlamentes[551], der Kommission[552] und – nach langer Diskussion – auch diejenige des Europäischen Rates[553]. Demgemäß formuliert Art. 3 III S. 1 HS 1 VbrKfRL: „Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen“.

Ein Korrektiv in Form einer ***Einrede*** bildet der verkäuferschützende Verhältnismäßigkeitsmaßstab: „sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist“. Daher kann der Verkäufer unter Berufung auf den bei ihm entstehenden Kostenaufwand die Art der Erfüllung oft selbst bestimmen. In welchem Umfang dem Verbraucher das Wahlrecht tatsächlich zusteht, ist demnach eine Frage der Auslegung des Verhältnismäßigkeitskriteriums.[554] Das Verhältnismäßigkeitskriterium ist das Pendant zu dem im alten Recht bestehenden Leistungsverweigerungsrecht in § 275 I BGB a.F. und § 633 II BGB a.F.: Der Anspruch ist gemäß Art. 3 III S.1 VrbKfRL bei Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung oder Ersatzlieferung ausgeschlossen. Es handelt sich in der Richtlinie um anspruchsausschließende negative Tatbestandsvoraussetzungen und nicht um eine Einrede. Bedeutend für die im Anschluß zu behandelnde Diskussion in der Schuldrechtsreform sind die in der Richtlinie

[550] Abl.EG 1997/C 66 vom 3.3.1997, S. 5 (9)
[551] Abl. EG 1998/C 333 vom 30.10.1998, S. 46 (49)
[552] Abl. EG 1998/C 148 vom 14.5.1998, S. 12(17)
[553] Abl. EG 1998/C 333 vom 30.10.1998, S. 46 (49)
[554] So Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 104; Tonner BB 1999, S. 1769 (1771)

aufgeführten, auf den gemeinsamen Standpunkt des Europäischen Rates[555] zurückgehenden Kriterien zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit:

„Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,
- unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und
- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte,

verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.“[556]

Des weiteren sieht Art. 3 III S.3 VbrKfRL für die Durchführung der primären Rechtsbehelfe weitere Voraussetzungen vor: „Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muß innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigt, zu berücksichtigen sind.“ Diese gesetzliche Anordnung entspricht im wesentlichen den §§ 633, 634 BGB a.F., ebenso wie den Art. 46 bis 48 CISG.[557]

Ziel der Verbraucherrechte ist es, daß der Käufer ein vertragskonformes Verbrauchsgut erhält. Dabei stellen Art. 2 II und III VbrKfRL bereits hinreichend klar fest, daß dies ***unentgeltlich*** zu geschehen habe. Um diesbezüglich jegliche Zweifel auszuschließen, regte das Europäische Parlament in erster und zweiter Lesung an, die wichtigsten Kostengruppen als zu Lasten des Verkäufers anfallend zu normieren[558]. Daher wurde in Art. 3 IV VbrKfRL näher bestimmt, was die Verpflichtung zur Unentgeltlichkeit bedeutet: „Der Begriff ´unentgeltlich´ in den Absätzen 2 und 3 umfaßt die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des

[555] Abl. EG 1998/C 333 vom 30.10.1998, S. 46 (49)
[556] Zur Kritik an diesen Kriterien vgl. Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 105
[557] Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 113 ff.
[558] Abl.EG 1998/C 104 vom 6.4.1998, S. 30 (36) und Abl. EG 1999/C 98 vom 9.4.1999, S. 226 (228)

Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.“

II. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

Die im alten Recht bestehende Frage, ob und bis zu welchem Zeitpunkt dem Besteller ein ***Anspruch auf Neuherstellung*** zustehe, griff Weyers in seinem Gutachten auf. Nach seinem Gesetzesvorschlag für § 634 IV BGB-neu kann der Unternehmer den Mangel durch Neuherstellung oder durch Nachbesserung beheben. Hierbei wurden Neuherstellung und Nachbesserung als Bestandteile eines einheitlichen Anspruches auf „Behebung des Mangels“ angesehen. Für eine solche Neukonzeption spreche, daß, solange die Frist gemäß § 634 I BGB a.F. nicht gesetzt sei, der Besteller möglichst ein vertragsgemäßes Werk bekommen solle. Dies müsse im Rahmen des Möglichen geschehen, wie es beiden Teilen zumutbar sei. Der Abnahme komme damit nicht mehr die Bedeutung einer scharfen Zäsur zwischen Neuherstellung und Nachbesserung zu. [559]

Das Gutachten von Weyers nahm hinsichtlich der Voraussetzungen des Mangelbeseitigungsanspruches eine Änderung gegenüber dem alten Recht vor. Dieser wurde unter die zusätzliche Voraussetzung der Zumutbarkeit der Nachbesserung oder Neuherstellung für den Besteller gestellt, § 633 IV S.1 BGB-neu. Die Behebung durch den Unternehmer gelte auch dann als unzumutbar, wenn sich der Unternehmer damit im Verzug befinde, § 633 IV S.2 BGB-neu. [560] Dieses Kriterium der „Unzumutbarkeit“ kritisierte Köhler[561], da es der Rechtssicherheit nicht förderlich sei. Vielmehr solle an der Abnahme als eindeutiger Zäsur festgehalten werden. Ab diesem Zeitpunkt solle – wie bisher – die Neuherstellung ausgeschlossen sein.

Auch die Frage, wem das ***Wahlrecht*** zwischen Neuherstellung und Nachbesserung zustehe, beantwortete Weyers, allerdings ohne nähere

---

[559] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1162)
[560] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1186)
[561] Köhler, NJW 1984, S. 1841 (1846)

Begründung: Dieses stehe dem Unternehmer zu.

Hinsichtlich der Frage der ***Kostentragung*** hielt Weyers an der alten Rechtslage fest. Der Unternehmer habe gemäß § 633 S.1 III BGB-neu alle zum „Zwecke der Behebung des Mangels erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen". Die Verweisung des § 633 III S.2 BGB a.F. auf § 476 a BGB wurde von Weyers durch eine entsprechende Ausformulierung in § 633 III BGB-neu ersetzt. Auch die Ausnahme von dieser umfassenden Kostentragung durch den Unternehmer wurde in § 633 III S.2 BGB-neu übernommen: „Dies gilt nicht, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil das Werk nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Bestellers verbracht worden ist." Schließlich wurde die von der Rechtssprechung vertretene Ansicht hinsichtlich der mit der Nachbesserung verbundenen anderweitigen Schäden an Sachen des Bestellers in den Gesetzesvorschlag aufgenommen (s.S. 151). So formuliert § 633 III S.3 BGB-neu: „Sind mit der Behebung des Mangels notwendig Schäden verbunden, so hat der Unternehmer diese ebenfalls zu beseitigen oder Ersatz dafür zu leisten."[562]

Ferner sollte nach Weyers´ Entwurf zu § 633 VI BGB-neu der Anspruch auf Behebung des Mangels ausgeschlossen sein, wenn die Behebung einen ***unverhältnismäßigen*** Aufwand erforderte.[563]

b. Das Gutachten von Keilholz

Keilholz hielt an der Regelung des § 633 I und II BGB a.F. fest. Insbesondere sei weiterhin der Nachbesserungsanspruch aus § 633 II BGB a.F. als ***modifizierter Erfüllungsanspruch*** anzusehen.[564]

Hinsichtlich des ***Inhaltes des Nachbesserungsanspruches*** § 633 II BGB a.F., folgte Keilholz - im Gegensatz zu Weyers - der herrschenden Ansicht

[562] Weyers verweist hier auf BGH NJW 1963, S. 805 (805) s.o.
[563] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1186); eine nähere Umschreibung des Kriteriums der Unverhältnismäßigkeit unterbleibt jedoch.
[564] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (282)

zum alten Recht: Nach der Abnahme könne gemäß § 633 II BGB a.F. nur Nachbesserung verlangt werden, Neuherstellung sei dagegen ausgeschlossen. Denn der Besteller habe das Werk im wesentlichen als vertragsgerecht abgenommen. Die von Weyers vorgeschlagenen Regelungen seien zu weich, wenn sie von vorneherein auf die Zumutbarkeit abstellten. Gerade im Gewährleistungsrecht müsse es strikte Regelungen geben. Nur für Ausnahmesituationen dürfe auf § 242 BGB a.F. zurückgegriffen werden.[565]

c. Das Gutachten von Teichmann

Teichmann äußerte sich nur zu der Frage nach dem ***Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruches***. Weyers folgend stellte er fest, daß Neuherstellung und Nachbesserung zwei Ausformungen des Mängelbeseitigungsanspruches seien. Beide sollten als dogmatisch gleichwertig und grundsätzlich gleichartig nebeneinander stehen. Der Abnahme komme hierbei keine „Konkretisierungsfunktion“ zu, d.h. sie führe nicht zum Ausschluß des Neuherstellungsanspruches. Es sei nämlich schwer nachvollziehbar, warum der Besteller, der nach Abnahme einen vorher nicht erkennbaren und nicht behebbaren Mangel entdecke, seinen Erfüllungsanspruch verlieren und auf die Wandelung angewiesen sein sollte. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Unternehmers, seine Neuherstellungsverpflichtung scheide bei einem solchen Mangel aus, bestehe nicht.[566] Darüber hinaus müsse der Tatsache Rechnung getragen werden, daß bei zahlreichen Werken eine Abnahme nicht erfolge und bei unkörperlichen Werken eine Abnahme nicht möglich sei. Die Vollendung als das gesetzliche Substitut, § 646 BGB a.F., vermöge diese Aufgabe ebenso nicht zu erfüllen. Sie setze die Mängelfreiheit des Werkes nicht voraus und schließe damit auch den Mängelbeseitigungsanspruch nicht aus. Daher sei richtigerweise wie im Reisevertragsrecht (§§ 651 d, 651 e II S.2 BGB a.F. bzw. § 651 II S.1 BGB a.F.), auf die Unmöglichkeit der

---

[565] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (282 f.)

[566] Ebenso Brandner, in: 55. DJT/II, S. I 7 (I 12); a.A.: Köhler, NJW 1985, S. 945 (946): Es bestehe sehr wohl ein berechtigtes Interesse des Unternehmers daran, nach der Abnahme seine weiteren geschäftlichen Dispositionen (Abnahme und Terminierung weiterer Arbeiten; Arbeiter und Materialeinsatz) darauf einrichten zu können, daß ihn nur noch die

Beseitigung oder das Verstreichenlassen einer Frist abzustellen.[567]

Auch bezüglich des Verhältnisses dieser beiden Teilansprüche sei Weyers beizupflichten: Wie der Anspruch auf die Beseitigung des Mangels selbst den Grenzen der ***Zumutbarkeit*** nach § 633 II S.2 BGB a.F. unterliege, so müsse dies in gleicher Weise für dessen Ausformungen „Nachbesserung" und „Neuherstellung" gelten.[568]

Das ***Wahlrecht*** zwischen den beiden Teilansprüchen stand nach Teichmann dem Unternehmer zu. Denn er habe versprochen, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, also müsse es ihm auch überlassen bleiben, wie er diesen erreiche. Prozessual sei dies derart zu handhaben, daß der Besteller auf Beseitigung der im einzelnen bezeichneten Mängel klage. Dem Erfordernis nach vollstreckungsfähiger Bestimmtheit sei durch die genaue Bezeichnung des Leistungserfolges genüge getan, auch wenn dem Schuldner nicht die Wahl zukomme, zwischen verschiedenen Leistungshandlungen zu wählen. Soweit der Erfolg durch eine vertretbare Handlung herbeigeführt werden könne, sei ein Titel, der dem Unternehmer die Beseitigung der Mängel auferlege, trotz des bestehenden Wahlrechts, gemäß § 887 ZPO vollstreckbar.[569]

d. Das Gutachten von Basedow

Basedow[570] betonte in seinem Gutachten zum Kaufrecht, daß der Nachlieferungs- und der Nachbesserungsanspruch Erfüllungsansprüche seien, die außerhalb der klassischen ädizilischen Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts stünden. Es handele sich um eine zeitliche Erstreckung des ***primären Erfüllungsanspruches*** über den Zeitpunkt des Gefahrenüberganges hinaus.

Pflicht zur Nachbesserung, nicht aber mehr zur Neuherstellung treffen könne.

[567] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 58 f.); zustimmend: Thomas, in: ZIP 1984, S. 1046 (1048)

[568] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 58)

[569] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 58)

e. Das Gutachten von Huber

Nach Huber ***beinhaltete*** der „Anspruch auf Behebung des Mangels“ zwar ***Nachbesserung und Neuherstellung***, § 633 a I S. 1 BGB-neu, wobei der Neuherstellungsanspruch mit dem ***ursprünglichen Erfüllungsanspruch*** identisch sei. Nach Abnahme sei jedoch der Anspruch auf Neuherstellung ausgeschlossen, § 633 a I S.3 BGB-neu. Denn durch die Abnahme trete eine Konkretisierung der Leistungspflicht auf das abgenommene Werk mit der Folge ein, daß der Besteller jetzt nicht mehr Neuherstellung, sondern nur noch Nachbesserung verlangen könne. Denn wenn der Besteller das Werk als im wesentlichen vertragsgemäß anerkenne, könne der Unternehmer davon ausgehen, daß völlige Neuherstellung nicht mehr verlangt werde.[571]

Daß das ***Wahlrecht*** zwischen Neuherstellung und Nachbesserung dem Unternehmer zustehe und dieser auch die ***Kosten der Mängelbeseitigung*** zu tragen habe, stellte Huber in seinem Gesetzesvorschlag durch entsprechende Regelungen in § 633a II und III BGB-neu klar. [572]

2. Der Kommissionsentwurf

Der Kommissionsentwurf regelte die Verpflichtung des Unternehmers zur mangelfreien Leistung in einer gesonderten Norm, § 632 BGB-KE. § 635 BGB-KE enthielt das Recht, Nacherfüllung zu verlangen.

Nach § 635 I S.1 BGB-KE war der ***Mängelbeseitigungsanspruch*** seinem ***Inhalt*** nach auf Nachbesserung oder Neuherstellung gerichtet. Hierbei berief sich der Kommissionsentwurf auf die seiner Ansicht nach einhellige Meinung in Rechtsprechung (BGHZ 96, 111 (118)) und Literatur (s.S. 143 ff., 146). Diese Auffassung solle in der Neuregelung zum Ausdruck kommen. Daher verwende § 635 I S.1 BGB-KE den Oberbegriff „Nacherfüllung“ und nicht wie bisher „Beseitigung des Mangels“. In § 635 I S.2 BGB-KE wurden sodann die beiden Arten der „Nacherfüllung“,

---

[570] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 63
[571] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (901)
[572] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (901)

Neuherstellung und Mängelbeseitigung, genannt.[573] Gegen die Einführung des Begriffes der „Neuherstellung“ sprach sich *Seiler*[574] aus. Der Begriff komme in der bisherigen privatrechtlichen Gesetzessprache nicht vor und sei auch kein gängiger Ausdruck aus den Kommentaren und Lehrbüchern. Es handele sich um einen überflüssigen Terminus ohne eigenen Erkenntniswert und verstoße damit gegen den Grundsatz des ökonomischen Umganges mit Rechtsnormen und Rechtsbegriffen.[575] Auch führe eine Unterscheidung zwischen Neuherstellung und Mängelbeseitigung zu Abgrenzungsproblemen. Eine trennscharfe Differenzierung zwischen beiden Arten sei nicht möglich. Der Gesetzeswortlaut solle besser – wie bisher – auf das allgemeine Ziel der Mängelbeseitigung abstellen.[576]

Nach dem Kommissionsentwurf sollte, wie dies bereits Weyers gefordert habe, das ***Wahlrecht*** nicht dem Besteller, sondern dem Unternehmer zustehen. Denn der Besteller habe nur ein Recht auf sachmangelfreie Herstellung. Ob dies jedoch durch Nachbesserung oder Neuherstellung geschehe, sei für ihn ohne Bedeutung. Sei die eine oder andere Art der Erfüllung für ihn unzumutbar, könne er auch ohne ausdrückliche Klarstellung im Gesetzestext nach Treu und Glauben die Annahme der angebotenen Leistung verweigern. Ferner werde so dem Besteller das Risiko genommen, die falsche Wahl zu treffen. Zudem besitze der Unternehmer in der Regel die größere Sachkunde, weshalb er leichter die erforderliche Nacherfüllungsart auswählen könne.[577]

Auch der Kommissionsentwurf sah in § 635 II BGB-KE vor, daß der Besteller die zur Mängelbeseitigung erforderlichen ***Kosten*** zu tragen habe. Diese Bestimmung entspreche dem alten Recht (§§ 633 II S. 2 , 476 a S.1 BGB a.F.), die Verwendung des Begriffes „Aufwendung“ anstelle von

---

[573] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 252 f.; zustimmend: Haas NJW 1992, S. 2389 (2392); Brüggemeier, in: 60. DJT/II/1, S. K47 (K 91)
[574] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (268)
[575] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (268)
[576] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (268f.)
[577] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 252 f.; zustimmend: Haas NJW 1992, S.

„Aufwand“ solle in der Sache nichts ändern. Demgegenüber wurde von einer § 476 a S.2 BGB a.F. entsprechenden Vorschrift abgesehen. Der Regelungsgehalt dieser Bestimmung wurde durch § 635 BGB-KE aufgefangen. Ferner bedürfe es keiner Normierung der Pflicht zur Tragung der bei der Vorbereitung oder im Anschluß an die Nachbesserung entstehenden Kosten. Hier könne auf die Rechtsprechung, insbesondere BGHZ 96, 221 (225), verwiesen werden.

Der Kommissionsentwurf sah ebenfalls in § 635 III BGB-KE eine ***Einrede*** des Unternehmers vor, wenn die Nacherfüllung nur „mit unverhältnismäßigen Aufwendungen“ möglich ist. Nach der Begründung des Kommissionsentwurfes ergab sich jedoch bereits aus der allgemeinen Vorschrift des § 275 BGB-KE, daß der Unternehmer nicht zur Nacherfüllung verpflichtet sei, soweit und solange sie ihm nicht möglich oder zumutbar sei. Diese Regelung stimme inhaltlich mit § 633 II S.3 BGB a.F. überein. Zwar sei dort eine Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer nur vorgesehen, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand koste. Allerdings habe die bisherige Rechtsprechung (BGH NJW 1973, 138, 139) die Unverhältnismäßigkeit insbesondere dann bejaht, wenn die Mängelbeseitigung nach Treu und Glauben nicht zumutbar sei. Es sei daher sachgerecht, das im allgemeinen Leistungsstörungsrecht enthaltene Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners ebenso auf den Nacherfüllungsanspruch anzuwenden.[578] Hierher gehörten nach dem Kommissionsentwurf des weiteren die Fälle, in denen der Mangel des Werkes auf dem Verschulden eines Lieferanten des Unternehmers beruhe und dieser die Mangelhaftigkeit des Werkes deshalb nicht zu vertreten habe. Hier sei dem Unternehmer eine Nacherfüllung regelmäßig nicht zumutbar. Auch bisher sei das Verschulden im Rahmen der bei § 633 II S.3 BGB a.F. durchzuführenden Abwägung berücksichtigt worden.[579] Hiergegen wurde eingewandt, ein so weitgehendes Leistungsverweigerungsrecht stimme mit der Gesetzessystematik nicht überein: Schließlich sei der Unternehmer

---

2389 (2392)
[578] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 253 f.
[579] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 253 f.

gemäß §§ 631 I, 633 I BGB a.F. zur Herstellung des vertragsgemäßen Werkes verpflichtet. Er trage das Risiko des Fehlschlagens seiner Leistungsbemühungen. Selbst wenn der Unternehmer den Mangel nicht zu vertreten habe, könne er daher zur Nacherfüllung verpflichtet sein, sofern der Besteller ein hinreichend gewichtiges Interesse an der Vertragserfüllung habe.[580] Daneben ergänze § 635 III BGB-KE (Leistungsverweigerungsrecht bei unverhältnismäßigen Aufwendungen) lediglich die allgemeine Norm des § 275 BGB-KE. Nach der Begründung des Kommissionsentwurfes sollte diese Norm eingreifen, wenn die Nacherfüllung zwar noch zumutbar, die Aufwendungen aber unverhältnismäßig seien.[581] Eine nähere Erläuterung, welche Fallgruppen hierbei gemeint sind, liefert der Kommissionsentwurf jedoch nicht.

3. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf sah ebenfalls einen einheitlichen, auf Neuherstellung oder Nachbesserung gerichteten Nacherfüllungsanspruch vor, § 634 I BGB-DiskE.

Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf enthielt der Diskussionsentwurf keine Regelung bezüglich der Frage, wem das ***Wahlrecht*** zwischen den beiden Arten der Neuherstellung zustehe. Der Begründung ist jedoch zu entnehmen, daß dieses dem Besteller zuzuordnen sei. Insoweit wich der Diskussionsentwurf von den Kommissionsvorschlägen ab. Grund hierfür war, daß auch § 437 I BGB-DiskE das Wahlrecht dem Käufer zugestand, welcher wiederum auf Artikel 3 III S.1 VbrKfRL zurückging. Daneben entspreche es zwar primär dem Interesse des Bestellers, eine mangelfreie Sache zu bekommen, unabhängig davon, wie dieses Ziel durch den Verkäufer erreicht werden könne. Es sei aber die Pflichtverletzung des Unternehmers, die dazu geführt habe, daß der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden könne. Dann sei es sachgerecht, dem Besteller

---

[580] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 21; ebenso trägt Sienz, BauR 2002, S. 181 (187), Bedenken gegen eine so weitgehende Anwendung des Leistungsverweigerungsrechtes vor.; dagegen zustimmend Preussner: BauR 2002, S. 231 (234 f.)

[581] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 254 f.

das Wahlrecht zu überlassen, auf welche Weise doch noch das Vertragsziel erreicht werden könne. Insbesondere müsse es der Beurteilung des Bestellers überlassen bleiben, inwiefern er sich auf Nachbesserungsversuche eines inzwischen möglicherweise als unzuverlässig erkannten Unternehmers einlassen möchte. Gegen Mißbräuche des Wahlrechts, z.B. ein schikanöses Verlangen von Nachlieferung trotz mit einfachsten Mitteln einwandfrei zu bewirkender Reparatur, sei der Unternehmer durch die Möglichkeit der Verweigerung der Nacherfüllung gemäß § 634 III BGB-DiskE hinreichend geschützt.[582]

Gegen diese Argumentation wandte sich Seiler[583]. Die Begründung des Diskussionsentwurfes, nämlich eine Art Bestrafung des Verkäufers/ Bestellers dafür, daß er im ersten Anlauf versagt habe, überzeuge nicht. Im Werkvertragsrecht bliebe es auch nach dem ersten Fehlschlagen der vollständigen Erfüllung dabei, daß der Unternehmer, anders als der Besteller, in aller Regel der Fachmann sei, der jedenfalls in diesem Stadium noch die Herrschaft über den Produktionsvorgang behalten solle. Auch dürfe man ihm nicht von vorneherein schlechte Absichten unterstellen. Ferner verwirre die in § 634 III BGB-DiskE im Rahmen des Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers getroffene Formulierung „die vom Besteller gewählte Nacherfüllung“. Hieraus könnte man folgern, daß ein Zwang zur Wahl zwischen einer Art der Nacherfüllung bestehe, was jedoch falsch sei. Vielmehr stehe dem Unternehmer das Leistungsverweigerungsrecht bezüglich jeder beanspruchten Mängelbeseitigung zu, unabhängig davon, welche Art der Besteller gewählt habe. Demgegenüber sei die schlichte Fassung des § 633 II S. 3 BGB a.F. vorzuziehen.

Hinsichtlich der ***Einreden*** stimmte der Diskussionsentwurf mit dem Kommissionsentwurf wörtlich überein: Der Unternehmer könne die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit „unverhältnismäßigen Auf-

[582] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 316 f. und 267
[583] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (269); ebenso kritisch: Roth, JZ 2001, S. 543 (548f.)

wendungen möglich ist“, § 634 III S.1 BGB-DiskE.[584] Darüber hinaus enthielt § 634 III S.2 BGB-DiskE Kriterien zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit: Zu berücksichtigen seien der Wert des Werkes im mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage, ob auf die andere Form der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Besteller zurückgegriffen werden könne. Diese Kriterien gingen auf Art. 3 II S.2 VbrKfRL zurück. *Seiler*[585] lehnte den Rückgriff auf diese Kriterien ab, da sie in der Kürze kaum verständlich, teilweise nahezu inhaltslos oder selbstverständlich seien. Statt dessen schlug er vor, entweder ganz auf Beispiele zu verzichten oder sie anhand der Judikatur konkreter und einsichtiger zu formulieren.

4. Der Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf ordnete im Anschluß an den Kommissionsentwurf das ***Wahlrecht*** wieder dem Unternehmer zu. Denn die gegenteilige Entscheidung beim Kaufvertrag zugunsten des Käuferwahlrechtes, § 439 I BGB-RE, beruhe im wesentlichen auf den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Da § 651 BGB-RE jedoch alle der Richtlinie unterfallende Werkverträge dem Kaufrecht unterstelle, bestehe insoweit keine unmittelbare Umsetzungsverpflichtung im Werkvertragsrecht mehr. Ohnehin sei die Interessenlage beim Werkvertrag eine andere als beim Kaufvertrag. Schließlich müsse beim Werkvertrag das Werk selbst erst noch hergestellt werden; der Werkunternehmer sei viel enger mit dem Produktionsprozeß verbunden als der Verkäufer. Daher solle ihm auch das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung zugestanden werden. In der weiteren Begründung folgte der Regierungsentwurf dem Kommissionsentwurf: Der Unternehmer könne aufgrund seiner größeren Sachkunde leichter die Maßnahmen bestimmen, und das Bestellerinteresse gehe lediglich auf den Erfolg der Herstellung des mangelfreien Werkes.[586]

---

[584] Im KonDiskE wird der Begriff „Aufwand“, ohne daß ein Grund ersichtlich ist, durch „Kosten“ ersetzt. Hierzu kritisch: Peters, NZBau 2002, S. 113 (118)

[585] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (269)

[586] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 908

Hinsichtlich des ***Leistungsverweigerungsrecht*** in § 635 Abs. 3 BGB-RE enthielt die Begründung zudem Hinweise zur Bestimmung des Rechtsbegriffes der „*unverhältnismäßigen Kosten*“. Es wurde festgestellt, daß diese Regelung inhaltlich mit § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a.F. übereinstimme. Eine Unverhältnismäßigkeit sei insbesondere gegeben, wenn die Mängelbeseitigung dem Unternehmer nach Treu und Glauben unzumutbar sei. Insbesondere seien Fälle erfaßt, in denen der Mangel des Werkes auf einem Verschulden des Lieferanten beruhe und der Unternehmer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten habe. [587]

Ebenso ergab sich aus der Regierungsbegründung, daß die Einwendungen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung, § 275 Abs.1 BGB-RE, der Unzumutbarkeit der Leistungserbringung wegen *unverhältnismäßigen Aufwandes* der Leistung, § 275 Abs. 2 S. 1 BGB-RE, sowie der *persönlichen Unzumutbarkeit*, § 275 Abs. 2 S. 2 BGB-RE, ebenfalls auf den Nacherfüllungsanspruch anwendbar seien. Zur näheren Bestimmung des Begriffes des „*unverhältnismäßigen Aufwandes*“ wurde dabei darauf hingewiesen, daß mit „Aufwand“ sowohl Aufwendungen in Geld als auch persönliche Anstrengungen gemeint seien und dieser allein an dem Leistungsinteresse des Gläubigers und nicht etwa am Interesse des Schuldners (z.B. Vertragspreis oder persönlichen Belangen wie Gewissensbedenken, familiären Belastungen) zu messen sei. Hierbei müsse das Mißverhältnis „grob“ sein, d.h. ein besonders krasses, nach Treu und Glauben untragbares Ausmaß erreicht haben. Zur Frage, wann eine *persönliche Unzumutbarkeit* vorliegt, wurde darauf verwiesen, daß eine solche nur im Falle einer persönlichen Leistungspflicht in Betracht komme. Als Beispiel wurde der Fall der Sängerin genannt, die sich weigere aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt sei, sowie der Fall des Arbeitnehmers, der seine Arbeit nicht verrichten könne, weil er zum Wehrdienst einberufen sei und bei Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen müsse. Ebenso gehörten hierher Fälle, in denen dem Schuldner die Leistungspflicht unter Beachtung der Leistungsinteressen des Gläubigers nicht zugemutet werden könne (z.B. während der Arbeitszeit notwendige

[587] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 908

Arztbesuche, notwendige Versorgung schwerwiegende erkrankter Angehöriger sowie Ladung zu Behörden und Gerichtsterminen). Diese Fallgruppe sei bereits nach altem Recht „analog § 323 BGB“ behandelt worden und der subjektiven Unmöglichkeit gleichgestellt worden (BAG NJW 1983, S. 2782 (2784). [588]

Schließlich äußerte sich der Regierungsentwurf auch zu der Frage, ob dem Unternehmer ein ***teilweises Leistungsverweigerungsrecht*** zustehe. Fraglich sei nämlich, wie es sich verhalte, wenn nur die eine Variante der Nacherfüllung unmöglich sei oder verweigert werden könne. In der Begründung zum Regierungsentwurf hieß es diesbezüglich, daß sich bei § 635 BGB-RE, abweichend vom Kaufrecht, „die Unmöglichkeit bzw. Einreden aus § 275 Abs. 2 bzw. § 635 Abs. 3 [...] von vorneherein auf den Nacherfüllungsanspruch insgesamt und nicht auf die einzelnen Arten der Nacherfüllung beziehen, weil der Anspruch des Bestellers nur auf Nacherfüllung, nicht aber auf eine ihrer Arten gerichtet ist.“[589] Dies bedeutete wohl, daß, wenn nur eine Form der Nacherfüllung verweigert werden könne oder unmöglich sei, die andere geschuldet werde. Der Unternehmer könne sich seiner Pflicht zur Nacherfüllung nicht dadurch entziehen, daß er sich für eine unverhältnismäßige Variante entscheidet.[590]

5. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses

Die Beschlüsse des 6. Ausschusses nahmen in § 635 III BGB-RA lediglich eine Klarstellung, dahingehend vor, daß neben der werkvertraglichen Einrede der „unverhältnismäßigen Kosten“ auch diejenige des unverhältnismäßigen Aufwandes sowie der persönlichen Unzumutbarkeit aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht dem Nacherfüllungsanspruch entgegengehalten werden kann: „Der Unternehmer kann die Nacherfüllung *unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3* verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist“.

---

[588] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 661 ff.
[589] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 909
[590] Ebenso Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 435, Rn. 32; Haas/ Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, Neues SchR, S. 299, Rn. 17; ebenso: Lampe/ Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (631)

Daneben wurden die Kriterien zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit aus Art. 3 II S.2 VbrKfRL in § 635 III BGB-RA wieder gestrichen.[591]

[591] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 524

V. Das neue Recht

1. Beibehaltung der alten Rechtslage

In der Sache hat sich hinsichtlich der ***Einreden*** gegen diesen Anspruch nichts geändert.

Zunächst ist der Anspruch auf Mängelbeseitigung ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist, *§ 275 I BGB n.F*[592]. Damit sind die bereits im alten Recht als „echte Unmöglichkeit" bezeichneten Fälle der physischen und rechtlichen Unmöglichkeit erfaßt[593], die insbesondere bei unkörperlichen Werken wie Veranstaltungen oder Beförderungen begegnet. Zwar wird in § 635 III BGB n.F nicht § 275 I BGB n.F. genannt, jedoch erklärt sich die Beschränkung der Bezugnahme auf § 275 II und III BGB n.F. daraus, daß § 635 BGB III BGB n.F. ein Leistungsverweigerungsrecht regelt, im Falle des § 275 I BGB n.F. der Erfüllungsanspruch hingegen automatisch (rechtsvernichtende Einwendung) entfällt.[594]

Daneben besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Nacherfüllung aus persönlichen, nicht „monetären" Gründen dem Unternehmer unzumutbar ist, *§§ 635 III, 275 III BGB n.F*. Diese Fallgruppe wurde bereits nach altem Recht als Unmöglichkeit mit der Folge des Entfallens der Leistungspflicht behandelt (s.S. 151 f.).[595] Erforderlich ist, wie die Regierungsbegründung zeigt, daß die Leistung persönlich zu erbringen ist (s.S. 168), was insbesondere der Fall sein wird, wenn auf die Person des Schuldners ein hoher Wert gelegt wird, weil er über besondere Fertigkeiten verfügt oder ihm ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wird.[596] Diese Variante hat im Werkvertragsrecht anders als im Dienstvertrags-

---

[592] Theoretisch ist auch ein Unvermögen denkbar, jedoch ist dieses nicht bereits bei wirtschaftlicher Überforderung oder wenn der Betrieb zwischenzeitlich aufgegeben wurde, anzunehmen (Staudinger/Peters (2003), § 635 Rn. 5).
[593] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, S. 91
[594] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 14 ff.; Voppel, BauR 2002, S. 843 (850); Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 434 Rn. 29; Staudinger/Peters (2003), § 635 Rn. 5;
[595] Soergel/Wiedemann (12. Aufl.), § 275 Rn. 41
[596] Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap 2 Rn. 81

recht nur geringe Bedeutung.[597] Sie kommt etwa zur Anwendung, wenn die Nachholung eines Konzertes der Sängerin wegen Krankheit ihres Kindes unzumutbar ist.[598]

Ebenso steht dem Unternehmer gemäß *§ 635 III BGB n.F.* ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn die Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Zur Auslegung des Verhältnismäßigkeitskriteriums kann auf die Kriterien der europäischen Richtlinie zurückgegriffen werden (s.S. 124): Maßgeblich sind, der Wert des Werkes im mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage, ob auf die andere Form der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Besteller zurückgegriffen werden kann. Zwar wurden diese Kriterien, die der Diskussionsentwurf in den Gesetzeswortlaut übernahm (s.S. 166 f.), wieder durch die Beschlüsse des 6. Rechtsausschusses gestrichen (s.S. 169 f.). Hiermit sollte jedoch keine Änderung der Rechtslage einhergehen. Vielmehr verzichtete der Gesetzgeber, wie dies bereits Seiler forderte (s.S. 166 f.), um der Kürze und Prägnanz des Gesetzeswortlautes willen auf die nähere Bestimmung des Verhältnismäßigkeitsbegriffes. Damit entspricht § 635 III BGB n.F. der Regelung des § 633 II S.3 BGB a.F., was der Regierungsentwurf ausdrücklich betont (s.S. 168), so daß die zu dieser Norm ergangene Rechtsprechung herangezogen werden kann (s.S. 151).

Schließlich kann der Unternehmer die Leistung gemäß *§§ 635 III, 275 II BGB n.F.* verweigern, wenn der hierfür erforderliche Aufwand in einem groben Mißverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Bestellers steht. Wie der Begründung des Regierungsentwurfes (s.S. 168) zu entnehmen ist, ist hierbei als Aufwand auf Geld sowie persönliche Anstrengungen abzustellen und ist dieser allein am Leistungsinteresse des Gläubigers zu messen. Erforderlich ist ein krasses Mißverhältnis zwischen Aufwand und Leistungsinteresse. Welcher Anwendungsbereich im Verhältnis zu § 635 III BGB n.F. für diese Norm verbleibt, ist jedoch unklar. Abstrakt läßt sich diese Fallgruppe dahin bestimmen, daß sich die Kosten zur Beseitigung

[597] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 22
[598] Staudinger/Peters (2003), § 635 Rn. 6; RegE, S. 661 f.

eines so geringen Mangels zwar lohnen würden, der Unternehmer jedoch zuviel aufwenden müßte.[599] Die Nacherfüllung muß so erschwert sein, daß sie von keinem vernünftigen Schuldner erwartet werden kann,[600] mithin muß ein der Unmöglichkeit nahe kommender Ausnahmefall vorliegen. [601] Auf welche konkreten Fälle dies zutrifft, hat der Gesetzgeber offengelassen; Regelbeispiele werden weder in der Gesetzesbegründung zu § 439 Abs. 3 S.1 BGB n.F. noch in derjenigen zu § 633 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. bzw. § 275 Abs. 2 BGB n.F. angeführt.

Hinsichtlich der ***Kosten der Nacherfüllung,*** die auch nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Verkäufer zu tragen hat (s.S. 156), bedurfte es gleichfalls keiner Änderung des alten Rechts: Diese fallen gemäß § 635 BGB n.F. dem Besteller zur Last, wie es auch Weyers (s.S. 159) und der Kommissionsentwurf (s.S. 163 f.) vorsahen.

2. Klärung von Streitfragen des alten Rechts

Entschieden wurde die Streitfrage, welchen ***Inhalt der Mängelbeseitgungsanspruch*** hat (s.S.143 ff.). Dem Vorschlag von Weyers (s.S. 158) und Teichmann (s.S. 160) folgend stellte bereits der Kommissionsentwurf (s.S. 162 f.) fest, daß die „Mängelbeseitigung“ ebenso in Form der Neuherstellung des Werkes erfolgen kann. Um die Zweifel hierüber zu beseitigen, nennt § 635 I BGB n.F. nunmehr die Neuherstellung ausdrücklich neben der Mängelbeseitigung und faßt sie unter dem Begriff der „Nacherfüllung“ zusammen. Der Begriff der Mängelbeseitigung ist künftig auf die Nachbesserung beschränkt.[602] Maßgeblich für diese Entscheidung war insbesondere der von Weyers aufgegriffene Gedanke der werkvertraglichen Erfolgshaftung (s.S. 158): Der Unternehmer habe dem Besteller ein mangelfreies Werk zu verschaffen, § 633 II BGB a.F., habe

---

[599] Staudinger/Peters (2003), § 635 Rn. 6 ff.
[600] Anw-Komm/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 14; Canaris, JZ 2001, S. 499 (501); Lorenz/Riehm, SchR, Rn. 301; Schmidt-Räntsch, SchR, Rn. 285; Schwarze, Jura 2002, S. 73 (75); Oetker/Maultzsch, SchV, S. 83
[601] Anw-Komm/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 17; Canaris, JZ 2001, S. 499 (502); Lorenz/Riehm, SchR, Rn. 301; Schmidt-Räntsch, SchR, Rn. 861
[602] Voppel, BauR 2002, S. 843 (850); Roth, JZ 2001, S. 543 (548)

folglich alles ihm Mögliche hierzu beizutragen[603].

Ebenso geklärt wurde die Frage nach der Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruches (s.S. 147): In Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 154) und Keilholz (s.S. 159) ist dieser ein ***modifizierter Erfüllungsanspruch***.[604] Hierfür spricht, insbesondere, daß systematisch zwischen Nacherfüllung einerseits und Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz klar getrennt wird, was sich daran zeigt, daß der Nacherfüllungsanspruch aufgrund des Erfordernisses der Nachfristsetzung im Rahmen der übrigen Rechtsbehelfe vorrangig ist. Ferner hätte der Gesetzgeber, soweit eine andere Auffassung als die im alten Recht herrschende sowie bei Keilholz anzutreffende vertreten hätte, dies klargestellt. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines mangelfreien Werkes ist allerdings nicht mehr zusammen mit dem Nacherfüllungsanspruch in einer Norm geregelt, sondern separat in § 633 I BGB n.F. Dennoch gelten auch hier dieselben Erwägungen: Der Unternehmer trägt, wie sich aus §§ 631 I, 633 I BGB n.F. ergibt, das Risiko des Mißlingens der Herstellung des vertragsgemäßen Werkes. Ebenso wird an der Zweistufigkeit der Rechte des Bestellers festgehalten: Der Nacherfüllungsanspruch ist der primäre Rechtsbehelf bei Mangelhaftigkeit des Werkes. Denn er ist über das Erfordernis der Nachfristsetzung dem Schadenersatz statt der Leistung, dem Rücktritt, der Minderung und der Selbstvornahme grundsätzlich vorgeschaltet (§§ 281 I S.1 , 323 I, 637 I, 638 I S.1 i.V.m. 636 BGB n.F.).[605]

Auch die in der Reform äußerst umstrittene Frage, wem das ***Wahlrecht*** zwischen Nachbesserung und Neuherstellung zustehe und ob der Besteller folglich eine bestimmte Art der Nacherfüllung verlangen könne (s.S. 149), wurde entschieden: Das Wahlrecht steht im Gegensatz zu dem Standpunkt der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 155) und des Diskussionsentwurfes (s.S. 165 f.) entsprechend der Empfehlung von Weyers (s.S. 158 f.)

---

603 BGHZ 96, 111 (118)
604 Huber/ Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 432, Rn. 23
605 Voppel, BauR 2002, S. 843 (850); Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 432, Rn. 23; Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435)

und Teichmann (s.S. 160) gemäß § 635 I BGB n.F. („der Unternehmer nach seiner Wahl“) dem Unternehmer zu. Für diese Entscheidung spricht nicht nur die größere Sachkunde und Produktionsnähe des Unternehmers, sondern wiederum die Erfolgshaftung des Werkvertragsrechtes. Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers bezieht sich nicht nur auf die Wahl zwischen Nachbesserung und Neuherstellung, sondern innerhalb dieser Arten der Nacherfüllung auch darauf, welche von mehreren möglichen Maßnahmen zur Mängelbeseitigung oder Neuherstellung ergriffen wird. Es steht dem Unternehmer frei, mit welchen Mitteln er den geschuldeten Erfolg herbeiführt. Lediglich wenn dieser nur durch eine bestimmte Maßnahme bewirkt werden kann, konkretisiert sich der Nacherfüllungsanspruch auf diese Maßnahme, so daß der Anspruch nicht nur auf Neuherstellung, sondern zugleich auf die konkrete Maßnahme gerichtet sein kann. [606]

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Im neuen Recht hat sich im Wesentlichen der Ansatz von Weyers (s.S.158 f.) und Teichmann (s.S. 160 f.) durchgesetzt. Hierbei wurde hinsichtlich der Einreden gegen den Nacherfüllungsanspruch (s.S. 151 f.) sowie hinsichtlich des Kostenvorschußanspruches (s.S. 150 f.) lediglich die bereits bisher bestehende Rechtslage kodifiziert. Im Hinblick auf die Frage nach dem Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruches (s.S. 144 ff.), der Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruches (s.S. 147 ff.) sowie dem Wahlrecht (s.S. 149 ff.) haben sich bereits im alten Recht bestehende Rechtsansichten durchgesetzt. Insoweit kann von einer Weiterentwicklung des alten Rechts gesprochen werden.

Wenngleich auch im Reformprozeß kaum eine kontroverse Diskussion stattfand, da hinsichtlich der meisten Fragen Einigkeit bestand, läßt die Auseinandersetzung mit den Sachfragen nicht an Tiefgang vermissen. Hierbei wurde überwiegend dogmatisch sowie unter Gesichtspunkten der Interessenwertung argumentiert. So wurden im Rahmen der Frage nach

---

[606] Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 633 Rn. 12; Langen, in: Kapellmann/Vygen , Jahrbuch Baurecht 2003, S. 159 (196)

dem Inhalt des Nacherfüllungsanspruches sowie der Frage, wem das Wahlrecht zustehe, insbesondere die werkvertragliche Erfolgshaftung, die größeren Sachnähe und Sachkenntnis des Unternehmers sowie die fehlende Konkretisierungsfunktion der Abnahme angeführt.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Insgesamt erweisen sich die Regelungen des neune Rechts als stimmig, wenngleich gewisse Ungereimtheiten begegnen.

Zu begrüßen ist zunächst das ***Nebeneinander von Neuherstellungs- und Nachbesserungsanspruch*** als Bestandteile eines einheitlichen Nacherfüllungsanspruches. Neben dem Gedanken der werkvertraglichen Erfolgshaftung (s.S. 158) ist die Überlegung entscheidend, daß es keinen Grund dafür gibt, daß die Abnahme zum Erlöschen des Neuherstellungsanspruches führen soll. Auch wenn der Besteller mit der Abnahme zu erkennen gibt, er wolle das Werk als vertragsgemäße Erfüllung gelten lassen, so bezieht sich dies auf seinen Kenntnisstand bei der Abnahme. Auf die Beseitigung ihm unbekannter, später auftretender Mängel will er nicht verzichten, so daß je nach Art, Schwere und Tragweite der Mängel auch eine Neuherstellung erforderlich sein kann.[607] Auch erscheint dies interessengerecht, da ein schutzwürdiges Vertrauen des Unternehmers, er sei bei einem solchen Mangel nicht zur Neuherstellung verpflichtet, nicht besteht (s.S. 160) und dem Interesse des Bestellers an der Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolges bei dessen Nichterreichbarkeit durch Nachbesserung nur durch den Neuherstellungsanspruch Rechnung getragen werden kann. Zudem fehlt es insbesondere bei unkörperlichen Werken an einer Abnahme; der bloßen Vollendung gemäß § 646 BGB kann hingegen keine Konzentrationswirkung zukommen, da sie die Mängelfreiheit nicht voraussetzt (s.S. 160). Auch ist zu beachten, daß Neuherstellung und Nachbesserung oftmals nicht scharf voneinander zu unterscheiden sind, sondern ineinander übergehen. So kann z.B. die Neueindeckung eines Daches für den einen Unternehmer, der das ganze Haus nachzubessern hat, Nach-

[607] BGHZ 96, 111 (120 f.); Diese Entscheidung nimmt auch der Kommissionsentwurf in Bezug.

besserung sein, für den anderen, der nur die Neueindeckung schuldet, dagegen Neuherstellung. Auch kostenmäßig kann mal das eine, mal das andere vorzuziehen sein.[608] Schließlich spricht der Grundsatz pacta sunt servanda dafür, daß der Vertrag entsprechend seiner Vereinbarung durchzuführen ist und der Unternehmer bevor der Besteller auf Sekundärrechte verwiesen wird, alles erdenkliche getan haben muß, um den versprochenen Zustand des Werkes herbeizuführen.

Zu bemängeln ist jedoch, daß der Wortlaut nicht hinreichend verdeutlicht, daß die Nacherfüllung nicht nur eine Pflicht des Unternehmers, sondern auch ein Recht des Bestellers ist. Dies kommt nur mittelbar darin zum Ausdruck, daß der Besteller eine Frist zu setzen hat (§§ 634 Nr. 3, 4, 281 I, 323 II, 637 BGB n.F.).[609]

Ebenso erweist sich die Ausgestaltung des Mängelbeseitigungsanspruches als ***modifizierten Erfüllungsanspruch*** als konsequent. Zum einen sind beide Ansprüche darauf ausgerichtet, dem Besteller ein fehlerfreies Werk zu verschaffen, d.h. die Erfüllung herbeizuführen. Der Erfüllungsanspruch bleibt in seiner Identität erhalten, er bedarf nur einer Anpassung – insbesondere wird er den weiteren Beschränkungen des § 635 III BGB unterworfen, und richtet sich die Verjährung anders als beim Erfüllungsanspruch (§ 195 BGB: zwei Jahre) nach § 634 a I BGB (zwei Jahre, fünf Jahre oder drei Jahre) –, da bereits ein mißglückter Leistungsversuch erfolgt ist.[610] Zum anderen werden beide Ansprüche durch den einen Werklohnanspruch abgegolten, und unterliegt in beiden Fällen das konkrete Vorgehen der Dispositionsfreiheit des Unternehmers.[611] Schließlich spricht ebenso der Grundsatz der Vertragsbindung dafür, auch nach Abnahme des Werkes die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines vertragsgemäßen Werkes als in modifizierter Form fortbestehend anzusehen.

---

[608] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 171
[609] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 4, 31
[610] Canaris, Neuregelung Leistungsstörungsrecht, S. 68 ff.
[611] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 23

Hinsichtlich der in der Reform sehr umstrittene Frage, wem das ***Wahlrecht*** zwischen Nachbesserung und Neuherstellung zustehe, und ob der Besteller folglich eine bestimmte Art der Nacherfüllung verlangen könne, sei folgendes angemerkt: In der Sache trifft es zwar zu, daß die werkvertragliche Erfolgshaftung sowie die größere Produktionsnähe und Sachkenntnis des Unternehmers für das Wahlrecht des Unternehmers sprechen. Gleichwohl muß – insoweit ist dem Diskussionsentwurf zuzustimmen (s.S. 165 f.) – auch ausreichend berücksichtigt werden, daß eine Pflichtverletzung des Unternehmers zum Nacherfüllungsanspruch führt, was durchaus Ausdruck einer mangelnden Zuverlässigkeit des Unternehmers sein kann.[612] Daher hat der Unternehmer das Wahlrecht stets nach billigem Ermessen, § 315 I BGB n.F., auszuüben. Fällt die Wahl offensichtlich unbillig aus, so ist sie nach § 319 I S.1 BGB n.F. für den Besteller nicht verbindlich, sondern kann durch Gerichtsurteil vorgenommen werden. Hierbei ist eine Klage auf Nacherfüllung, bei der die Wahl der Nacherfüllungsart entsprechend § 319 I S.2 BGB n.F. in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu erheben.[613]

Unter dem Gesichtspunkt der werkvertraglichen Erfolgshaftung fügt sich schließlich die Tragung der ***Kosten der Nacherfüllung*** durch den Unternehmer in das System der werkvertraglichen Erfolgshaftung. Freilich ist diese Norm insoweit mißverständlich, als in den bereits im alten Recht bestehenden beiden Ausnahmefällen der „Sowieso-Kosten“ und der Mitverursachung des Mangels durch den Besteller (s.S. 151) eine Änderung der Rechtslage mangels entsprechender Hinweise in den Gesetzesbegründungen kaum gewollt sein wird. Daher muß der Wortlaut berichtigend dahin ausgelegt werden, daß in diesen Fällen der Besteller an den Kosten der Nacherfüllung zu beteiligen ist.[614]

Im Hinblick auf die ***Erlöschenstatbestände***, die zu einem Untergang des

---

[612] Es ist zwar Seiler (s.S.) zuzustimmen, daß die ein Mangel des Werkes nicht zwingen böse Absichten zum Ausdruck bringen muß; ein solcher kann gleichwohl, wenn weitere Umstände hinzutreten, auf mangelnder Zuverlässigkeit beruhen.

[613] Oechsler, SchR BT, S. 388, Rn. 647

[614] Staudinger/Peters (2003), § 633 Rn. 4, 13 ff., 20

werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruches führen, erweisen sich die Neuregelungen als wenig geglückt: In § 635 III BGB n.F. fanden verschiedene Fallgruppen der *Unzumutbarkeit* in den Gesetzestext Eingang: Neben der Unzumutbarkeit der Leistungserbringung aus persönlichen Gründen in § 275 III BGB n.F. findet sich die Unzumutbarkeit infolge unverhältnismäßigen Aufwandes, § 275 II BGB n.F., sowie infolge unverhältnismäßiger Kosten. Damit hat der Gesetzgeber den sich längst in Rechtsprechung und Lehre außerhalb des Gesetzestextes vollziehenden Anschauungswandel vom liberalistischen zum liberal-sozialen Rechtsstaat nachvollzogen. Während das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Entstehung durch die für das 19. Jahrhundert charakteristische Vorstellung der liberalen, selbstregulierenden Wirtschaftsordnung geprägt war und der Privatautonomie ein weiter Spielraum belassen wurde[615] - der vertraglichen Gestaltungsfreiheit wurde nur ein grober Rahmen durch die Sitten- und Verbotswidrigkeit gesetzt[616] - wurden im Laufe der Zeit rechtsfortbildend die Kategorien der materiellen und persönlichen, ideellen Unzumutbarkeit entwickelt.[617] An der Einführung dieser Kategorien besteht durchaus ein legitimes Interesse, um Ausnahmetatbestände einer außerordentlichen

---

[615] Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 478 ff., Larenz/Wolff, BGB AT, § 2 Rn. 39 ff.; Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 42 ff.

[616] vgl. RGZ 101, 74 (77): „Denn über der Rücksicht auf die subjektiven Verhältnisse des Einzelnen steht ein Interesse der Allgemeinheit, die ethischen Rücksicht auf die Vertragstreue und die wirtschaftlich notwendige Rücksicht auf die Verkehrssicherheit."

[617] Die Kategorie der ***materiellen*** *Unzumutbarkeit* entwickelte das Reichsgericht in der Wirtschafts- und Finanzkrise nach dem ersten Weltkrieg. Während zunächst versuchte wurde, durch extensive Interpretation der bekannten Kategorien des Leistungsstörungsrechts dem Fall der dramatischen Geldentwertung Rechnung zu tragen (Ausdehnung des Unmöglichkeitsbegriffes über die Fälle der naturgesetzlichen und rechtlichen Unmöglichkeit auf die „wirtschaftliche" Unmöglichkeit -- (RGZ 42, 114; 57, 116; 88, 71 (74); 94, 45 (47 ff.) –, verließ die Rechtssprechung mit der Anerkennung der Lehre von der Geschäftsgrundlage den Boden des kodifizierten Rechts. Zwar fand sich die Kategorie der ***ideellen, persönlichen Unzumutbarkeit*** bereits für den Bereich des Dienstvertragsrechts mit § 616 BGB im originären Bürgerlichen Gesetzbuch. Diese Fallgruppe war jedoch eng auf den Fall einer unverschuldeten, nur einen unverhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum betreffenden Unzumutbarkeit begrenzt. In Konstellationen, in denen mangels Dienstvertrages, wegen Vorliegens eines länger andauernden Leistungshindernisses oder wegen der Rechtsfolge des § 616 BGB diese Norm für unpassend erachtet wurde, obgleich die Leistungspflicht wegen Pflichtenkollision oder persönlicher Überforderung unzumutbar war, entwickelten sich insbesondere seit Mitte der 50 er Jahre neue Lösungen – Analogie zu § 616 BGB (BAG AP § 123 BGB Nr. 23), § 242 BGB (BAG AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7), Billigkeitskontrolle über § 315 BGB (BAG § 611 Direktionsrecht Nr. 27) oder ausdehnendes Verständnis der Unmöglichkeit (BAG § 611 Direktionsrecht Nr. 27; RGZ 99, 1 (2); RGZ 93, 182 (184)) –. (vgl. Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 45 ff.)

Leistungserschwerung zu regeln.[618] Gleichwohl erscheint der Unzumutbarkeitsbegriff wegen seiner Unbestimmtheit als problematisch und hätte einer näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedurft. Der Gesetzgeber hat insoweit die ihm zukommende Abschätzungsprärogative nicht ausreichend wahrgenommen, so daß man von einem „Stück offengelassener Gesetzgebung“[619] sprechen kann. Zur Ausfüllung des Unzumutbarkeitsbegriffes hätte der Gesetzgeber konkrete Maßstäbe an die Hand geben müssen.[620] Zwar enthält die Begründung zu den Gesetzgebungsentwürfen Hinweise auf die anzuwendenden Maßstäbe (s.S. 164 ff.). Diese bleiben freilich recht allgemein und sind teils undeutlich. Insbesondere zur Konkretisierung des Anwendungsbereiches des § 275 II BGB n.F. wären – zumindest in der Gesetzesbegründung – klarstellende Regelbeispiele erforderlich gewesen, zumal § 633 II S. 3 BGB n.F. eine niedrigere Schwelle darstellt und damit die praktische Bedeutung des § 275 II BGB n.F. nicht erkennbar ist. Zu kritisieren ist ferner, daß hinsichtlich der Ausgestaltung unbestimmter Rechtsbegriffe keine einheitliche Linie verfolgt wurde: Während im Rahmen des § 633 II S.3 BGB n.F. keine Kriterien zur Auslegung des Begriffes der „unverhältnismäßigen Kosten“ in den Wortlaut übernommen wurden – im Diskussionsentwurf waren diese noch enthalten –, sind diese in § 439 III S. 2 BGB n.F. in enthalten.

[618] so auch Preis, ZG 1988, S. 319 (326)
[619] Preis ZG 1988, S. 319 (328, 336)
[620] Preis, ZG 1988, S. 319 (328 ff.)

B. Das Selbstvornahmerecht

Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde das Selbstvornahmerecht unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert: Neben der systematischen Einordnung des Selbstvornahmerechts (dazu I.1.), waren dessen Voraussetzungen mit der Frage der Erforderlichkeit einer Fristsetzung (dazu I.2.) sowie das Bestehen eines Kostenvorschußanspruches (dazu I.3.) Gegenstand der Reformbemühungen.

I. Das alte Recht

1. Die systematische Einordnung

Das Recht zur Selbstvornahme[621] stand nach der Konzeption des alten Rechts auf einer Ebene mit der Nachbesserung, § 633 II BGB a.F: Es galt das Prinzip des Vorranges der Nachbesserung gegenüber den Sekundärrechten, notfalls durch den Besteller selbst mittels Selbstvornahme. Dies ergab sich bereits aus der Stellung des Selbstbeseitigungsrechtes in § 633 III BGB a.F. im unmittelbaren Anschluß an die Nachbesserung in § 633 II BGB a.F. Des weiteren war das Setzen einer Nachfrist, mit deren Ablauf, § 634 I S.3, 2.HS BGB a.F., der Mängelbeseitigungsanspruch erlosch, Voraussetzung der übrigen sekundären Rechtsbehelfe.

2. Die Voraussetzungen

Das Recht auf Selbstvornahme der Mängelbeseitigung unter Erstattung der erforderlichen Aufwendungen setzte nach der alten Rechtslage voraus, daß der Unternehmer mit der Mängelbeseitigung in Verzug geraten war, § 633 III BGB a.F.

a. Durchsetzbarkeit, Fälligkeit, Mahnung und Verschulden

Der Verzug wiederum erforderte gemäß § 284 BGB a.F., daß der Mängelbeseitigungsanspruch fällig und durchsetzbar war. Im Rahmen der

[621] Dieses Recht war im ersten Entwurf des historischen Gesetzgebers noch nicht enthalten (§ 569 E I) wurde erst in § 571 Abs. III E II normiert. (Mugdan II, LXXXIX)

Prüfung nach der Durchsetzbarkeit war insbesondere die rechtshindernde Einrede des unverhältnismäßigen Aufwandes, § 633 II S.3 BGB a.F., zu beachten. Da für die Verneinung der Durchsetzbarkeit grundsätzlich das Bestehen einer Einrede ausreichte, deren Geltendmachung nicht erforderlich war[622], brauchte sich der Unternehmer auf § 633 II S.3 BGB a.F. nicht berufen. Es genügte, wenn die Unverhältnismäßigkeit nach objektiven Maßstäben gegeben war. [623]

Weiterhin war eine Mahnung erforderlich, § 284 BGB a.F. Nur ausnahmsweise war diese entbehrlich, nämlich, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war, § 284 II S.1 BGB a.F., eine Kündigung vorauszugehen hatte, § 284 II S.2 BGB a.F., oder nach Treu und Glauben § 242 BGB, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigerte[624], ferner wenn sich dies aus der besonderen Dringlichkeit des Vertrages ergab[625] oder wenn sich der Unternehmer bisher bereits als unzuverlässig erwiesen hatte und daher dem Besteller die Mängelbeseitigung durch ihn nicht mehr zumutbar war.[626]

Schließlich mußte der Unternehmer gemäß § 285 BGB a.F. das Unterbleiben der Mängelbeseitigung zu vertreten haben.[627]

b. Fristsetzung?

Weiterhin war das Unterbleiben der Leistung trotz erfolgter Mahnung Voraussetzung, § 284 BGB a.F. Da die Nachbesserung in der Regel allerdings eine gewisse Zeit in Anspruch nahm, bestand Unklarheit darüber, ab wann von einem solchen Unterbleiben der Leistung gesprochen werden konnte.

---

[622] so die einhellige Ansicht: RGZ 126, 280 (285); BGH 48, 250; 104, 11; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 284, Rn. 14; Palandt/Heinrichs, § 284 Rn. 11
[623] Staudinger/ Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 193
[624] BGH NJW 1986, 661 (661)
[625] BGH NJW 1959, S. 933 (933); BGH NJW 1963, S. 1824 (1824)
[626] BGHZ 46, 242 (242) ; 50, 160 (166)
[627] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 198; MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 633

aa. Fristsetzung

Die *Rechtsprechung*[628] sowie *Soergel*[629] stellten das Selbstvornahmerecht unter das zusätzliche Erfordernis der Setzung einer angemessenen Frist zur Behebung des Mangels durch den Besteller nach Zugang des Mängelbeseitigungsverlangens. Die Angemessenheit der Frist sei unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen des Bestellers und des Unternehmens zu bestimmen. Die Fristsetzung sei dann entbehrlich, wenn der Unternehmer eindeutig zum Ausdruck bringe, daß er die Mängelbeseitigung nicht vornehmen werde,[630] wenn der Unternehmer sich nachweislich derart unzuverlässig und nachlässig verhalten habe, daß dem Besteller die Mängelbeseitigung durch diesen Unternehmer nicht mehr zumutbar sei[631] oder wenn Gefahr im Verzuge oder infolge ganz besonderer Umstände Eile geboten sei.[632]

bb. Keine Fristsetzung

Dagegen lehnte *Peters*[633] diese Voraussetzung als contra legem ab. § 284 BGB a.F. sehe eine solche Fristsetzung nicht vor, folglich könne sie auch nicht verlangt werden. Man werde vielmehr zur Feststellung der Nichtleistung davon auszugehen haben, daß der gemahnte Unternehmer zeitlich nicht mehr frei über die Nachbesserung disponieren dürfe, sondern daß er sie in angemessener Frist aufzunehmen und zügig durchzuführen habe. Lasse er es an der Aufnahme oder der Durchführung fehlen, so trete Verzug ein.

Rn. 142

[628] BGH BauR 1982, S. 496 (496 f.); BGH NJW-RR 1988, S. 208 (208 f.); BGH NJW-RR 1990, S. 786 (786f.); BGH NJW 1990, S. 901 (901 f.); OLG Celle BauR 1983, S. 260 (260)

[629] MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 633 Rn. 143; ebenso Ingenstau/Korbion VOB/B, § 13 Rn. 508 ff.; 514 ff.;Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, Handbuch privaten Baurechts, § 13 Rn. 274 ff.; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, § 4 Rn. 81 ff.

[630] RG WarnR 1919, Nr. 159; RGZ 64, 294 (296); 129, 143 (145); BGH BauR 1985, S. 198 (199)

[631] BGHZ 46, 242 (242); 50, 160 (166); 92, 308 (311); OLG Stuttgart BauR 1980,S. 363 (363)

[632] Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 526

[633] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 198

cc. Keine Fristsetzung, aber Berücksichtigung im Verschulden

Teichmann[634] schließlich schlug vor, die Tatsache, daß der Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine bestimmte Zeitspanne benötige, im Rahmen des § 285 BGB a.F. zu berücksichtigen. Eine vom Unternehmer zu vertretende Verzögerung liege dann nicht vor, wenn dieser den zur Planung und Durchführung der Mängelbeseitigung erforderlichen Zeitraum wahre. Die Beweislast liege insofern beim Unternehmer, § 285 BGB a.F. Die Angemessenheit der Zeitspanne bestimme sich danach, wieviel Zeit ein ordnungsgemäß handelnder Unternehmer mit der dem Vertrage zugrundeliegenden Kapazität für die Feststellung und Beseitigung des Mangels benötige. Verzug trete also ein, wenn die angemessene Frist verstrichen sei und den Unternehmer ihm zurechenbare Umstände an der Mängelbeseitigung gehindert hätten.

3. Vorschuß der erforderlichen Aufwendungen?

Gemäß dem Wortlaut des § 633 III BGB a.F. („Ersatz“ der erforderlichen Aufwendungen) hatte der Besteller das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und konnte anschließend die entstandenen Kosten liquidieren. Bei größeren Mängeln, und zwar insbesondere, wenn Dritte zur Mängelbeseitigung eingeschaltet werden mußten, war jedoch die Selbstvornahme nach § 633 III BGB a.F. unter Erstattung der erforderlichen Aufwendungen für den Besteller in mehrfacher Hinsicht unangenehm. Denn die Vorfinanzierung überforderte den Besteller häufig finanziell. Zudem wollte der Besteller gerade bei kostspieligen Aufträgen die Frage der Kostentragung geklärt wissen, da die Beurteilung, ob ein vom Unternehmer zu verantwortender Mangel vorlag, oft schwierig zu beantworten war. Der Besteller trug das Insolvenzrisiko des Unternehmers. Zwar bestand die Möglichkeit, über § 635 BGB a.F. die Kosten der Mängelbeseitigung im voraus zu erlangen. Jedoch war dieser Anspruch verschuldensabhängig, und es mußten nach herrschender Ansicht die Voraussetzungen des § 634 I und II BGB a.F. erfüllt sein, was im Falle des § 634 I BGB a.F. zum Verlust des Nachbesserungsanspruches führte bzw. gemäß § 634 II BGB a.F. erhöhte Anspruchsvoraussetzungen zur Folge hatte.

a. Kostenvorschuß

Wegen dieser Schwierigkeiten für den Besteller gewährten der BGH[635] und ihm folgend die herrschende Literaturansicht[636] einen Kostenvorschuß. Zwar wurde dieser Anspruch rechtspolitisch gebilligt, seine dogmatische Grundlage war jedoch nicht unproblematisch. Vorrangig wurde das Gebot der Billigkeit nach Treu und Glauben, § 242 BGB a.F., genannt,[637] teilweise[638] wurde der Anspruch auch auf § 669 BGB a.F. gestützt. Schließlich wies der BGH[639] darauf hin, daß der Besteller, der einen Titel auf Mängelbeseitigung erwirkt habe, nach § 887 II ZPO einen Kostenvorschuß verlangen könne.

b. Kein Kostenvorschuß

Ablehnend gegenüber einem Kostenvorschußanspruch äußerte sich Wussow[640]. Zur Begründung führte er den Wortlaut des § 633 III BGB a.F. („Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen“) und des § 13 Nr. 5 VOB/B („die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers abstellen zu lassen“) an. Auch widerspreche dieser Anspruch der Systematik der §§ 633 ff. und des § 13 VOB/B, da der Besteller primär auf die Mängelbeseitigung durch den Unternehmer, § 633 II BGB a.F., verwiesen werde; bei Verzug könne er schließlich die Mängelbeseitigung auch selbst oder durch Dritte vornehmen lassen. Erst bei Unmöglichkeit oder Unwirtschaftlichkeit der Mängelbeseitigung, §§ 633 II S. 3 bzw. 275 I BGB a.F., oder bei Vorliegen der qualifizierten Voraussetzungen des § 635 BGB a.F. solle eine von der Mängelbeseitigung losgelöste finanzielle Belastung des Unternehmers durch Minderung der

---

[634] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 16, 18

[635] BGHZ 47, 272 (274); 54, 244 (247); 61, 28 (29 f.); 66, 138 (140 f.); 68, 372 (378f.); 94, 330 (334); 105, 103 (106); 110, 205 (207); BGH NJW 1984, S. 2456 (2456); OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 272 (272 f.)

[636] Palandt/Thomas (56. Aufl.), § 633 Rn. 9; Erman/Seiler (10. Aufl), § 633 Rn. 36; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 157 f..; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn.25 ff.; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn.149 f.; Igenstau/Korbion, VOB/B § 13 Rn. 552

[637] BGHZ 47, 272 (274); 54, 244 (247); 68, 327 (378); 94, 330 (334); 105, 103 (106); 110, 205 (207); OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 272 (272 f.)

[638] BGHZ 47, 272 (274), BGHZ 54, 244 (247) und BGHZ 68, 272 (274); dazu kritisch BGHZ 94, 330 (334)

[639] BGHZ 68, 372 f.

[640] Wussow, NJW 1967, S. 953 (956 f.)

Vergütung oder durch Schadensersatzleistung eintreten. Diese Systematik würde unterlaufen, wenn dem Besteller bereits nach § 633 III BGB a.F. ohne Rücksicht auf die Mängelbeseitigung ein Zahlungsanspruch in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zugebilligt würde. Auch würde damit der Unternehmer zur Schadensersatzleistung verpflichtet, ohne daß deren Voraussetzungen gegeben wären. Der Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB a.F. behielte dann nur noch eine ergänzende Funktion für solche Einbußen, die durch Nachbesserung nicht mehr aufgefangen werden könnten. Daß der Anspruch auf Kostenvorschuß lediglich provisorischer Natur sei, ändere hieran nichts, da der Rückforderungsanspruch des Unternehmers für den Fall des Unterbleibens der Nachbesserung mit dem Anspruch aus § 635 BGB a.F. aufgerechnet werden könne.[641]

Auch Köhler[642] verwies auf den klaren Wortlaut des § 633 III BGB a.F., demzufolge erst, wenn entsprechende Aufwendungen getätigt worden seien, ein Aufwendungsersatzanspruch entstehe. Das Interesse des Bestellers, nicht mit den Kosten der Nachbesserung in Vorlage treten zu müssen, werde nur im Rahmen des § 257 BGB geschützt, d.h. der Besteller könne lediglich vom Unternehmer Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, die er zum Zwecke der Mängelbeseitigung eingegangen sei. Das Gesetz habe den Besteller bewußt schlechter gestellt als den Beauftragten (§ 669 BGB a.F.). Allenfalls könne aus § 242 BGB a.F. ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers hergeleitet werden.

[641] Wussow NJW 1967, S. 953 (957); ebenso Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 191
[642] Köhler JZ 1983, S. 706 (706 f.)

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Die Frage, ob eine gesetzliche Reform der Voraussetzungen des Selbstvornahmerechts und eine Kodifikation des Kostenvorschußanpruches erforderlich seien, wurde bejaht. Weyers[643], Keilholz[644] und Teichmann[645] sprachen sich, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, für eine Umgestaltung des § 633 III BGB a.F. aus.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Dagegen enthält die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur das Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung, Art. 3 III VbrKfRL. Die Ersatzvornahme ist in der Richtlinie nicht angeführt. Folglich bestand kein Umsetzungsbedarf.

[643] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1163, 1186)
[644] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (282 f., 327)
[645] Teichmann, in: 55. DJT/I, S. A 1 (A 59 f.)

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

Weyers gestaltet das Recht zur Selbstvornahme in seinem Entwurf um.

Zunächst erwog Weyers die Verschiebung der Regelung des Selbstbeseitigungsrechtes aus § 633 III BGB a.F. nach § 634 BGB a.F. Die Selbstvornahme würde dann nicht mehr als ***primärer***, sondern nur noch als sekundärer ***Rechtsbehelf*** auf einer Ebene mit Wandelung und Minderung stehen. Dies würde freilich zwecks Anpassung an die Wandelung und Minderung eine Veränderung der Voraussetzungen des Selbstvornahmerechtes erfordern: So müßte das Verschuldenserfordernis, das der in § 633 III BGB a.F. genannte Verzug voraussetzte, bei der Wandelung und Minerung jedoch nicht vorliegen müsse, fallen gelassen werden, was nach Weyers durchaus denkbar sei. An die Stelle des Verzugserfordernisses könnte die Voraussetzung der Fristsetzung und des Fristablaufes treten. Eine solche Veränderung in den Voraussetzungen würde den Unternehmer nicht übermäßig hart treffen, denn der Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen einerseits und die Minderung andererseits unterschieden sich im Ergebnis nicht immer.[646] Dennoch entschied sich Weyers letztlich gegen eine solche systematische Umgestaltung des Selbstvornahmerechts (s.S. unten). Die gegenwärtige Systematik trage die klaren Konturen eines Systems des Vorranges der Nachbesserung, die notfalls durch den Besteller erfolgen solle. Dieses System entspreche den Interessen der Parteien.[647]

Statt wie bisher ein Selbstvornahmerecht im Falle des Verzuges des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung zuzulassen, führte Weyers hinsichtlich der ***Voraussetzungen*** eine Generalklausel, § 633 V S.1 BGB-neu, ein: „Ist die Behebung durch den Unternehmer unzumutbar, so kann der Besteller den Mangel selbst beheben und Ersatz der Aufwendungen

[646] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1163)

verlangen“. Zwar sei der Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung *ein* Fall, in welchem dem Besteller die Mängelbeseitigung durch den Unternehmer nicht zumutbar sei (§ 633 V, § 633 IV S.2 BGB-neu), allerdings bei weitem nicht der einzige denkbare.[648]

Gegen diesen Vorschlag wandte Köhler[649] ein, daß es oft zweifelhaft sei, ob die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit vorlägen. Der Besteller sei – zumal im ersten Zorn über den Mangel – geneigt, die Unzumutbarkeit zu bejahen und auf eigene Faust nachzubessern. Dies habe zur Folge, daß, wenn im Streitfall die Unzumutbarkeit verneint werde, dem Besteller kein Ersatzanspruch, insbesondere auch nicht aus § 812 BGB oder §§ 683, 670 BGB, zustehe. Statt dessen sei zu überlegen, ob man nicht die Voraussetzung des Verzuges durch die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ersetze.

Neu war ferner, daß das Selbstvornahmerecht nicht – wie bisher – ausgeschlossen war, wenn die Mängelbeseitigung unverhältnismäßige Aufwendungen erforderte, § 633 V S.2 1.HS BGB-neu. Jedoch sei der Unternehmer der Aufwendungsersatzanspruch in diesem Falle der Höhe nach begrenzt: Er sei nicht zum Ersatz höherer Aufwendungen verpflichtet, als entstanden wären, wenn er den Mangel selbst behoben hätte.

b. Das Gutachten von Keilholz

Keilholz wollte demgegenüber an der Formulierung der Voraussetzungen in § 633 III BGB a.F. festhalten. Nach ihm war neben dem Verzug auch weiterhin auf das ***Fristsetzungserfordernis*** und die in der Rechtsprechung hiervon gebildeten Ausnahmen abzustellen. Einer Fristsetzung bedürfe es demnach vor allem nicht, wenn der Unternehmer ernsthaft und endgültig die Nachbesserung verweigert habe. Dies sei bereits der Fall, wenn er einen Mangel bestreite.[650]

---

[647] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1163)
[648] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1162)
[649] Köhler, NJW 1984, S. 1841 (1846)
[650] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (282 f.)

Schwierigkeiten ergäben sich in der Praxis bei der Bestimmung der erforderlichen Aufwendungen, da der Unternehmer oft einwende, die Mängelbeseitigung sei zu teuer ausgefallen. Zwar treffe es zu, daß der Besteller gemäß § 254 BGB a.F. zur Vermeidung überhöhter Kosten verpflichtet sei. Jedoch werde dem Besteller bei der Auslegung des Begriffes der „erforderlichen Aufwendungen“ ein gewisser Spielraum zugebilligt. Denn es sei nicht seine Schuld, daß er die Mängelbeseitigung selbst in die Hand nehmen müsse. Eine gesetzliche Normierung des Erstattungsumfanges sei jedoch nicht möglich, da sie zu umständlich wäre.[651]

Der Anspruch auf ***Vorschuß*** der erforderlichen Aufwendungen sei in der Rechtsprechung überzeugend im Anschluß an § 669 BGB a.F. entwickelt worden. Damit das geltende Recht den derzeitigen Rechtszustand zutreffend wiedergebe, solle in § 633 III BGB a.F. ein weiterer Satz hinzugefügt werden: „Der Besteller kann einen Vorschuß auf die voraussichtlichen Beseitigungskosten verlangen.“[652]

c. Das Gutachten von Teichmann

Teichmann empfahl eine Angleichung der Voraussetzungen der Selbstvornahme an die Formulierung des § 651 c III BGB a.F. Die „Abhilfe“ sei dort allein nach dem ***Verstreichen einer Frist*** möglich und damit ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer dieses Versäumnis zu vertreten habe. Damit werde mehr Rechtssicherheit geschaffen, ohne daß den Unternehmer eine zu starke Belastung treffe. Er hätte auch sonst in etwa dieselben Kosten zu tragen. Auf eine einfache Frist stelle auch § 13 Nr. 5 II VOB/B ab.[653]

2. Der Kommissionsentwurf

Der Kommissionsentwurf regelte das Recht der Selbstvornahme losgelöst

---

[651] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (283), a.A.: Nicklisch, JZ 1984, S. 757(766)
[652] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (283)
[653] Teichmann, in: 55. DJT/I, S. A 1 (A 59 f.); ebenso auch Beschluß Nr. 17 der zivilrechtlichen Abteilung des 55. DJT, in: 55. DJT, S. I 193 (I 195); ablehnend: Köhler,

von der Nachbesserung in einer eigenen Vorschrift, § 636 BGB-KE. Durch diese Normgestaltung wurde die ***systematische Einordnung*** des Selbstvornahmerechtes bereits formell deutlich: Der Kommissionsentwurf stellte, Teichmann folgend das Recht zur Selbstvornahme mit Wandelung und Minderung auf eine Stufe. Die Selbstvornahme entwickelte sich zu einem sekundären Rechtsbehelf.

Um diese systematische Neuordnung zu erreichen änderte der Kommissionsentwurf die Voraussetzungen des Selbstvornahmerechtes. Gemäß § 636 I BGB-KE war nunmehr neben dem Vorliegen eines Mangels der erfolglose ***Ablauf*** einer vom Besteller zur Nacherfüllung ***gesetzten Frist*** erforderlich. Das Verzugserfordernis, insbesondere das Verschuldenserfordernis, wurde gestrichen. Diese Neuerung wurde damit gerechtfertigt, daß bereits nach altem Schuldrecht von der Rechtsprechung ein Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung nur angenommen wurde, wenn dem Unternehmer nach Zugang der Mahnung eine angemessene Frist für die Behebung des Mangels eingeräumt wurde (s.S. 183). Insbesondere sei ein Vertretenmüssen des Verzuges durch den Unternehmer entbehrlich,[654] denn dies könne der Besteller in der Regel gar nicht beurteilen. Dieses Argument erscheint jedoch insofern schwach, als nach § 285 BGB a.F. den Unternehmer die Beweislast hinsichtlich seines Vertretenmüssens traf.[655] Ebenso bestehe, so der Kommissionsentwurf, bereits dann ein berechtigtes Interesse des Bestellers an der Selbstvornahme, wenn der Unternehmer nicht innerhalb der Frist erfülle. Denn aufgrund der Unzuverlässigkeit des Unternehmers werde er nicht mehr das Vertrauen haben, daß dieser die erforderliche Nachbesserung ordnungsgemäß durchführen werde.[656]

Gegen diese Umgestaltung wandte sich *Seiler*[657]: Da gegen die bisherigen Voraussetzungen des § 633 III BGB a.F. keine begründeten Bean-

---

NJW 1985, S. 945 (947)

[654] Zustimmend Roth, JZ 2001, S. 543 (548)

[655] So auch Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (270)

[656] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 255

[657] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (270)

standungen vorgebracht worden seien, sei in dubio pro lege legata an den bisherigen Voraussetzungen des Selbstvornahmerechtes festzuhalten. Insbesondere habe auch der historische Gesetzgeber in seinem ersten Entwurf zum BGB kritisiert, daß der Besteller jedesmal eine Frist zur Beseitigung setzen müsse.

Die Fristsetzung und deren Ablauf waren nach § 636 II BGB-KE in gewissen Fällen entbehrlich: Dies galt, wenn die Fristsetzung offensichtlich keinen Erfolg hatte (§§ 323 II Nr. 1, 636 II S.1 BGB-KE), wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zugrunde lag (§§ 323 II Nr. 2, 636 II S.1 BGB-KE), die Mängelbeseitigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entbehrlich erschien (§§ 323 II Nr. 3, 636 II S.1 BGB-KE) oder die Nacherfüllung fehlgeschlagen war (§§ 636 II S.2 BGB-KE). Diese Kriterien stimmten weitgehend mit den im alten Recht herausgebildeten Grundsätzen der Entbehrlichkeit der Mahnung nach Treu und Glauben, § 242 BGB a.F. (s.S. 182), und den bereits in der Rechtsprechung im Rahmen des § 633 III BGB a.F. entwickelten Fallgruppen zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung überein (s.S. 183).

Im Gegensatz zu dem Vorschlag von Keilholz schloß der Kommissionenwurf wie nach altem Recht das Recht zur Selbstvornahme aus, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 III BGB-KE verweigern konnte, § 638 I 2.HS BGB-KE. Die ausdrückliche Erwähnung dieses Anspruchsausschlußgrundes war erforderlich, da er nicht mehr wie bisher automatisch im Rahmen des Verzuges zu berücksichtigen war.[658]

Unter Verweis auf die bisherige herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur (s.S. 185) wurde der Anspruch auf ***Vorschuß*** der voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten in § 636 III BGB-KE gesetzlich geregelt.[659]

---

[658] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 255 f.

[659] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 256; zustimmend: Seiler, in: Ernst/ Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (270); ebenso Peters, in: : Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (285); ablehnend: Köhler, NJW 1985, S. 945 (947): Es genüge ein Anspruch auf

3. Der Diskussions- und der Regierungsentwurf

Die Normierung der Selbstvornahme im Diskussionsentwurf, § 635 BGB-DiskE stimmte in Wortlaut und Begründung fast wörtlich mit dem Kommissionsentwurf überein. Einziger Unterschied war, daß § 635 II BGB-DiskE hinsichtlich der Voraussetzungen eine weitere ***Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis*** hinzufügte: Gemäß § 635 II S.2 BGB DiskE bedurfte es einer Frist auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung mit erheblichen Nachteilen verbunden war. Diese Variante wurde eingefügt, um eine Angleichung an die Ausnahmetatbestände des werkvertraglichen Rücktrittsrechtes, § 636 II BGB-DiskE, und des kaufrechtlichen Rücktrittsrechtes, § 438 II BGB-DiskE zu erreichen.[660] Letztere Regelung wiederum diente der Umsetzung von Art. 3 V 3. Spiegelstrich VbrKfRL. Im Regierungsentwurf wurde dieses Kriterium umformuliert: Dem Besteller dürfe die Nacherfüllung nicht unzumutbar sein.[661]

4. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses

In den Beschlüssen des 6. Rechtsausschusses wurde lediglich noch eine geringfügige Änderung vorgenommen. Dort hieß es, daß die Selbstvornahme ausgeschlossen sei, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung „zu Recht“ statt wie bisher „nach § 635 Abs. 3“ verweigere.[662] In der Sache war damit keine Änderung verbunden. Zwar erfaßte die Formulierung „zu Recht verweigert“ nicht nur § 635 III BGB-RA, sondern auch § 275 II und III BGB-RA, jedoch stellte dies keine Änderung dar, da Einreden auch nach altem Recht im Rahmen der Prüfung der Durchsetzbarkeit des Mängelbeseitigungsanspruches berücksichtigt wurden.

Sicherheitsleistung, wie er sich bereits aus dem Gesetz (§ 257 S. 2 BGB) ergebe. Dadurch werde auch vermieden, daß der Besteller sich durch den Vorschuß einen zinslosen Zwischenkredit verschaffen könne. Denn er brauche ja das Geld erst, wenn der Werklohn für die von ihm veranlaßte Ersatzvornahme fällig werde.; ebenso: Soergel, 55. DJT/II, S. I 27 (I 33)

[660] DISKE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 319

[661] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 525

[662] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 525

IV. Das neue Recht

1. Neuerungen

Zunächst wurde das System der Gewährleistungsrechte entgegen dem Rat von Weyers (s.S. 188) auf Anregung des Kommissionsentwurfes (s.S. 190 f.) umgestaltet. Bisher waren Mängelbeseitigung und Selbstvornahmerecht als primäre Rechtsbehelfe, Wandelung, Minderung und Schadensersatz statt der Nichterfüllung als sekundäre Rechtsbehelfe ausgestaltet. Nunmehr steht dem Besteller die Nacherfüllung durch den Unternehmer allein als primärer Rechtsbehelf zu. Die Selbstvornahme soll damit in die Reihe der ***sekundären Rechtsbehelfe*** zurücktreten: Dies ergibt sich zum einen aus der Anpassung der Voraussetzungen der Selbstvornahme an die der Sekundärrechte Rücktritt und Minderung (siehe b), zum anderen aber aus der selbständigen Normierung, losgelöst vom Nachbesserungsrecht. Durch diese brachte der Gesetzgeber dem Kommissionsentwurf folgend die systematische Neuausrichtung zum Ausdruck.[663]

Hinsichtlich der ***Voraussetzungen*** des Selbstvornahmerechtes gilt: Zwar ist weiterhin erforderlich, daß dem Besteller ein Anspruch auf Mängelbeseitigung bzw. jetzt Nacherfüllung zusteht, d.h. es muß ein Mangel vorliegen. An die Stelle der Voraussetzung „Verzug mit der Mängelbeseitigung“, welche insbesondere Verschulden voraussetzte, ist nunmehr entsprechend dem Vorschlag Teichmanns (s.S. 190), der im Kommissionsentwurf (s.S. 191) umgesetzt wurde, wie bei den übrigen sekundären Rechtsbehelfen das Erfordernis der Fristsetzung getreten. Diesbezüglich wurden auch einige Ausnahmetatbestände geschaffen, § 637 II BGB n.F.[664] Des weiteren darf dem Unternehmer kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß §§ 637 I 2.Hs., 635 III BGB n.F. wegen unverhältnismäßiger Kosten zustehen. Dies ist folgerichtig, denn anderenfalls könnte der

---

[663] Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 436 Rn. 34; ebenso: Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 62

[664] Knütel, BauR 2002, S. 689; Sienz, BauR 2002, S. 181 (189); Voppel, BauR 2002, S. 843 (851); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (397); Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435); Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 436 Rn. 34; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 637 Rn. 10; Oechsler, SchR BT, S. 388 f., Rn. 649, 651

Besteller von dem Unternehmer über die Selbstvornahme doch noch den überhöhten Aufwand verlangen, der ihm im Wege des Nacherfüllungsanspruches nicht zusteht.[665]

2. Klärung von Streitfragen

Mit dem neuen Recht haben sich nunmehr zwei Streitstände des alten Rechtes erledigt.

Zum einen wurde hinsichtlich der Voraussetzungen die Frage, ob die Selbstvornahme eine ***Fristsetzung*** erfordere bejaht und damit die bisher herrschende Ansicht in das Gesetz, § 637 I BGB n.F., übernommen.

Zum anderen wurde, wie es Keilholz vorschlug (s.S. 190), in § 637 III BGB n.F. klargestellt, daß der Besteller vom Unternehmer die für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen auch als ***Vorschuß*** verlangen kann. Damit schafft die Neuregelung nunmehr eine eindeutige Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Kostenvorschuß, die Zweifel über seine dogmatische Grundlage wurden beseitigt.[666]

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Vergleicht man nun das neue Recht mit dem alten Recht und den verschiedenen Stufen des Reformprozesses, so wird deutlich, daß sich im Wesentlichen der Ansatz von Keilholz (s.S. 189) und dem Kommissionsentwurf (s.S. 190 ff.) im neune Recht durchgesetzt hat, der hinsichtlich des Bestehens eines Kostenvorschußanspruches (s.S. 185) und des Fristsetzungserfordernisses (s.S. 183) nur eine Klarstellung der Rechtsprechungsansicht im alten Recht bedeutet, bezüglich der dogmatischen Einordnung des Selbstvornahmerechts (s.S. 181) hingegen neue Wege beschritt – wenngleich auch diese Einordnung in dem Eintreten der Rechtsprechung für das Fristsetzungserfordernis im alten Recht bereits

---

[665] Preussner, BauR 2002, S. 231 (235)

[666] Voppel, BauR 2002, S. 843 (851); Sienz, BauR 2002, S. 181 (189); Huber/Faust/ Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 436 Rn. 34, 45; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/ Ring/ Rab, § 637 Rn. 637 Rn. 10; HK-BGB/Ebert (2. Aufl.), § 637 Rn. 4; Oechsler, SchR BT, S. 391, Rn. 656

angelegt war (s.S. 183). Ein Systemwechsel kann folglich nicht verzeichnet werden.

Im Reformprozeß waren die genannten Fragen Gegenstand kontroverser Auseinandersetzung, wobei insbesondere Gesichtspunkte der Praktikabilität geltend gemacht wurden: So wurde gegen den Vorschlag von Weyers, die Unzumutbarkeit der Mangelbehebung durch den Besteller zur Voraussetzung des Selbstvornahmerechts zu machen, die Schwierigkeit der Beurteilung deren Vorliegen geltend gemacht. Für das Fristsetzungserfordernis wiederum wurde die Rechtssicherheit dieses Kriteriums und die Schwierigkeiten des Bestellers bei der Prüfung des Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen angeführt.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Die Stimmigkeit dieser auf den Kommissionsentwurf zurückgehenden Neuerungen ist gleichwohl in einigen Punkten zweifelhaft.

Zunächst fragt sich, ob die vom Gesetzgeber intendierte Einordnung des ***Selbstvornahmerechts*** als ***sekundärer Rechtsbehelf*** stringent ist. Der Gesetzgeber brachte diese dogmatische Neuerung durch eine Anpassung der Voraussetzungen an diejenigen der Sekundärrechte des Rücktritts und der Minderung sowie – anders als im alten Recht – durch eine selbständige Normierung der Selbstvornahme in einer eigenen Vorschrift, losgelöst vom Nachbesserungsrecht zum Ausdruck. Berücksichtigt man, daß der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen und Minderung sich im Ergebnis kaum unterscheiden und im Gegensatz zum Nacherfüllungsanspruch das konkrete Vorgehen bei der Selbstvornahme nicht der Dispositionsfreiheit des Unternehmers unterliegt, so scheint der Ansatz des Gesetzgebers folgerichtig. Ferner spricht auch der Grundsatz der Vertragsbindung für ein Recht des Unternehmers alles erforderliche zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges beitragen zu dürfen, bevor dem Besteller die Möglichkeit eröffnet wird, den Mangel eigenhändig zu beseitigen. Letztlich nicht zu beanstanden, wenngleich dogmatisch unpassend ist, daß der Gesetzgeber beim Selbstvornahmerecht von einer, § 281 IV BGB n.F. ent-

sprechenden Norm abgesehen hat. Diese Regelung bringt zum Ausdruck, daß dem Besteller, sobald er Schadensersatz statt der Leistung verlangt, nicht mehr die Nacherfüllung offensteht, d.h. eine Rückkehr vom Gewährleistungsstadium in das Erfüllungsstadium ausgeschlossen ist. Die gleiche Wirkung kommt auch der Erklärung des Rücktritts und der Minderung als rechtsgestaltende Willenserklärungen zu. Beim Selbstvornahmerecht ist der Besteller dagegen an seine Entscheidung für die Selbstvorname nicht gebunden und kann zum Nacherfüllungsverlangen überwechseln. Die Folgerung, daß der Besteller mit der Selbstvornahme noch gar nicht das Erfüllungsstadium verlassen hat, ist dagegen nicht zwingend. Vielmehr wird den Gesetzgeber die Erwägung geleitet haben, daß es nicht interessengerecht ist, dem Besteller nach einem ersten erfolglosen Nacherfüllungsversuch durch den Unternehmer gefolgt von eigenen ebenfalls erfolglosen Bemühungen den Rückgriff auf die Leistung des Unternehmers zu verwehren.

Ebenso begegnet die ***Neugestaltung der Voraussetzungen*** des Selbstvornahmerechts gewissen Bedenken. Diese führt dazu, daß der Aufwendungsersatzanspruch künftig praktisch in weitem Umfang den Schadensersatzanspruch verdrängen wird. Der Besteller kann auf diesem Wege nämlich die Erstattung fast aller durch die Mängelbeseitigung entstehender Unkosten verlangen. Nur die echten Schäden, wie etwa den entgangenen Gewinn oder den zwischenzeitlich eingetretenen merkantilen Minderwert, muß er weiterhin über §§ 634 Nr. 4, 280 I S.1 BGB n.F. liquidieren.[667] Zwar konnte bereits nach altem Recht über den Aufwendungsersatzanspruch das Ergebnis des Schadensersatzes erreicht werden, jedoch setzte dieser ein Verschulden des Unternehmers hinsichtlich der Verzögerung voraus. Nach neuem Recht kann daher eine Schadensersatzhaftung ohne Vertretenmüssen eintreten. Ob § 275 II und III BGB n.F. sowie § 635 III BGB n.F. hier ein ausreichendes Korrektiv darstellen, wie Oechsler[668] meint, ist eher zweifelhaft. Denn „unverhältnismäßige Aufwendungen“ schließen das Selbstvornahmerecht nur in Extremfällen aus – dies galt

[667] Oechsler, SchR BT, S. 391, Rn. 655
[668] Oechsler, SchR BT, S. 389, Rn. 652

bereits nach altem Recht über § 633 II S.3 BGB a.F. im Rahmen des Verzuges. Auch erscheint es fraglich, ob der Besteller aus Unsicherheit darüber, ob der Unternehmer die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechtes aus § 635 III BGB n.F. beweisen kann, den Weg der §§ 634 Nr. 4, 280 I S.1 BGB n.F. beschreiten wird. [669]

Demgegenüber ist die nunmehr in § 637 III BGB n.F. erfolgte Klarstellung, daß dem Besteller ein ***Anspruch auf Kostenvorschuß*** zusteht zu begrüßen. Dieser bietet für den Besteller erhebliche Vorteile, da ihm der Einsatz eigener Mittel erspart bleibt und eine finanzielle Überforderung des Bestellers durch die Vorfinanzierung, die faktisch das Selbstvornahmerecht entwerten würde, verhindert. Ferner hat der Besteller ein Interesse an einer Klärung der Kostentragungspflicht des Unternehmers vorab, denn im Einzelfall kann diese schwierig zu beurteilen und zweifelhaft sein.[670] Durch den Erforderlichkeitsmaßstab des § 637 I BGB n.F. wird ferner verhindert, daß der Besteller das Selbstvornahmerecht zu einer Wertsteigerung – z.B. durch die Verwendung besonders luxuriöser Materialien – mißbraucht.

[669] so aber Oechsler, SchR BT, S. 389, Rn. 652
[670] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 75

C. Die Rückgängigmachung des Vertrages

Das Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages warf im Rahmen der Reformbestrebungen zunächst einige grundlegende Fragen auf: So war fraglich, ob das Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages beim Werkvertrag überhaupt dem Besteller gewährt werden solle (dazu I.1.), und wenn ja, ob an der Eigenständigkeit des Instituts der Wandelung gegenüber dem Rücktritt festgehalten werden müsse (dazu I.2.). Aber auch die Voraussetzungen der Wandelung bzw. des Rücktritts (dazu I.3.) und deren bereits im alten Recht umstrittene rechtliche Durchführung (dazu I.4) wurden näher erörtert. Im Bereich der Rechtsfolgen erfolgte eine Auseinandersetzung mit der Auswirkung von Wandelung/Rücktritt auf den Mängelbeseitigungsanspruch und das ius variandi (I.5.a.), mit der Anspruchsgrundlage des Wertersatzanspruches des Unternehmers bei Unmöglichkeit der Rückgewähr des Werkes (I.5.b.aa.), dem Maßstab für dessen Bemessung (I.5.b.bb) sowie der Frage nach dem Bestehen eines Anspruches auf Rücknahme des mangelhaften Werkes (I.5.c.).

I. Das alte Recht

1. Ausschluß des Instituts der Wandelung beim Werkvertrag?

Während beim Kaufvertrag die Wandelung unproblematisch vonstatten ging (Geld zurück, Ware zurück), traten bei der Wandelung im Rahmen des Werkvertrages erhebliche Schwierigkeiten auf. Zwar konnte auch hier der Werklohn zurückgezahlt werden, jedoch war fraglich, wie die Rückerstattung der unternehmerischen Leistung erfolgen sollte.[671]

Beim echten Werkvertrag – im Gegensatz zum Werklieferungsvertrag – bearbeitete der Unternehmer einen bestellereigenen Stoff. Was er selbst an Körperlichem hinzufügte, waren nur Zutaten, § 651 II BGB a.F, so etwa der Garn, mit welchem ein Anzug aus dem Stoff des Bestellers genäht wurde, oder die Baumaterialien, mit denen der Unternehmer auf dem

[671] Peters JR 1979, S. 265 (265)

Grundstück des Bestellers ein Haus errichtete. Die eigentliche Leistung des Unternehmers bei „körperlichen“ Werken bestand in etwas Unkörperlichem. Wie sollte aber dieses unkörperliche Werk zurückgewährt werden?[672] Eine Pflicht zur gegenständlichen Rückgewähr des Anzuges oder des bebauten Grundstückes war ausgeschlossen, da sie den Besteller neben dem Ergebnis der unternehmerischen Anstrengungen zugleich auch seines Leistungssubstrates berauben würde.[673] Ebenso bestanden hinsichtlich der Rückgabe der Zutaten Bedenken: Da sie meist gemäß §§ 93, 94 BGB a.F. wesentlicher Bestandteil des bestellereigenen Stoffes geworden waren, konnten sie nicht ohne erhebliche rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten von diesem getrennt werden. Daneben drohte bei der Abtrennung die Zerschlagung wirtschaftlicher Werte, da die Wandelung bereits bei einem nicht unerheblichen Mangel, § 634 III BGB, also nicht nur im Falle der völligen Wertlosigkeit des Werkes, möglich war.[674]

Erst recht ergaben sich Schwierigkeiten bei „unkörperlichen“ Werken, wie einer Theateraufführung. „Was würde, um ad absurdum zu argumentieren, nach beendeter Vorstellung dem Theater die Rückgabe der Theaterkarten nützen?“[675]

Eine Möglichkeit, diese Schwierigkeiten zu beheben, wäre gewesen, die Wandelung beim Werkvertrag im Einzelfall im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auszuschließen und den Besteller auf Nachbesserung, Minderung und Schadensersatz zu verweisen.[676] Dies war insbesondere im Hinblick darauf denkbar, daß für die Fälle, in denen eine Wandelung praktisch nicht durchführbar erschien (z.B. wenn sich das Werk in einem bestellerfremden Sachsubstrat niederschlägt, wie ein Individualsoftware-Programm auf einer Diskette[677]), auch mit dem Schadensersatzanspruch das Ziel der Wandelung, die Herstellung des status quo ante verfolgt

[672] Peters JR 1979, S. 265 (265); ebenso: Acker/Konopka, BauR 2002, S. 1307 (1308)
[673] Koller, DB 1974, S. 2385 (2385); Soergel/Ballerstedt (10. Aufl.) § 634 Anm. 14
[674] Peters JR 1979, S. 265 (265)
[675] Peters JR 1979, S. 265 (266)
[676] Ingenstau/Korbion VOB/B, § 13 Rn. 658 (zum VOB-Bauvertrag)
[677] BGH NJW 1988, S. 406 (406 f.): zu Standardsoftware, auf welche Kaufrecht angewendet wird

werden konnte[678].

a. Kein Ausschluß der Wandelung

Die Literatur[679] hielt die Wandelung beim Werkvertrag für uneingeschränkt zulässig. Lediglich für den Sonderfall der VOB-Bauverträge war die Wandelung nach herrschender Literaturansicht[680] ausgeschlossen. Dies wurde aus der Tatsache gefolgert, daß die VOB die Wandelung als Recht des Bestellers nicht erwähnte. [681] Auch entspräche die Wandelung, die gegebenenfalls zum Abbruch eines Bauwerkes führen müsse, weder dem Interesse des Auftragnehmers noch demjenigen des Auftraggebers, dem im allgemeinen daran gelegen sei, die Leistung nachbessern und zu Ende bringen zu lassen.[682]

b. Ausschluß der Wandelung

Dagegen schlug das OLG Koblenz[683] in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 einen Sonderweg ein, der jedoch nicht durch höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt wurde: Im Wege ergänzender Vertragsauslegung nahm dieses eine Korrektur des Gesetzes vor und schloß die Wandelung aus: „Nach § 634 BGB kann zwar auch bei einem Werkvertrag der Besteller u.U. Wandelung verlangen. Eine Wandelung kommt jedoch praktisch, wenn es sich, wie hier, um eine Arbeitsleistung an einem Bauwerk handelt, nur selten in Betracht, da bei solchen Leistungen eine Rückgewähr im Sinne der §§ 467, 346 BGB meist nicht möglich sein

---

[678] BGH, DB 1963, S. 1213; Soergel/Ballerstedt (10. Aufl.), § 635 Rn. 12

[679] Werneburg JR 1930; S. 210 (210); Koller, DB 1974, S. 2385 (2385); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 40 ff.; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 14; Erman/Seiler (10 Aufl.), § 634 Rn. 16 ff.

[680] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 25; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 33; Ingenstau/Korbion, VOB/B § 13 Rn. 657 ff.; Lehning NJW 1953, S. 772 (772); Weber NJW 1958, S. 1710 (1711); Kuhn NJW 1955, 412 (412); Schmidt MDR 1963, S. 263 (266); Schmalzl NJW 1971, S. 2015 (2015); Kaiser, Mängelhaftungsrecht, Rn. 93 ff.; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 218; Der BGH bezeichnete es als zweifelhaft, ob eine Wandelung nach einem VOB-Bauvertrag zulässig sei (BGH Urt. V. 29.5.1961 – VII ZR 84/60), ließ diese Frage aber letztlich offen (BGH Urt. V. 29.5.1961 – VII ZR 84/60; BGHZ 42, 232 (234 f.); BGHZ 51, 275 (278)). Er stellte hierbei fest, der Besteller könne für den Fall, daß das Werk bei der Abnahme schlechthin wertlos sei, gleichermaßen im Wege der Minderung das Ergebnis der Wandelung erreichen: Er habe das Recht die volle Herausgabe des Werklohns zu verlangen (BGHZ 42, 232 (234 f.).

[681] Soergel/Teichmann (13. Aufl), § 634 Rn. 25

[682] Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag, Rn. 171

[683] OLG Koblenz, NJW 1962, S. 741 (741)

wird.[...] In derartigen Fällen wird man deshalb in der Regel schon, falls vertraglich nichts Abweichendes vereinbart worden ist, bei einer den Bedürfnissen der Praxis gerecht werdenden Vertragsauslegung annehmen können, daß das Recht auf Wandelung ausgeschlossen sein soll."

c. Ausschluß der Wandelung im Einzelfall

Peters[684] kritisierte diese grundsätzliche Annahme eines stillschweigenden Wandelungsausschlusses bei Bauverträgen als zu weitgehend. Jedoch seien wegen der Problematik der Wandelung beim Werkvertrag keine hohen Anforderungen an den Ausschlußwillen der Parteien zu stellen. So genüge bereits, daß der Vertrag die sonstigen Rechte des Bestellers regele oder anspreche, die Wandelung aber übergehe.

2. Eigenständigkeit des Rechtsinstituts „Wandelung"

Für den Werkvertrag war bereits im alten Schuldrecht das Recht des Bestellers vorgesehen, den Vertrag zu wandeln. Der historische Gesetz-geber beschränkte sich jedoch nicht darauf, dem Besteller die im allge-meinen Leistungsstörungsrecht vorgesehene Möglichkeit des Rücktrittes zu gewähren, sondern regelte dieses Recht in Gestalt der „Wandelung" im Gewährleistungsrecht, §§ 634, 465 bis 467, 469 bis 475 BGB a.F. Denn es wurde als „durch ein praktisches Bedürfnis geboten"[685] angesehen, den Besteller für das Auslösen des Rechtes auf Wandelung nicht wie beim Rücktritt, § 326 BGB a.F., auf den umständlichen Weg zu verweisen, den Unternehmer zunächst durch Mahnung in Verzug setzen und ihm dann noch eine Nachfrist einräumen zu müssen. Vielmehr sollte er beim Auftreten eines Mangels dem Unternehmer eine Frist setzen können, mit der Folge, daß der schlichte Fristablauf als Voraussetzung für die Wandelung genüge.[686]

3. Die Voraussetzungen

---

[684] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 41
[685] Motive II, § 569, S. 481
[686] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 1

Erste Voraussetzung der Wandelung war, daß das Werk einen Mangel „der in § 633 bezeichneten Art“ aufwies, § 634 I S. BGB a.F. Der Rücktritt wegen eines Mangels, der den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich minderte, war jedoch ausgeschlossen, § 634 III BGB a.F.

Daneben war erforderlich, daß die Voraussetzungen des § 634 I, II BGB a.F. vorlagen. Der Besteller mußte dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne, § 634 I S.1 BGB a.F. Hierbei stellte die Rechtsprechung an die Formulierung der Ablehnungsandrohung strenge Anforderungen. Zwar mußte der Besteller nicht den Wortlaut des Gesetzes verwenden. Erforderlich war aber, daß eindeutig zum Ausdruck kam, der Unternehmer werde nach Fristablauf die Möglichkeit der Nachbesserung verlieren.[687] Dem Unternehmer sollte wegen der für ihn einschneidenden Bedeutung des Verlustes des Nachbesserungsrechtes auf eindringliche und ultimative Weise diese Folge vor Augen geführt werden.

In gewissen Fällen war jedoch die Fristsetzung gemäß § 634 II BGB a.F. entbehrlich: So, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich war (§ 634 II 1.Var. BGB a.F.), wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung verweigerte (§ 634 II 2.Var.) oder wenn der Besteller ein besonderes Interesse an der sofortigen Geltendmachung des Anspruches auf Wandelung oder Minderung hatte.[688]

Des weiteren stellte sich die Frage, ob das Rücktrittsrecht bei alleiniger oder überwiegender Verantwortlichkeit des Bestellers für den Mangel des Werkes ausgeschlossen sei. Der historische Gesetzgeber sah eine solche Haftungsbeschränkung als „selbstverständlich“ an.[689] Dies wurde von

---

[687] OLG Düsseldorf BauR 1977, 134; Baden, BauR 1986, S. 28 (29); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn.20

[688] hierzu: Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 24 ff.; Soergel/Teichmann (12. Aufl.),§ 634 Rn. 7 ff.; MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 634 Rn. 14 ff.; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 6 ff. ; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 76 ff.; Fischer, BauR 1995, S. 452 (452 ff.)

[689] Motive II, § 570, S. 485

Literatur und Rechtsprechung für den Nacherfüllungsanspruch[690], die Minderung[691] und den Schadensersatzanspruch[692] bestätigt. Bezüglich der Wandelung war eine Mitverantwortlichkeit wohl ebenfalls zu berücksichtigen.[693] Hierfür sprach, daß, wenn im Rahmen des § 635 BGB a.F. die Mitverursachung des Bestellers zu beachten war, es paradox wäre, wenn der dem Schadensersatzanspruch gleichgestellte („statt Wandelung" § 635 BGB a.F.) Anspruch auf Wandelung zu anderen Ergebnissen führen würde.[694]

4. Rechtstechnische Ausgestaltung der Wandelung

Gemäß § 634 I S. 3 BGB a.F. konnte der Besteller unter den genannten Voraussetzungen „Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen". Nach §§ 634 IV, 465 BGB a.F. war die Wandelung oder Minderung „vollzogen", wenn sich der Unternehmer mit ihr auf Verlangen des Bestellers einverstanden erklärte. Um diese rechtstechnische Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte bestand seit der Vollendung des BGB ein Meinungsstreit.[695]

In der Literatur standen sich im wesentlichen drei Auffassungen gegenüber:

a. Die strenge Vertragstheorie

Nach der strengen Vertragstheorie[696] hatte der Besteller nur einen Anspruch auf Abschluß eines Wandelungsvertrages. Erst durch diesen

---

[690] Rieble, DB 1989, S. 1759 (1761), RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 26, Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633Rn. 179

[691] BGH Schäfer-Finnen Z 2.414, 146; BGH Schäfer-Finnen Z.2.414, 258; BGH Schäfer-Finnen Z.2.414.288; LG Mönchengladbach, VersR 1971, S. 185 (186); MünKomm/ Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 40; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 18; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 29; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, § 12 Rn. 351; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13, Rn.78 o; Nicklisch/ Weick/Nicklisch, VOB/B § 13 Rn. 211

[692] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 633 Rn. 35; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 21; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 53 ff.; BGH NJW 1993, S. 1191 (1991 ff.); OLG Koblenz NJW-RR 1990, S. 30 (31); OLG Hamm NJW 1989, 2066 (2066)

[693] So auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 302 Rn. 29

[694] Ähnlich zum Nachbesserungsanspruch, Staudinger/Peters (13. Aufl.) § 633 Rn. 179

[695] Kupisch, AcP 170 (1970), S. 479 (501)

[696] OLG Hamburg HansGZ 1906, Beibl. Nr. 117; OLG Hamm NJW 1993, 1930 (1930); Oertmann, § 465 Anm 1 c, d; Dernburg II, § 185 VI; Cosack/Mitteis I, § 188 III; Crome

Vertrag werde der Kaufvertrag aufgehoben und die Wandelung vollzogen i.S.d. § 465 BGB a.F. Damit entfielen die noch nicht erfüllten Leistungspflichten, und es entstanden die Ansprüche auf Rückgewähr der Leistungen (§§ 467, 346 ff. BGB a.F.). Im Falle der Verweigerung des Einverständnisses durch den Unternehmer, müsse auf Einwilligung in die Wandelung geklagt werden. Das erstrittene rechtskräftige Urteil ersetze sodann gemäß § 894 ZPO die Einwilligungserklärung. Mit dieser Klage auf Einwilligung könne zugleich die Klage auf Rückzahlung verbunden werden. Das ius variandi, d.h. das Recht, zwischen den verschiedenen Gewährleistungsansprüchen zu wählen, erlösche schließlich mit dem – gegebenenfalls im Klageweg erzwungenen – Vollzug der Wandelung.

b. Die Herstellungstheorie

Die Herstellungstheorie[697] ging dagegen davon aus, daß dem Besteller unmittelbar ein Anspruch auf Rückgewähr des geleisteten Werklohnes bzw. – bei noch nicht erfolgter Zahlung – auf Befreiung von der Werklohnschuld zustehe, ohne daß es einer vorherigen Aufhebung oder Umgestaltung des Werkvertrages bedürfe.[698] Der Wandelungsanspruch sei der Rückgewähranspruch selbst. Dieser Anspruch bestehe Zug um Zug gegen Rückgabe des Werkes. Die Bedeutung des § 465 BGB a.F. sei auf das Erlöschen des ius variandi infolge der Einwilligung des Bestellers beschränkt. Im Streitfalle erlösche das ius variandi erst mit Rechtskraft des auf die Wandelungs- oder Minderungsklage ergehenden Urteils.[699]

Für diese Theorie wurde insbesondere ihre Praktikabilität geltend gemacht. Die Vertragstheorie führe zu einer unnötigen Erschwerung der

---

II, § 222 I 1 ; Leonhardt, BSchR, S. 67 ff.

[697] OLG Frankfurt Recht 1912, Nr. 988; OLG Hamburg Seuff Arch. 68, Nr. 35; Biermann, AcP 95 (1904), S. 315 (315 ff.); Blomeyer, AcP 151 (1950/1), S. 97 (110 ff.); Enneccerus/ Lehmann, II, § 110 I 2; Erman JZ 1960, S. 41 (43 ff.); Erman/Weitnauer (7. Aufl.), Vor § 459 Rn. 39; Jauernig/Vollkommer (9.Aufl.), § 462 Rn. 3 f; Kupisch, AcP 170 (1970), S. 479 (498 ff.); Reinicke/Tiedtke, KaufR, S. 151 Rn. 372; Tiedtke, ZIP 1986, 953 (955 ff.); Soergel/Huber (12. Aufl.), § 462 Rn. 58

[698] a.A.: Blomeyer, AcP 151 (1950/51), S. 97 (111 f.): der Besteller könne den Vertrag „mit den Folgen der §§ 467, 346 ff. als dahingefallen behandeln“, damit sei die Werklohnschuld erloschen.

[699] anderer Ansicht Ermann, JZ 1960, S. 41 (44) und Kupisch, AcP 170 (1970), S. 479 (479 ff.), 500: Das ius variandi erlösche erst mit der, notfalls erzwungenen, vollständigen Rückzahlung.

Rechtsverfolgung, da sie den Abschluß eines auf den Vollzug der Wandelung gerichteten Vertrages verlange.[700]

c. Die modifizierte Vertragstheorie

Ausgehend von der Prämisse der Vertragstheorie, daß die gemäß §§ 467, 346 BGB a.F. entstehenden Rückgewähransprüche die Aufhebung des Vertrages voraussetzten, stellte die modifizierte Vertragstheorie[701] fest, es bedürfe hierzu nicht notwendig eines Vertrages. Vielmehr genüge ein in der Sache rechtsgestaltendes Urteil, welches auch in der Form der Verurteilung auf Rückzahlung ergehen könne. Verweigere der Unternehmer also das Einverständnis, so könne der Besteller unmittelbar auf Leistung klagen. Durch das stattgebende Urteil werde sodann die Wandelung vollzogen. Die Umgestaltung erfolge implizit durch richterliche Gestaltung, sie brauche weder im Klageantrag noch im Urteil besonders ausgesprochen zu sein. Das Leistungsurteil sei mithin ein verdecktes Gestaltungsurteil. Vollzogen werde die Wandelung daher entweder durch Einigung der Parteien (§ 465 BGB a.F.) oder durch richterlichen Gestaltungsakt.

d. Rechtssprechung

Das Reichsgericht[702] und der BGH[703] verweigerten eine Stellungnahme zu diesem Theorienstreit. Zwar sprach sich das Reichsgericht gegen einen Vollzug der Wandelung durch einseitige Erklärung des Käufers aus[704], folgte gleichwohl aber nicht der Vertragstheorie, sondern eröffnete dem Käufer die Möglichkeit, sogleich auf Leistung zu klagen.[705] Andererseits wurde dem Käufer auch das Recht zugebilligt, lediglich Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Wandlung zu begehren.[706]

---

[700] Enneccerus/Lehmann, II, § 110 I 2; Reinicke/Tiedtke, KaufR, S. 151 Rn. 371; Biermann, AcP 95 (1904), S. 315 (332); Blomeyer, AcP 151 (1950/51), S. 97 (98)
[701] Bötticher, Wandlung, S. 31 ff.; Larenz NJW 1951, S. 497 (497 ff.); Larenz, SchR II/1, § 41 II a, S. 51 ff.; Finkentscher, SchR, § 69 IV 2, Rn. 722; MünKomm/Westermann (12. Aufl.) § 465 Rn. 10; Palandt/Putzo (61. Aufl.), § 465 Rn. 5 f.; Schlosser, Gestaltungsklagen, § 16 IV 1; Herberger, Rechtsnatur, S. 117 ff.
[702] RGZ 58, 423 (425); JW 1913, 736 (737)
[703] BGHZ 29, 148 (152 ff.)
[704] RGZ 59, 97 (98)
[705] RGZ 58, 423 (425)
[706] RG JW 1913, 736

5. Rechtsfolgen der Wandelung

a. Das Erlöschen des Nacherfüllungsanspruches und des ius variandi

Hatte der Besteller dem Unternehmer eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt oder hatte er bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung die Erfüllung wirksam abgelehnt, so trat mit dem Ablauf der Frist oder dem Zugang der Ablehnungserklärung in gleicher Weise wie bei § 326 BGB a.F. ein Schwebezustand ein. Das Primärschuldverhältnis erlosch, d.h. der Besteller konnte nicht mehr Nacherfüllung verlangen und damit auch nicht mehr die Mängel selbst auf Kosten des Unternehmers beseitigen. Entsprechend durfte der Unternehmer nicht mehr den Mangel beheben, es sei denn, die Verweigerung der Entgegennahem des Werkes durch den Besteller erwies sich als treuwidrig.[707]

Da die Wirksamkeit von Wandelung und Minderung nach §§ 634 IV, 465 BGB a.F. den Vollzug voraussetzen, war nach der überwiegend vertretenen strengen und modifizierten Vertragstheorie der Inhalt des Sekundärschuldverhältnisses allerdings noch offen. Vor der Einverständniserklärung des Unternehmers mit der Wandelung oder Minderung bzw. der Rechtskraft des Urteils, dem richterlichen Gestaltungsakt, konnte der Besteller noch von dem einen zum anderen Rechtsbehelf übergehen (ius variandi).[708]

b. Wertersatz bei Verbleib des Werkes beim Besteller

Sobald die Wandelung vollzogen war, wandelte sich das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis, auf welches die Vorschriften des vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts, §§ 346 ff. BGB a.F., gemäß §§ 634 IV, 467 BGB a.F. Anwendung fanden. Der Besteller hatte dann einen Anspruch auf Rückzahlung des Werklohnes, §§ 634 IV, 467, 346 S. 1

---

[707] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 11; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 10

[708] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 11; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 42; MünKomm/Soergel (3. Aufl.)§ 634 Rn. 41; Peters, JZ 1977, 458 (458); Schmitz, BauR 1979, S. 195 (195); BGHZ 105, 103, (106 f.)

BGB a.F., Zug um Zug gegen Rückgabe des Werkes.

Gerade die Rückgabe des Werkes bereitete jedoch Probleme, wenn es sich um ein unkörperliches Werk handelte oder eine Abtrennung der Leistung des Unternehmers nicht möglich war. In diesem Falle war die Wandelung nicht etwa ausgeschlossen, sondern man begegnete den dargestellten Schwierigkeiten (s.S. 200), indem man dem Unternehmer einen Anspruch auf Wertersatz zubilligte.[709]

aa. Die Anspruchsgrundlage für den Wertersatzanspruch

Umstritten war nur, auf welche Grundlage dieser Anspruch auf Wertersatz zu stützen sei.

Die §§ 812 ff. schieden nach Peters[710] hierfür aus, da bei der Wandelung ebenso wie beim Rücktritt die Leistung „mit rechtlichem Grund“ erworben bleibe. Nach seiner Ansicht[711] konnte § 327 S.2 BGB a.F. auch nicht dahingehend verstanden werden, daß stets nur derjenige nach Bereicherungsrecht hafte, der die Vertragsauflösung zu vertreten habe[712]. Denn diese Auslegung des § 327 S.2 sei weder mit dem Wortlaut der Norm noch mit ihrer Entstehungsgeschichte vereinbar.

Riedel[713] zog die §§ 951, 812 ff. als Anspruchsgrundlage heran, wenn die Leistung des Unternehmers wesentlicher Bestandteil einer Sache des Bestellers geworden sei.[714]

Nach Ballerstedt[715] waren Anspruchgrundlage die §§ 634 IV, 467, 347 S.2, 994 II, 684 S.1, 818 ff. BGB a.F. Er sah die Leistung des Unternehmers als Verwendung i.S.d. § 994 BGB a.F. an. Zu dieser Norm gelangte er über §§ 634 IV, 467 BGB a.F., die eine Verweisung auf § 347 S.2 BGB a.F. und

---

[709] RG WarnR 14, 45; RGZ 147, 390 (393); Peters, JR 1979, S. 265 (265); Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 18; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 50
[710] Peters, JR1979, S. 265 (267); Wolf; AcP 153 (1954), S. 97 (118)
[711] Peters, JR 1979, S. 265 (267); ebenso Koller, DB 1974, S. 2385 (2386)
[712] diese Lesart geht auf RGZ 130, 119 (123) zurück
[713] Soergel/Ballerstedt (10. Aufl.), § 634 Rn. 15
[714] dagegen Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 31

von dort auf § 994 II BGB a.F. enthielten. Die Paragraphenkette sei, da der Besteller mit der Wandelung bekundet habe, daß die mangelhafte Werkausführung seinem Willen und Interesse zuwiderlaufe, nicht zu den §§ 683 S.1, 670 BGB a.F., sondern zu den §§ 684 S.1, 818 ff. BGB a.F. fortzusetzen.[716]

Demgegenüber gingen Peters[717], Seiler[718] und Koller[719] davon aus, daß § 346 S.2 BGB analog anzuwenden sei. Die direkte Anwendung scheide aus, da keine Dienste geleistet, sondern ein Werk erbracht worden sei.

bb. Der Maßstab für die Bemessung des Wertersatzes

Bei der Bemessung des Wertersatzes war das Arbeitsergebnis des Unternehmers zu bewerten und nicht etwa eine Vergütung der Arbeitsleistung zuzüglich der Zutaten zu gewähren.[720] Ein weiterer Streitpunkt ergab sich bezüglich der Frage, ob der Wert der Leistung objektiv oder subjektiv aus Sicht des Bestellers zu bestimmen sei.

Unter dem Gesichtspunkt, daß es sich für den Besteller um eine aufgedrängte Bereicherung handele, befürworteten Koller und Werneburg[721] eine subjektive Beurteilung.

Dagegen verwiesen Peters und Seiler[722] darauf, eine subjektive Bewertung finde in § 346 S.2 BGB a.F. keine Stütze und führe zu unsicheren und zufälligen Bewertungsmaßstäben. Eine objektive Bewertung solle jedoch dann nicht gelten, wenn der Vertrag selbst geeignete Bewertungsmaßstäbe enthalte.

---

[715] Soergel/Ballerstedt (10. Aufl.), § 634 Rn. 15
[716] Dagegen wandte Peters, JR 1979, S. 265 (267), zu Recht ein, § 347 BGB a.F. betreffe die Verwendungen des Rückgewährpflichtigen auf die empfangene und zurückzugewährende Sache, während es im vorliegenden Falle gerade um die zurückzugewährende Sache gerade selbst ginge.
[717] Peters, JR 1979, S. 265 (267)
[718] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn.18
[719] Koller, DB 1974, S. 2385 (2385)
[720] RG, JW 1911, S. 756; Erman/Seiler (10. Aufl.) § 634 Rn. 18; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 50; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 13
[721] Koller, DB 1974, S. 2385 (2389); Werneburg JR 1930, S. 210 (212)
[722] Staudinger/ Peters (13. Aufl.) § 634 Rn. 51; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 18;

c. Bestehen eines Beseitigungsanspruches?

Schließlich war noch umstritten, ob der Besteller im Rahmen der Wandelung vom Unternehmer die Rücknahme des mangelhaften Werkes verlangen dürfe. Dies konnte, wenn der Unternehmer Sachen des Bestellers bearbeitet hatte, bedeuten, daß er die Bearbeitung rückgängig zu machen habe.

Gegen einen solchen Beseitigungsanspruch sprachen sich Glanzmann[723] und Mühl[724] aus, denn dieses Verlangen sei nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruches möglich und könne lediglich unter der zusätzlichen Voraussetzung des Verschuldens des Unternehmers gemäß § 635 BGB a.F. gewährt werden.

Peters[725]und Seiler[726] bejahten hingegen einen Beseitigungsanspruch des Bestellers. Dieser führe die Wandelung in ihrem Ziel der restitutio in integrum des Bestellers konsequent fort. Schließlich könne der Besteller den Beseitigungsanspruch dem Wertersatzanspruch des Unternehmers einredeweise entgegenhalten, nachdem er den vertraglichen Vergütungsanspruch mit der Wandelung selbst zu Fall gebracht habe. Im Ergebnis würde der Unternehmer damit tatsächlich nichts bekommen und der Besteller den status quo ante erreichen.[727] Überdies könne nur so die Wandelung von der Minderung, bei der der Besteller zum Ausdruck bringe, er wolle das Werk trotz Mängel hinnehmen und auf dieser Grundlage abrechnen, unterschieden werden.[728]

RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 13

[723] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 17

[724] Soergel/Mühl (11. Aufl.), § 634 Rn. 14; OLG Hamm NJW 1978, S. 1060 (1060);

[725] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 46

[726] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 19; ebenso: Kornmeier, NJW 1978, S. 2035 (2035) ; Palandt/Sprau (61. Aufl.), § 634 Rn. 7; OLG Frankfurt BauR 1990, S. 473 (473 f.); a.A.: Acker/Konopka, BauR 2002, S. 1307 (1309): Mit dem Argument, der Rücknahmeverpflichtung stünden die §§ 93, 94 BGB entgegen, da sie vor der Zerschlagung wirtschaftlicher Werte schützten. Dies kann nicht überzeugen. Denn wie die Autoren selbst bemerken, muß der Besteller mit dem Eigentümer nicht personenidentisch sein. Nur der dingliche Rechtsinhaber gehört jedoch zu dem von §§ 93, 94 BGB geschützten Personenkreis.

[727] Peters, JR 1979, S.265 (269, 271)

[728] Peters, JR 1979, S. 265 (270); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 48

d. Erstattung der Vertragskosten

Schließlich stand dem wandelnden Besteller auch ein Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten zu. Denn die Verweisung des § 634 IV BGB a.F. bezog sich zugleich auf § 467 S.2 BGB a.F., der einen solchen Anspruch dem Käufer gewähre.

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Hinsichtlich der Frage, inwieweit ein kodifikatorisch zu lösender Reformbedarf in der Sache bestand, sprach sich *Weyers*[729] für eine geringfügige Modifizierung, *Keilhoz*[730] und *Teichmann*[731] gar völlig gegen jegliche Änderung aus. *Peters*[732] hingegen sah zumindest die Frage, ob und wann der Besteller eine Beseitigung des Werkes verlangen kann, als regelungsbedürftig an. Daneben bemängelte er, daß die Probleme der Rückabwicklung beim Werkvertrag vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden seien.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Vertragsaufhebung ist in der Richtlinie ebenso wie die Minderung als sekundärer Rechtsbehelf ausgestaltet. Minderung oder Vertragsaufhebung kann der Verbraucher nur verlangen, wenn der Anspruch auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen ist (Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2.HS VbrKfRL) oder der Verkäufer die Abhilfe nicht in angemessener Frist oder nur unter erheblichen Unannehmlichkeiten erbringt (Art. 3 Abs. 5 Sp.1-3 VbrKfRL). In dieser Ausgestaltung als subsidiärer Rechtsbehelf folgt die Richtlinie dem UN-Kaufrecht, Art. 49 Abs. 1 b CISG.

Überraschend ist die ***rechtstechnische Ausgestaltung des Instituts der Rückgängigmachung*** des Vertrages in der Richtlinie. Dem Wortlaut „berechtigt ist, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen“ zufolge, handelt es sich hierbei um ein der Wandelung des BGB vergleichbares Institut. Schlechtriem sieht hierin einen Hinweis auf die Vertragstheorie.[733] Ein Vergleich mit der englischen („may have the contract rescinded“) bzw. der französischen Fassung („celui-ci peut exigier [...] la résultion du contract“)

---

[729] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[730] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (327)
[731] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 62)
[732] Staudinger/Peters (13. Aufl.), Vorbem., Vorbem. § 631 ff. Rn. 166
[733] Schlechtriem, JZ 1997, S. 441 (445)

bestätigt, daß es sich nicht um ein Redaktionsversehen der deutschen Fassung handelt. Hierfür spricht auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, wo vom „Anspruch auf Auflösung des Vertrages“ die Rede ist.[734] Eine solche Konzeption des Rechtsbehelfs der Rückgängigmachung des Vertrages verwundert jedoch, denn in den meisten Mitgliedstaaten war diese als Gestaltungsrecht konzipiert. Auch im UN-Kaufrecht, an welches sich die Richtlinie stark anlehnt, ist die Vertragsaufhebung, Art. 49 Abs. 1 HS 1 CISG, ein Gestaltungsrecht („der Verkäufer kann die Aufhebung des Vertrages erklären“).[735] Angesichts dessen muß wohl von einer bewußten Kehrtwende ausgegangen werden. Offen bleibt dann allerdings, weshalb trotz Festhaltens an der Konzeption der Wandelung in der deutschen Fassung auf den Terminus „Wandelung“ verzichtet wurde. [736]

Die ***Voraussetzungen*** der Rückgängigmachung des Vertrages betreffend stellt Art. 3 VI VbrKfRL fest, daß die Rückgängigmachung des Vertrages bei nur geringfügigen Vertragswidrigkeiten ausscheide. Hierbei handelt es sich um ein Zugeständnis an die skandinavischen Staaten, welche auf einer solche, ihren nationalen Rechtsordnungen vertrauten Einschränkung beharrten.[737]

Die ***Modalitäten über die Durchführung der Vertragsauflösung*** richten sich, wie Erwägungsgrund 15 S. 2 der Richtlinie klarstellt, nach nationalem Recht[738]. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die Richtlinie hierzu keine Regelung trifft. [739]

---

[734] Abl.EG 1997/C 66, vom 3.3.1997, S. 5 (9)

[735] Schlechtriem/Huber, CISG, 49 Rn. 28; Freiburg, Recht der Vertragsaufhebung, S. 49 f.; so auch zur Wandelung: Hirner, Rechtsbehelf der Minderung, S. 275 - 280

[736] Nach Staudenmayer, NJW 1999, S. 2393 (2395) wurde wegen der konzeptionellen Schwierigkeiten im Rahmen der Wandelung von diesem Terminus abgesehen. Das österreichische Recht hält demgegenüber in § 932 Abs. 1 ABGB n.F. am Begriff der „Wandelung“ fest.

[737] Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 27 (39)

[738] Abl.EG 1999/L 171 vom 7.7.1999, S. 12 (13)

[739] Kircher ZRP 1997, S. 290 (292)

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

Weyers sieht in seinem Gutachten zum Werkvertragsrecht nur geringfügige Reformen vor.

Er schlägt vor, an der Wandelung als gegenüber dem Rücktritt ***eigenständigem Rechtsinstitut*** festzuhalten und dieses wie bisher – in § 634 BGB a.F. – zusammen mit der Minderung zu regeln.[740]

Daneben wird eine Einschränkung oder ein Ausschluß des Instituts der Wandelung (s.S. 200 ff.) wegen der Probleme bei Unmöglichkeit der Rückgewähr des Werkes, insbesondere der Frage der subjektiven oder objektiven Wertbestimmung (s.S. 209), erwogen. Weyers entschied sich jedoch gegen eine solche Einschränkung bzw. einen Ausschluß der Wandelung, da dies „bei Verträgen dieser Art nicht viel verbessern“[741] würde. Soweit der Besteller Nachteile zu befürchten habe – hier liege nämlich der Schwerpunkt des Problems –, würde sich nichts ändern, da er schon nach altem Recht veranlaßt werde, einen anderen Rechtsbehelf zu wählen. Für den Unternehmer verwirkliche sich aber nur das werkvertragstypische Erfolgsrisiko, wenn sein Aufwand schließlich umsonst gewesen sei, weil es ihm trotz Nachbesserungsbefugnis nicht gelungen sei, das Werk vertragsgemäß herzustellen. Er stehe nicht schlechter, als wenn der Besteller das Werk zurückweise.

Des weiteren dachte Weyers darüber nach, sowohl die ***Wandelungsvoraussetzung „Ablehnungsandrohung“*** als auch den ***Ausschluß des Erfüllungsanspruches*** zu beseitigen. Dann könne der Besteller auch nach Ablauf der Frist neben der Wandelung und Minderung noch Erfüllung durch Behebung des Fehlers verlangen. Letztlich

[740] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[741] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1164)

entscheidet sich Weyers jedoch gegen eine Änderung: Es sei wichtiger, die Gleichheit der Anspruchsvoraussetzungen von § 326 BGB a.F. und § 634 BGB a.F. zu wahren. Eine gleichzeitige Änderung des § 326 BGB a.F. lehnt Weyers ohne nähere Begründung ab.[742]

Die einzigen Neuerungen gegenüber § 634 BGB a.F. im bisherigen Recht stellten die ***rechtstechnische Ausgestaltung*** der Wandelung als ***Gestaltungsrecht***[743] und die Ersetzung des Wortes „Beseitigung" durch den Begriff „Behebung" entsprechend der Entscheidung Weyers´ zu § 633 BGB dar – bei letzterer handelt es sich jedoch nur um eine Abweichung in der Formulierung. Daneben wurde § 634 I S.2 BGB a.F. nachgestellt, um die Regelung des Normalfalles in einem Zuge darzustellen. [744]

b. Das Gutachten von Keilholz

Weyers folgend hielt auch Keilholz[745] an dem gegenüber dem Rücktritt ***eigenständigen Rechtsinstitut der Wandelung*** fest und sprach sich gegen einen generellen ***Ausschluß des Instituts der Wandelung*** aus. Denn es sei nicht einzusehen, warum beispielsweise der Bauherr, dem anstelle des mit dem Generalunternehmer vereinbarten Hauses ein ganz anderes geliefert worden sei, nicht wandeln können bzw. warum der Rohbauunternehmer nicht zum Abriß schlechter Fundamente gezwungen werden solle.

Daneben bejahte Keilholz unter Berufung auf Peters[746] die Frage nach dem ***Bestehen eines Beseitigungsanspruches*** analog § 1004 BGB a.F. Er sprach sich allerdings für die Beschränkung auf eine Teilwandelung aus, soweit diese möglich sei.[747] Der Bauherr habe das gelungene Werk abzunehmen und könne nur die Beseitigung des mißlungenen Teils verlangen. Eine Umgestaltung des bisherigen § 634 III BGB a.F. sei jedoch nicht

---

[742] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1164)
[743] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1163); dagegen Köhler, in NJW 1984, S. 1841 (1846 f.): ein Festhalten an der Vertragstheorie habe den Vorteil, daß dem Besteller möglichst lange das Wahlrecht zu erhalten.
[744] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1164 f.)
[745] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (284 f.)
[746] Peters JR 1979, S. 265 (265)
[747] Die Ansicht von Peters und Seiler, die im alten Recht einen Beseitigungsanspruch bejahte (s.S.), sah eine solche Beschränkung nicht vor.

erforderlich. [748]

c. Das Gutachten von Teichmann

Schließlich war auch nach Ansicht Teichmanns[749] an dem ***Recht des Bestellers, sich vom Vertrag zu lösen***, festzuhalten. Denn nicht immer habe der Rücktritt beim Werkvertrag schwerere Auswirkungen als beim Kauf. Sollte aber die Rückabwicklung wegen der Größe des Objektes nicht interessengerecht sein, so könne der Unternehmer das Recht zur Rückabwicklung wirksam ausschließen. Der Besteller habe dann die Möglichkeit, auf die Minderung und auf den sogenannten kleinen Schadensersatz auszuweichen.

Im Gegensatz zu Weyers und Keilholz sah Teichmann die Wandelung allerdings ***nicht mehr als eigenständiges Rechtsinstitut*** an. Es handele sich „nach dem Verständnis der Mängelfreiheit als Erfüllungspflicht um einen Rücktritt vom Vertrag wegen (teilweiser) Nichterfüllung.“ [750] Daher sei der Begriff „Wandelung“ durch „Rücktritt“ zu ersetzen.[751]

Ferner vertrat Teichmann in bezug auf die ***Voraussetzungen der Wandelung*** die Auffassung, daß eine einheitliche quantitative Einschränkung der Befugnis zum Rücktritt notwendig sei. Das alte Recht enthalte diesbezüglich mehrere Modelle (§ 325 I S.2 und § 326 I S.3 BGB a.F.: Teilrücktritt nur bei fehlendem Interesse an der Teilerfüllung; § 459 I S.2 BGB a.F.: keine Gewährleistungsrechte bei unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit; § 542 II BGB a.F.: Kündigung bei unerheblicher Behinderung nur bei besonderem Interesse des Mieters; § 634 III BGB a.F.: Ausschluß der Wandelung bei unerheblichem Mangel; § 651 e BGB a.F.: Kündigungsrecht des Reisenden nur bei erheblicher Beeinträchtigung der Reise). Hier sei eine Vereinheitlichung in Termi-

---

[748] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (327)

[749] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 62 f.); mit diesen Vorschlägen stimmt im Wesentlichen auch das Gutachten von Huber überein (Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (877 f., 902 f.)

[750] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 62); zustimmend: Thomas, ZIP 1984, S. 1046 (1949); Köhler, NJW 1985, S. 945 (947)

[751] ebenso Beschluß Nr. 18 der zivilrechtlichen Abteilung des 55. DJT, in: 55. DJT/I, S. I

nologie und Beweislast zu erreichen, indem man eine Beeinträchtigung als für den Rücktritt erheblich erkläre, wenn sie zum Fortfall des Interesses beim Gläubiger führe. Dabei dürften nur dem Unternehmer erkennbare Gründe berücksichtigt werden, und die Beweislast solle den Besteller treffen. [752]

Gegen eine solche Einschränkung des Rücktrittsrechts sprach sich Brandner[753] aus. Denn nach endgültig mißglückter Herstellung solle es dem Besteller ohne besondere Darlegung seines Interesses freistehen, ob er an dem Vertrag festhalte oder die Rückabwicklung verlange. Der Ausschluß des Rücktritts solle der Vertragspraxis überlassen werden; eine hinreichende Grenze ergebe sich aus Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.

d. Das Gutachten von Basedow

Basedow[754] hielt in seinem Gutachten zum Kaufrecht an der ***Wandelung*** als ***spezifischem gewährleistungsrechtlichem Rechtsinstitut*** fest.

Hinsichtlich der ***rechtstechnischen Ausgestaltung der Wandelung*** wies Basedow darauf hin, daß weder die Konstruktion der Wandelung als Vertrag noch diejenige der Wandelung als Rücktrittsrecht zu befriedigen vermöge: „Die Frage hat ihren Ursprung darin, daß keine der beiden dogmatischen Figuren geeignet ist, vor allem zwei Ergebnisse zugleich zu begründen, die beide rechtspolitisch erwünscht sind. Zum einen soll der Käufer auch noch nach der Erklärung der Wandlung die Möglichkeit haben, zu dem vertragserhaltenden Instrument der Minderung umzuschwenken – dies ist nicht mehr denkbar, wenn er den Vertrag durch die als Gestaltungsrecht gedachte Wandelung bereits zu Fall gebracht hat. Zum anderen ist es aber ganz unerwünscht, daß der Käufer, wenn man die Wandelung als Vertrag auffaßt, zunächst den Verkäufer auf Zustimmung

193 (I 195)
[752] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 62 ff.); zustimmend: Thomas, ZIP 1984, S. 1046 (1049)
[753] Brandner, 55.DJT/II, S. I 7 (I 13)
[754] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 69 ff.

zur Wandelung verklagen muß, ehe er in einem zweiten Prozeß die Rechte aus der Wandelung geltend machen kann; hier liegt es näher, bereits in der Wandelungserklärung oder jedenfalls in der Klage die vertragslösende Gestaltung zu sehen und unmittelbar die Rückforderung des Kaufpreises zuzulassen. [...] Da diese beiden Ergebnisse unverrückbare Vorgaben der dogmatischen Diskussion sind, erscheint es zweifelhaft, ob letztere überhaupt zu einer konsistenten Theorienbildung zu gelangen vermag. Man wird wohl nicht umhin können, die betreffenden Ergebnisse tels quels pragmatisch statt dogmatisch zu begründen, wie dies im deutschen Recht ja auch in Gesetzt (§ 465 BGB) und Rechtsprechung geschehen ist."

2. Der Kommissionsentwurf

Hinsichtlich der Frage nach der ***Eigenständigkeit des Instituts der Wandelung*** folgte der Kommissionsentwurf Teichmann. Das Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages sei nicht mehr als eigenständiges Rechtsinstitut im Gewährleistungsrecht geregelt, sondern es gelte das Rücktrittsrecht im allgemeinen Leistungsstörungsrecht. § 637 I BGB-KE verweist auf § 323 BGB-KE: „Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach Maßgabe des § 323 BGB-KE vom Vertrag zurücktreten."[755]

Die Frage, ob das ***Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages*** wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten im neuen Recht ***auszuschließen sei***, verneinte der Kommissionsentwurf.[756] „Die Regelung der VOB/B, die nach überwiegender Meinung[...] eine Wandelung und somit eine Aufhebung des Vertrages nicht zuläßt"[757], solle nicht übernommen werden. Denn mit der Minderung des Werklohnes sei dem Besteller häufig nicht gedient, sofern nicht gerade wegen vollständiger Wertlosigkeit des Werkes der Werklohn insgesamt herauszugeben sei. Ohnehin reiche dem Besteller eine bloße Kürzung des Werklohnes nicht aus, wenn Gegenstand des Werkvertrages beispielsweise eine Maschine

[755] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 256; vgl. auch zum Rücktritt beim Kauf, KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 214; dazu Haas NJW 1992, S. 2389 (2393)
[756] Ebenso: Peters, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (292)
[757] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257

sei, bei welcher die technisch komplizierte Reparatur nur von Leuten des Unternehmers vorgenommen werden könne, welcher sie jedoch verweigere. Hier müsse der Besteller die Möglichkeit haben, vom Vertrag zurückzureten, um sich die Maschine bei einem anderen Hersteller zu beschaffen.[758] Allerdings könne auch für den Unternehmer die Rückabwicklung des Vertrages interessengerecht sein, wie etwa im Falle des Bauträgers, der neben der Errichtung des Bauwerkes die Übereignung des Grundstückes schulde und für den nach Rücktritt des Bestellers vom Vertrag das Objekt anderweitig verwertbar sei.[759]

Hinsichtlich der ***Voraussetzungen der Wandelung*** war bestimmt, daß - ebenso wie nach altem Recht – der Rücktritt wegen eines unerheblichen Mangels ausgeschlossen sein sollte, §§ 637 I, 323 III Nr.1 BGB-KE. Durch Bezugnahme auf § 323 BGB-KE legte der Kommissionsentwurf weiterhin fest, „daß – entsprechend § 634 I Satz 3 BGB – der Besteller erst nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm dem Unternehmer zur Nacherfüllung bestimmten Frist vom Vertrag zurücktreten kann".[760] Auch insofern blieb es folglich beim alten Recht. Einzig an dem Erfordernis der ***Ablehnungsandrohung***, § 634 I S.1 BGB a.F., nahm der Kommissionsentwurf Anstoß. Denn diese sei Nichtjuristen vielfach unbekannt. Überdies hätten sich die von der Rechtsprechung an die Ablehnungsandrohung gestellten hohen Anforderungen[761] „in der Praxis als Stolperstein" erwiesen, so daß die Wandelung oftmals am Erfordernis der Ablehnungsandrohung gescheitert sei.[762] Daher wurde diese Voraussetzung gestrichen. Statt dessen sei nur noch die Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung durch den Besteller sowie deren fruchtloser Ablauf erforderlich.

§ 637 II BGB-KE „sieht – ähnlich wie § 634 Abs. 2 BGB a.F. – durch

---

[758] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257
[759] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257
[760] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257
[761] Mit diesen hohen Anforderungen an die Ablehnungsandrohung bezweckte die Rechtssprechung dem Unternehmer eindringlich die für ihn gravierenden Konsequenzen des fruchtlosen Fristablaufes – nämlich Verlust des Nachbesserungsrechtes und Übergang zur Rückabwicklung – vor Augen zu führen. Sie dienten damit dem Schutz des Unternehmers vor irrtümlichen Verlust des Nachbesserungsrechtes.
[762] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 167

Verweisung auf § 323 Abs. 2 BGB-KE vor, daß in bestimmten Fällen eine Fristsetzung entbehrlich“ sei, so die Begründung zum Kommissionsentwurf. Die Formulierung „ähnlich“ und ein Vergleich mit dem alten Schuldrecht zeigen[763], daß eine Haftungserweiterung gegenüber dem bisherigen Recht nicht eintreten sollte. So war die Fristsetzung nach § 323 II BGB-KE entbehrlich, wenn sie offensichtlich keinen Erfolg hat (Fälle der Unmöglichkeit[764], des absoluten Fixgeschäftes[765], der ernsthaften Erfüllungsverweigerung[766] nach Fälligkeit und unüberwindbaren Leistungshindernissen[767]), § 323 II Nr.1 BGB-KE, beim relativen Fixgeschäft[768], § 323 II Nr.2 BGB-KE, oder wenn ein besonderes Interesse am sofortigen Rücktritt[769] besteht, § 323 II Nr.3 BGB-KE.[770] Nach § 637 II BGB-KE bedurfte es einer Fristsetzung auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen war[771]. Schließlich wurde durch die Verweisung in § 637 I BGB–KE auf § 323 III Nr.2 BGB–KE der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Besteller allein oder überwiegend für den Mangel des Werkes verantwortlich ist.[772] Auch dies entsprach der Rechtslage nach altem Schuldrecht.[773]

Bezüglich der Durchführung der Wandelung schloß sich der Kommissionsentwurf der Ansicht Weyers´ an: Die Wandelung war nunmehr als ***Gestaltungsrecht –*** statt wie bisher als Wandelungsanspruch – konzipiert. Dies ergab sich zum einen aus dem Wortlaut des § 637 I BGB-KE: „Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach Maßgabe der § 323

---

[763] siehe die folgenden Fußnoten
[764] Entspricht § 634 II 1.Var. BGB a.F. (vgl. Erman/Seiler, § 634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 76 ff.)
[765] Nach altem Recht ebenfalls von § 634 II 1.Var. BGB a.F. erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 96)
[766] Nach altem Recht ebenfalls von § 634 II 2. Var, BGB a.F. erfaßt. (vgl. Erman/Seiler, § 634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 112 ff.)
[767] Nach altem Recht von § 634 II 1.Var. BGB a.F. erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 76 ff.)
[768] Nach altem Recht von § 634 II 3.Var. BGB a.F. erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 191)
[769] Entspricht § 634 II 3.Var. BGB a.F. (vgl. Erman/Seiler, § 634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 165 ff.)
[770] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 168
[771] Nach altem Recht von § 634 II 3.Var. BGB a.F., bei *mehrfachem* Scheitern von Nachbesserungsversuchen, erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 181ff.)
[772] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257
[773] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 302 Rn. 29

BGB-KE vom Vertrag zurücktreten.“[774] Daneben stellte die Begründung des Kommissionsentwurfes dies ausdrücklich klar.[775] Der bisher über § 634 IV BGB a.F. anzuwendende § 465 BGB a.F. habe, indem er die Wandelung als Anspruch auf Wandelung ausgestaltete, zu unnötigen Schwierigkeiten geführt, wenn sich der Verkäufer bzw. Unternehmer nicht mit der Wandelung einverstanden erklärt habe. Es müsse nach „allgemeiner Meinung“ vermieden werden, daß erst nach rechtskräftiger Verurteilung zu einem Einverständnis die Durchsetzung von Ansprüchen aus Wandelung möglich sei.

Bezüglich der Folgen der Wandelung schwieg die Begründung zu § 637 BGB-KE. Dem Wortlaut des § 637 I BGB-KE war lediglich zu entnehmen, daß der Rücktritt nach Maßgabe des § 323 BGB-KE möglich sei. Aus der Ausgestaltung des § 323 BGB-KE als Gestaltungsrecht ergab sich jedoch, daß mit der Ausübung des Rücktritts das Schuldverhältnis unumkehrbar in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt werde. Damit konnte der Unternehmer nicht mehr zu den anderen Rechtsbehelfen übergehen, er ***verlor sein ius variandi***. Dies bestätigte die Begründung zu § 439 BGB-KE (Rücktritt beim Kauf): Hier stellte der Kommissionsentwurf fest, daß der Käufer an den erklärten Rücktritt gebunden sei. Es sei zwar erörtert worden, dem Käufer ein Recht einzuräumen, auch nach Erklärung des Rücktritts diesen zu widerrufen, um einen anderen Anspruch geltend zu machen. Hierfür bestehe jedoch kein Bedürfnis, da der Käufer vor einem übereilten Rücktritt und dem damit einhergehenden Verlust des ius variandi dadurch hinreichend geschützt werde, daß erst nach Ablauf der zur Nacherfüllung gesetzten Frist der Rücktritt erklärt werden könne.[776]

Ferner blieb dem Besteller trotz Fristablaufes der Nacherfüllungsanspruch erhalten. Dies war die Konsequenz des Verzichts auf die Ablehnungsandrohung bei der Nachfristsetzung. Er konnte entscheiden, ob und wann er zurücktreten wollte oder ob er trotz fruchtlosen Fristablaufs weiterhin

[774]KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 256
[775]KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 257; zum Kaufrecht, KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 214 ff.
[776] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 216; dazu Haas, NJW 1992, S. 2389 (2392)

auf Erfüllung bestand. Den dadurch eingetretenen Schwebezustand vermochte der Werkunternehmer durch Fristsetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts gemäß § 323 V BGB-KE zu beenden.[777]

Die Rechtsfolgen des Rücktrittes ergaben sich aus § 346 BGB-KE. Obwohl der Kommissionsentwurf in der Begründung zu § 637 BGB-KE auf die werkvertragsspezifischen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung des Vertrages einging und sich für die Beibehaltung des Rechts zur Rückgängigmachung des Vertrages entschloß, wurden die sich hieraus ergebenden Folgeprobleme erstaunlicherweise nicht thematisiert: Auf die Fragen nach der Rechtsgrundlage für den dem Unternehmer bei Unmöglichkeit der Rückgabe zustehenden Wertersatzanspruch, nach der subjektiven oder objektiven Bemessung des Wertes des Werkes und der Beseitigungspflicht des Unternehmers wurde nicht eingegangen.[778]

Hinsichtlich der Rechtsfolgen wurde nur noch das Thema der ***Erstattung der Vertragskosten*** angesprochen. Wie im bisherigen Recht (§§ 634 IV, 467 S.2 BGB a.F.) konnte der Besteller Ersatz verlangen, § 637 III BGB-KE. Da § 280 BGB-KE Verschulden voraussetze, ein solches für den Ersatz der Vertragskosten bei Rücktritt des Bestellers jedoch nicht entscheidend sein solle, könne nicht auf die allgemeine Vorschrift des § 280 BGB-KE verwiesen werden.

2. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf folgte dem Vorschlag der Kommission zur Ausgestaltung des Rechts zur Rückgängigmachung des Vertrages und übernimmt § 637 BGB-KE in Wortlaut und Begründung nahezu vollständig. Es wurde, dem Kommissionsentwurf folgend, ein eigenständiger Paragraph geschaffen, der das Rücktrittsrecht regelte, § 636 BGB-DiskE.

Darüber hinaus wurden im Bereich der ***Voraussetzungen*** des Rechtes auf

---

[777] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 163; Roth, JZ 2001, S. 543 (549); Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 301, Rn. 26

[778] Gegen eine gesetzliche Normierung dieser Frage auch Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (292)

Rückgängigmachung des Vertrages die ***Ausnahmetatbestände*** zum Fristsetzungserfordernis durch einen weiteren Tatbestand ergänzt. Neben der dem Kommissionsentwurf entsprechenden Verweisung auf § 323 II Nr.1-3 BGB-DiskE (offensichtliche Erfolglosigkeit der Fristsetzung, relatives Fixgeschäft, besonderes Interesse am sofortigen Rücktritt) wurden in § 636 II BGB-DiskE drei weitere Fälle genannt: Unverhältnismäßigkeit oder Fehlschlagen der Nacherfüllung und erhebliche Unannehmlichkeiten bei der Nacherfüllung für den Besteller. Der Ausnahmetatbestand des Fehlschlagens fand sich ebenfalls im Kommissionsentwurf. Entscheidend für die Einführung der Tatbestände der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung sowie der erheblichen Unannehmlichkeiten für den Besteller war Art. 3 V Sp. 1 und Art. 3 V Sp. 3 VbrKfRL.[779]

Diese Ausgestaltung des Rechts zur Rückgängigmachung stieß auf die Kritik Seilers[780]. Zwar sei zu begrüßen, daß die Rückgängigmachung des Vertrages nicht wie in der VOB völlig aus dem Werkvertragsrecht verbannt worden sei, jedoch könne die systematische und sprachliche Fassung sowie die unübersichtliche Verweisungstechnik der Norm nicht überzeugen. Es sei zu dürftig, wenn die Norm inhaltlich lediglich mitteile, daß der Besteller zurücktreten könne, da damit das inhaltliche Minimum einer derart wichtigen Vorschrift erheblich unterschritten werde. Zumindest müsse die Regelvoraussetzung der Fristsetzung mit Ablehnungserklärung enthalten sein. Daher schlug Seiler vor, Wandelung bzw. Rücktritt und Minderung sollten in einer Norm zusammengefaßt werden, die auch deren Voraussetzungen regele.

3. Der konsolidierte Diskussionsentwurf

Demgegenüber sah der konsolidierte Diskussionsentwurf keine eigenständige Regelung mehr für das werkvertragliche Rücktrittsrecht vor, § 634 I Nr.2, 2.Var. BGB-KonDiskE. Diese Norm habe lediglich noch klarstellenden Charakter, da die Voraussetzungen des Rücktritts bereits in

---

[779] DiskE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 272 f.
[780] Seiler in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (272 f.)

§ 323 BGB-KonDiskE geregelt seien. Gleichwohl hielt Roth[781] § 634 I Nr.2, 2.Var. BGB-KonDiskE für unentbehrlich.

Daneben wurde die bereits im Kommissionsentwurf gestrichene ***Voraussetzung der Ablehnungsandrohung*** durch den konsolidierten Diskussionsentwurf in abgeschwächter Form in § 323 I BGB-KonDiskE wiedereingeführt: Der Schuldner müsse mit dem Rücktritt gerechnet haben. „Dies liegt im Anforderungsprofil etwa unterhalb von § 326 I Satz 1 BGB, der bisher eine Ablehnungsandrohung fordert."[782] Grund hierfür war, daß die Schwelle für den Rücktritt im Diskussionsentwurf zu niedrig angesiedelt worden sei.[783]

4. Der Regierungsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses

Der *Regierungsentwurf*[784] strich im Bereich der ***Voraussetzungen*** den unübersichtlichen Katalog von ***Ausnahmetatbeständen*** wieder auf vier zusammen, indem er in § 634 Nr. 2, 2.Var. BGB-RE auf § 323 BGB-RE (ernsthafte Leistungsverweigerung, einfaches Fixgeschäft, besonderes Interesse am sofortigen Rücktritt) und den – unklaren – § 326 I S.3 BGB-RE verwies. Aufgrund der Verweisung auf die weite Formulierung des § 326 I S.3 BGB-RE („Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Fristsetzung entbehrlich ist."), war bei jeder vertragswidrigen Leistung, also bei jedem mangelhaften Werk die Fristsetzung entbehrlich. Damit wurde allerdings aus dem Ausnahmetatbestand der Regelfall.

Die im konsolidierten Diskussionsentwurf vorgenommene Wiedereinführung der ***Voraussetzung Ablehnungsandrohung*** in abgeschwächter Form wurde vom Rechtsausschuß gestrichen. Denn wer sich im Verzug befinde, müsse mit den Konsequenzen, also auch dem Rücktritt des

---

[781] Roth, JZ 2001, S. 543 (549)
[782] KonsDiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 374 f, Fn. 2
[783] KonsDiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 374 f., mit Fn. 2; vgl. auch Roth, JZ 2001, S. 543 (549)
[784] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 272 f.

Gläubigers, rechnen.[785] Daher korrigierten die Beschlüsse des 6. Ausschusses[786] die Verweisung auf § 326 I S.3 BGB-RE: § 634 I Nr.3 BGB-RA verwies nunmehr neben § 323 BGB-RA auch auf § 326 V BGB-RA. Dieser formulierte jetzt klarer: „Braucht der Schuldner nach § 275 I und III nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Fristsetzung entbehrlich ist.“ Demnach wurde der Ausnahmetatbestand des § 326 I S.3 BGB-RE auf die Fälle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung beschränkt.

[785] a.A.: Langen, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 159 (200): Gerade die mit der Ablehnungsandrohung verbundene Warnfunktion bewege zahlreiche vertragsuntreue Auftragsnehmer dazu, doch noch zu leisten. Fristsetzungen gehörten dagegen auf dem Bau zum Alltag und würden häufig nicht ernst genommen.
[786] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 524

IV. Das neue Recht

1. Neuerungen

Das bisherige spezifisch kauf- und werkvertragliche ***eigenständige Institut der Wandelung*** ist nunmehr entsprechend dem Vorschlag von Teichmann (s.S. 216), der im Kommissionsentwurf umgesetzt wurde (s.S. 218), durch den Rechtsbehelf „Rücktritt“ aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht ersetzt worden.

Zum anderen hat sich die ***rechtstechnische Ausgestaltung*** des Rechtes auf Rückgängigmachung des Vertrages geändert: An die Stelle des Wandlungsanspruches (s.S. 204) ist nunmehr ein ***Gestaltungsrecht*** getreten.[787]

Hinsichtlich der ***Voraussetzungen*** unterscheidet sich die neue Regelung vom bisherigen Recht (s.S. 202 f.) dadurch, daß eine ***Ablehnungsandrohung*** nicht mehr erforderlich ist, sondern nur noch eine Fristsetzung.

Bezüglich der Rechtsfolgen gilt, daß der Nacherfüllungsanspruch nun nicht mehr mit erfolglosem Fristablauf erlischt (s.S. 202). Auch nach Fristablauf bis zur Rücktrittserklärung kann der Besteller sich entschließen, den Nacherfüllungsanspruch weiterzuverfolgen.[788] Mit der Rücktrittserklärung ***erlischt das ius variandi*** zu Nacherfüllung oder Minderung überzugehen, da, hierdurch das Schuldverhältnis unumkehrbar umgewandelt wird. Allein die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung bleibt nach § 325 BGB n.F. erhalten.[789]

2. Beibehaltung der alten Rechtslage

Insbesondere wurde das ***Institut des Rücktritts*** beim Werkvertrag oder VOB-Bauvertrag ***nicht gänzlich ausgeschlossen*** (s.S. 199 ff.).[790] Der

---

[787] Voppel, BauR 2002, S. 843 (851); Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 301, Rn. 26; Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435); Sienz, BauR 2002, S. 181 (188); Haas, BB 2001, S. 1312 (1316); Zimmer/Eckhold, Jura 2002, S. 145 (150)

[788] Westermann, NJW 2002, S. 241 (249); Roth, JZ 2001, S. 543 (549); Lampe/ Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (637)

[789] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 281 f., Rn. 522; Peters, NZBau 2002, S. 113 (119)

[790] Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435); Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann:

Gesetzgeber hat im Kommissionsentwurf festgestellt, daß trotz der im Rahmen der Rückabwicklung beim Werkvertrag auftretenden Schwierigkeiten am Rücktrittsrecht festgehalten werden sollte (s.S. 218 f.) und dies damit begründet, daß mit einer bloßen Minderung des Werklohns den Interessen des Bestellers nicht immer gedient werden könne, solange nicht wegen vollständiger Wertlosigkeit des Werkes der volle Werklohn zurückzugewähren sei. Dies sei insbesondere der Fall, wenn Gegenstand des Werkvertrages beispielsweise eine Maschine sei, bei welcher die technisch komplizierte Reparatur nur von Leuten des Unternehmers vorgenommen werden könne, dieser sie aber verweigere. Ferner wird darauf verwiesen, daß der Rücktritt auch für den Unternehmer interessengerecht sein könne, da er z.B. als Bauträger nach Rücktritt das Objekt anderweitig verwerten könne.

Weiterhin setzt das Rücktrittsrecht das Vorliegen eines Mangels, die Fälligkeit der Werkleistung[791], eine Fristsetzung zur Nacherfüllung und dem erfolglosen Fristablauf voraus. Die ***Fristsetzung*** ist in bestimmten – sich teilweise überschneidenden[792] – Fällen ***entbehrlich,*** die in § 636 BGB unter anderem durch Verweisung auf §§ 281 II, 323 II BGB und 635 V BGB n.F. aufgeführt sind: (1) Bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr.1 BGB n.F.) [793], (2) bei relativem Fixgeschäft (§ 323 II Nr. 2 BGB n.F.)[794], (3) bei Vorliegen von Umständen, die bei Interessenabwägung den sofortigen Rücktritt rechtfertigen würden (§ 323 II Nr.3 BGB n.F.) [795], (4) bei Entfallen des Nacherfüllungsanspruches gemäß § 275 I – III (§ 326 V BGB n.F.)[796], (5) bei Verweigerung der

---

Frankfurter Handbuch, S. 626 (636); Kritik hieran wurde insbesondere auch auf der Freiburger Baurechtstagung geübt, wo darauf verwiesen wurde, daß adäquate Rechtsfolgen auch mittels der Minderung auf Null und weiterer Schadensersatzansprüche erzielt werden könnten (vgl. der Tagungsbericht, BauR 2003, S. 1094 (1995)).

[791] Indem §§ 631 ff. BGB a.F. allein an den Herstellungserfolg anknüpften, blieben Verzögerungen der Werkleistung vor Fälligkeit für den Werkunternehmer ohne Sanktion.

[792] Zimmer/Eckhold, Jura 2002, S. 145 (150), insb. Fn. 82

[793] Nach altem Recht ebenfalls von § 634 II 2. Var., BGB a.F. erfaßt (vgl. Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 112 ff.).

[794] Nach altem Recht von § 634 II 3.Var. BGB a.F. erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 191)

[795] Entspricht § 634 II 3.Var. BGB a.F. (vgl. Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 165 ff.)

[796] Entspricht § 634 II 1.Var. BGB a.F. (vgl. Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 9;

Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten (§ 636 BGB n.F.) [797], (6) bei Fehlschlagen der Nacherfüllung (§ 636 BGB n.F.)[798] und (7) bei Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Besteller (§ 636 BGB n.F.)[799]. In diesen Fallgruppen war die Fristsetzung bereits nach altem Schuldrecht entbehrlich, auch insofern ergibt sich keine Neuerung. Schließlich ist nach § 323 VI BGB n.F. der Rücktritt bei überwiegender oder alleiniger Verantwortlichkeit des Bestellers ausgeschlossen. Dies entspricht ebenfalls der alten Rechtslage.[800]

3. Klärung von Streitfragen des alten Rechts

Die Durchführung des Rücktrittsrechts richtet sich nach den §§ 346 ff. BGB n.F., welche nunmehr unmittelbar auch für den gesetzlichen Rücktritt gelten. Gemäß § 346 I S.1 BGB n.F. sind die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren. Bei Werkleistungen wird die Herausgabe jedoch oft nicht möglich sein. Für diesen Fall gilt § 346 II. Für das Werkvertragsrecht ist insbesondere § 346 II Nr.1 BGB n.F. von Interesse, wonach Wertersatz zu leisten ist, wenn die Herausgabe nach der Natur des Erlangten unmöglich ist (§ 346 II Nr.1 BGB n.F.), so etwa bei „unkörperlichen" Werken (Theater, Konzert) und den meisten „körperlichen" Werken. Damit ist zugleich der Streit nach altem Recht, welche ***Anspruchsgrundlage für den Wertersatzanspruch*** eingreife, beigelegt.[801] Es hat sich die Minderansicht von Peters, Seiler und Koller durchgesetzt (s.S 208).

Auch die im bisherigen Recht bestehenden Streitfragen hinsichtlich des ***Maßstabes für die***

Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 76 ff.)

[797] Nach altem Recht von § 634 II 2. Var., BGB a.F. erfaßt. (vgl. Erman/Seiler (10. Aufl.), §634 Rn. 9; Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 148 f.)

[798] Nach altem Recht von § 634 II 3.Var. BGB a.F., bei *mehrfachem* Scheitern von Nachbesserungsversuchen, erfaßt. (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 181ff.); Der Vergleich mit der entsprechenden Norm des Kaufrechts (§§ 437 Nr.2, 440 BGB n.F.) zeigt, daß der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht auf die Fiktion des Fehlschlages nach dem zweiten erfolglosen Mängelbeseitigungsversuch in § 440 S. 2 BGB n.F. verzichtet hat. Aus dem Fehlen einer vergleichbaren Norm im Werkvertragsrecht kann jedoch nicht geschlossen werden, daß hier höhere Anforderungen gelten sollen. Vielmehr spricht für eine Parallelität der Regelungen, daß die Mängelbeseitigung erstmals in § 476 a BGB a.F. verankert war und ihre Entstehung auf die werkvertragliche Rechtsprechung zurückgeht. (Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435))

[799] Nach altem Recht von § 634 II 3.Var. BGB a.F. erfaßt (vgl. Selow, Entbehrlichkeit der Fristsetzung, S. 176 ff.); zu diesen Fallgruppen vgl. Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 636 Rn. 5

[800] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 302, Rn. 29

Bestimmung des Wertersatzes bei Unmöglichkeit der Rückgewähr (s.S.) scheinen geklärt zu sein: Gemäß § 346 II S.2 BGB n.F. ist bei der Berechnung des Wertersatzes die im Vertrage bestimmte Gegen-leistung zugrunde zu legen.[802] Nach dem Wortlaut der Norm bliebe dann aber trotz Mangelhaftigkeit des Werkes der volle Werklohn geschuldet, was sinnwidrig wäre. Das Gesetz muß hier folglich dahingehend verstanden werden, daß zwar von dem vereinbarten Werklohn auszugehen ist, von diesem jedoch der Minderwert infolge des Mangels abzuziehen ist.[803]

4. Fortbestehende Probleme des alten Rechts

Die Frage, ob der Besteller im Rahmen der Wandelung von dem Unternehmer die ***Rücknahme des mangelhaften Werkes*** verlangen darf (s.S. 210), wurde in der Schuldrechtsreform weder diskutiert noch ausdrücklich entschieden. Nach *Haas*[804] und *Sprau*[805] scheidet ein Anspruch auf Beseitigung des mangelhaften Werkes aus. Gemäß § 346 BGB n.F. sei Inhalt des Rücktritts der jeweilige Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen und der gezogenen Nutzungen, ergänzt durch Wertersatzansprüche bei Unmöglichkeit der Rückgewähr. Eine Folgenbeseitigung, die über die bloße Rückgewähr hinausgehe, gewähre der Schadensersatzanspruch, §§ 634 Nr. 4, 280 I S.1, 281 BGB n.F., welcher jedoch nur bei Vertretenmüssen eingreife. Dies galt bereits nach altem Recht. Die These, der Streit habe sich unter Geltung des neuen Rechts erledigt, kann daher nicht zugestimmt werden.[806] Diese Einschätzung teilt Peters[807]: Er spricht sich nach wie vor mit derselben Begründung wie bisher (s.S. 210) für einen Beseitigungsanspruch des Bestellers aus. Schließt man sich dieser Ansicht an – wofür freilich die besseren Argumente sprechen –, so sollte dieser Anspruch zur Vermeidung einer übermäßigen Benachteiligung des Unternehmers unter den Vorbehalt von Treu und Glauben, § 242 BGB, gestellt und ausgeschlossen werden, wenn der

---

[801] so auch Acker/Konopka, BauR 2002, S. 1307 (1312 f.)
[802] so auch Acker/Konopka, BauR 2002, S. 1307 (1313)
[803] Jauernig/Teichmann (10. Aufl.), § 346 Rn.6; Gaier, WM 2002, S. 1 (5); Kemper, BauR 2002, S. 1613 (1617)
[804] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 301 f. , Rn. 28
[805] Palandt/Sprau (62.Aufl.), § 636 Rn. 7; ebenso Oechsler, SchR BT, S. 392 f., Rn. 658
[806] ebenso Oechsler, SchR BT, S. 392 f., Rn. 659
[807] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn.91 f.

Unternehmer Werte geschaffen hat, deren Nutzung dem Besteller angesonnen werden kann oder die er gar plant. Ebenso sollte der Beseitigung des Werkes wegen unverhältnismäßigen Aufwandes analog § 635 Abs.3 BGB n.F. widersprochen werden können.[808]

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Die Regelungen des neuen Rechts basieren im Wesentlichen auf dem Kommissionsentwurf (s.S. 218), welcher wiederum auf die Gutachten von Teichmann und Weyers (s.S. 214 ff.) zurückgeht. Obwohl das geltende Recht einige Neuerungen enthält, läßt sich ein grundlegender Systemwechsel nicht feststellen. Die entscheidenste Änderung des neuen Rechts, die Ausgestaltung der Wandelung als Gestaltungsrecht, war bereits im alten Recht angelegt. Mit der modifizierten Vertragstheorie, die eine Ersetzung des Wandelungsvertrages durch richterlichen Gestaltungsakt zuließ (s.S. 200), zeichnete sich ein Abschied von der Ausgestaltung als Anspruch ab. In diese Richtung ging auch die Rechtsprechung (s.S. 200). Das Erlöschen des ius variandi zur Nacherfüllung oder Minderung überzugehen mit der Rücktrittserklärung ist lediglich notwendige Konsequenz dieser Neuerung. Auch die Entbehrlichkeit der Ablehnungsandrohung als Voraussetzung kann nicht als so gravierende Änderung eingestuft werden, daß damit ein Systemwechsel einhergeht. Hinsichtlich der Frage der Abschaffung des Rechts zur Lösung vom Vertrag beim Werkvertrag (s.S. 199 ff.) sowie des Erfordernisses der Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit (s.S. 203) wurde an der bisherigen Rechtslage festgehalten; bezüglich der Anspruchsgrundlage für den Wertersatzanspruch wurde einer Minderansicht des alten Rechts gefolgt (s.S. 209) .

Die Diskussion dieser Rechtsprobleme erfolgte im Rahmen der Reform insbesondere auf der Ebene der Interessenwertung. So wurde beispielsweise im Rahmen der Frage, ob das Recht auf Rückgängigmachung des Vertrages beim Werkvertrag ausgeschlossen sei, angeführt, daß dieses Recht nicht nur im Interesse des Bestellers erforderlich sei, sondern es auch den Interessen des Unternehmers diene.

---

[808] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 85, 92

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Zu begrüßen ist zunächst, daß das bisherige ***eigenständige Recht der Wandelung*** im Rücktrittsrecht aufgegangen ist. Damit wurde die Zielsetzung der Einbettung des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungsrecht verwirklicht.[809]

Ebenso zu befürworten ist die Entscheidung des Gesetzgebers, das Recht auf Rückgängigmachung des Vertrages als ***Gestaltungsrecht*** zu fassen, um so die bereits seit den Anfängen des BGB bestehende Streitigkeit um die rechtstechnische Ausgestaltung der Wandelung einer klaren und in der Praxis handhabbaren Lösung zuzuführen. Die umständliche Konstruktion eines Vertragsschlusses bzw. eines richterlichen Gestaltungsaktes kann damit vermieden werden. Hinsichtlich des damit einhergehenden ***Erlöschens des ius variandi*** mit der Rücktrittserklärung sei Folgendes angemerkt: Da ein Unterschied der Wandelung zum Rücktritt insbesondere darin besteht, daß der Rücktritt einseitig erklärbar, unwiderrufbar ist und sich der Werkvertrag demzufolge unmittelbar in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, ist fraglich, ob der nationale Gesetzgeber insoweit nicht hinter den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 212) zurückbleibt, die das Recht auf Rückgängigmachung des Vertrages als Anspruch vorsieht. Dies bereitet freilich nur im Kaufrecht, nicht aber im außerhalb des Anwendungsbereiches der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stehenden Werkvertragsrecht ernsthafte Probleme. Sollte man sich dort jedoch für eine richtlinienkonforme Auslegung entscheiden, würden Werkvertrags- und Kaufrecht in einem wesentlichen Punkt voneinander abweichen[810]

Die ***Entbehrlichkeit einer Ablehnungsandrohung*** als Voraussetzung des Rücktrittsrechts erscheint desgleichen sachgerecht, da, wie der Kommis-

---

[809] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 301, Rn. 27; Teichmann, JuS 2002, S. 417 (420), Westermann NJW 2002, S. 241 (249)

[810] Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 205 (221); dagegen sehen Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952 (959) die Umwandlung in ein Gestaltungsrecht als mit der Richtlinie unproblematisch vereinbar an.

sionsentwurf zu Recht feststellt (s.S. 218), in der Praxis die Fristsetzung häufig ohne Ablehnungsandrohung erfolgte, so daß die anschließende Wandelung oder Minderung unwirksam war. Die Rechtsanwendung wird künftig erleichtert und die erfolgreiche Durchsetzung des Rücktrittsrechts nicht aus rein formellen Gründen gehindert.[811]

Schließlich wurde auch die Rechtsfragen nach der ***Anspruchsgrundlage für den Wertersatzanspruch*** und sowie dessen ***Maßstab*** einer stimmigen Lösung zugeführt. § 346 II BGB n.F. vermag bei entsprechender Auslegung der Situation beim Werkvertrag gerecht zu werden: Der Wertersatz sollte nicht nur in den in § 346 II BGB n.F. genannten Fällen gewährt werden, sondern darüber hinaus auch, wenn sich der Besteller für das Behalten des Werkes entscheidet; denn er hätte ebenso mit derselben Folge des Behaltens kündigen können.[812] Ein Abstellen auf die vertragliche Gegenleistung als Maßstab zur Ermittlung des Wertersatzes trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung und dient der Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Rahmen der Rückabwicklung.

Ferner kann auch der Entscheidung des Gesetzgebers für ein Festhalten am ***Rechtsbehelf der Rückgängigmachung des Vertrages im Werkvertragsrecht*** zugestimmt werden, wenngleich seine Begründung nicht zu überzeugen vermag. Ein berechtigtes Interesse des Bestellers an der Rückgängigmachung des Vertrages daraus herzuleiten, daß lediglich so dem Fall einer technisch komplizierten, nur von Mitarbeitern des Unternehmers ausführbaren Reparatur bei deren Weigerung (s.S. 218 f.) Rechnung getragen werden könnte, erscheint konstruiert. Eine solche Monopolstellung eines spezialisierten Unternehmers wird man in der Praxis kaum antreffen, zumindest stellt sie nicht den Regelfall dar.[813] Ebenso geht der Gedanke, daß die Rückabwicklung auch für den Unternehmer interes-

---

[811] Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (397); a.A. Langen, Tagungsbericht Freiburger Baurechtstage, BauR 2003, S. 1094 (1095 f.): Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Ablehnungsandrohung sei nicht überzeugend, denn auf dem Bau gehörten Fristsetzungen aller Art zum Alltag.

[812] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 94

sengerecht sei, weil er das Werk anderweitig verwerten könne (s.S. 219), ins Leere. Denn der Unternehmer wird auf Grund der Marktentwicklung nicht immer einen anderweitigen Abnehmer finden.[814] Die anderweitige Verwertbarkeit wird insbesondere davon abhängen, wie sehr das Werk auf die speziellen Bedürfnisse des Bestellers abgestimmt ist. Und dennoch erscheint ein Festhalten am Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages durchaus gerechtfertigt. Denn zwar kann beim eigentlichen Werkvertrag bei der Bearbeitung einer Sache des Unternehmers, die Werkleistung in der Regel gar nicht oder nur unter Zerstörung des Werkes zurückgewährt werden. Billigt man dem Besteller einen Anspruch auf Beseitigung des Werkes zu, so wird der Unternehmer erheblich belastet. Der Werkunternehmer ist zur Demontage des Werkes auf eigene Kosten verpflichtet, wobei sein Werklohnanspruch entfällt. Gleichwohl finden sich bei näherer Betrachtung gute Gründe am Rücktrittsrecht im Werkvertragsrecht festzuhalten. Zum einen ist eine solche Belastung des Unternehmers systemgerecht, da § 346 IV BGB n.F. erkennen läßt, daß beim Rücktrittsgegner über die Rückgewähr bzw. den Wertersatz hinaus weitere Einbußen eintreten können. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß der Unternehmer nicht nur die geschuldete Leistung nicht erbracht hat, sondern darüber hinaus seine Nachbesserungschance nicht genutzt hat.[815] Ferner würde ein Ausschluß des Rechtes zur Rückgängigmachung des Vertrages der Zielsetzung des Reformgesetzgebers widersprechen, die Verbraucherrechte durch weitgehende Anpassung des Werkvertragsrechts an die Richtlinienvorgaben zu stärken. Darüber hinaus besteht zumindest bei Bauverträgen gemäß § 309 Nr. 8 b. bb BGB n.F. die Möglichkeit das Rücktrittsrecht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszuschließen. Schließlich bestätigt dieses Ergebnis auch der Grundgedanke der werkvertraglichen Erfolgshaftung: Für den Unternehmer verwirklicht sich nur das werkvertragstypische Erfolgsrisiko, wenn sein Aufwand umsonst gewesen ist, weil im Rahmen der Nachbesserung nicht die Herstellung eines vertragsgemäßen Werkes gelungen ist.

---

[813] Lampe/Wieberneit, Schimmel/Buhlmann: Frankfurter Handbuch, S. 626 (636 f.)
[814] Lampe/Wieberneit, Schimmel/Buhlmann: Frankfurter Handbuch, S. 626 (636 f.)
[815] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 92

D. Minderung

Besondere Aufmerksamkeit wurde in der Schuldrechtsreform der werkvertraglichen Minderung zuteil. Neben den bereits parallel hierzu im Rahmen des Rechtes zur Rückgängigmachung des Vertrages diskutierten Fragen nach der Durchführung (dazu I.2.) und den Voraussetzungen der Minderung (dazu I.1.) sowie der Frage nach der Rechtsgrundlage für den Rückforderungsanspruch des Mehrbetrages (dazu I.3.) stand die Minderungsberechnung im Mittelpunkt der Reformbestrebungen (dazu I.4.). In diesem Zusammenhang wurde eine Reihe von Einzelproblemen erörtert, insbesondere im Hinblick auf die richtige Berechnungsmethode (I.4.a.) und die im Rahmen der relativen Berechnungsmethode erforderliche Ermittlung des Sollwertes des Werkes (I.4.b.aa). Hierbei wurde erwogen, ob der Werklohn als Sollwert zu behandeln sei (I.4.b.bb) und inwiefern subjektive Vorstellungen den Sollwert mitbestimmen können (1.4.b.cc.). Aber auch die Bestimmung des realen Wertes warf Schwierigkeiten auf (1.4.c.aa.). So waren die Berücksichtigung der Kosten der Nachbesserung (1.4.c.bb.) sowie die Möglichkeit einer Schätzung fraglich (1.4.c.cc.). Schließlich wurde über den richtigen Zeitpunkt für die Wertermittlung (I.4.d.) und die Berücksichtigung der Mitverursachung des Mangels durch den Besteller diskutiert (I.4.e.).

I. Das alte Recht

1. Die Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Minderungsrechtes waren nach altem Recht mit denen der Wandelung identisch. Im Unterschied zur Wandelung löste jedoch auch ein unerheblicher Mangel ein Minderungsrecht aus. Dies ergab sich aus dem Umkehrschluß von § 634 III BGB a.F.[816]

2. Die Durchführung der Minderung

a. Die Minderung als Anspruch auf Minderung

Ebenso wie die Wandelung war die Minderung bei den Verträgen, deren

[816] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 57

gesetzliche Regelung auf § 465 BGB a.F. verwies (Kauf, Tausch, Werkvertrag), als schuldrechtlicher Anspruch auf Umgestaltung des Vertragsverhältnisses konzipiert.[817] Der Gläubiger von Sachmängelgewährleistungsansprüchen konnte die Minderung also weder durch die Ausübung eines Gestaltungsrechtes bewirken, noch gewährte ihm das Gesetz direkt einen Anspruch auf anteilige Rückzahlung der Gegenleistung. Ebenso wie die Wandelung bedurfte die Minderung zunächst des Vollzuges. Dieser erfolgte, je nachdem, welcher der im Rahmen der Wandelung dargestellten Theorien man folgte, mehr oder weniger „versteckt“:[818] Nach der Herstellungstheorie wurde die Minderung durch einseitiges Minderungsverlangen ausgeübt.[819] Nach der strengen Vertragstheorie [820]und der modifizierten Vertragstheorie[821] war mit Abschluß des Minderungsvertrages durch Abgabe der Einverständniserklärung des Unternehmers – bzw. bei deren Versagung (nach der modifizierten Vertragstheorie) mit dem das Schuldverhältnis umgestaltenden Urteil – die Minderung vollzogen. Hierbei genügte jedoch nicht das grundsätzliche Einverständnis, sondern es mußte der konkrete Minderungsbetrag zwischen den Parteien feststehen.[822] Notfalls reichte allerdings die Vereinbarung einer Methode zur Feststellung des Minderungsbetrages. Bevor der Minderungsvertrag geschlossen wurde, konnte der Besteller im Rahmen seines ius variandi noch zu Wandelung, Schadensersatz oder Nachbesserung übergehen, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen gegeben waren.[823]

b. Die Durchführung der Minderung bei Beteiligung mehrerer Personen

Eine Besonderheit galt, wenn auf Besteller- oder Unternehmerseite mehrere Personen standen. Während bei der Wandelung gemäß §§ 467,

---

[817] Im Gegensatz dazu trat beim Mietvertrag (§ 537 I BGB a.F.) und Reisevertrag (§ 651 d I BGB a.F.) Minderung ex lege, d.h. automatisch, ein. vgl. Lorenz JuS 1993, S. 727 (729)
[818] Lorenz, JuS 1993, S. 727 (728)
[819] Esser/Weyers II/1, § 5 III 1, S. 46 ff.; Jauernig/Vollkommer (9.Aufl.), § 462 Rn. 4 u.8; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 462 Rn. 58; Kupisch AcP 170, 479 (479); Tiedtke, ZIP 1986, 953 (955 ff.)
[820] Leonhard, BSchR, 1931, S. 67 ff.; Oertmann, § 465 Anm. 1d
[821] Larenz, SchR II/1, § 41 II a, b, S. 51 ff.
[822] Staudinger/Honsell (13. Aufl.), § 465 Rn. 12; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 465 Rn. 8

356 BGB a.F. der Grundsatz der Unteilbarkeit herrschte – sie konnte nur von allen Beteiligten und gegen alle Beteiligten ausgeübt werden – stellte § 474 BGB a.F. klar, daß eine Minderung pro rata zulässig sei.[824] Die Normen über die Gläubiger- und Schuldnermehrheit blieben von § 474 BGB a.F. unberührt. Bei Gesamtschuldnerschaft von mehreren Bestellern hinsichtlich der Werklohnforderung konnte folglich der Inanspruchgenommene den Minderungsbetrag voll abziehen. Im Falle der Teilschuldnerschaft haftete jeder nur pro rata und konnte daher allein den auf ihn entfallenden Teil der Minderung geltend machen. Entsprechend hatte der Unternehmer, sofern er Teilgläubiger war, gemäß § 420 BGB a.F. nur einen Anspruch auf den auf ihn entfallenden Anteil der geminderten Kaufpreisforderung. Waren die Unternehmer Gesamtgläubiger, so konnte der volle Werklohnanspruch abzüglich der gesamten Minderung geltend gemacht werden.[825]

3. Die Rechtsgrundlage für den Rückzahlungsanspruch

Im Gegensatz zur Wandelung erzeugte die Minderung nach der herrschenden strengen und modifizierten Vertragstheorie keine eigenen Ansprüche des Bestellers, sondern sie führte lediglich zur Herabsetzung des Werklohnes, §§ 634 IV, 472 BGB a.F. Folglich konnte der Besteller die Zahlung des Minderungsbetrages verweigern. Hatte jedoch der Besteller bereits ein Mehr an Werklohn gezahlt, als er nach der Minderung zu zahlen verpflichtet war, so war fraglich, welches die Anspruchsgrundlage für die Rückforderung sei.

Da durch Abschluß des Minderungsvertrages teilweise der Rechtsgrund für die geleistete Zahlung entfalle, vertrat Peters[826] die Auffassung, der Rückzahlungsanspruch ergebe sich aus § 812 I S.2, 1.Alt. BGB a.F, wobei § 818 III BGB a.F. keine Anwendung finde. Eine Entreicherung gemäß § 818 III BGB a.F. sei nach Abschluß des Minderungsvertrages schon wegen

---

[823] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 59
[824] vgl. Motive II, § 394, S. 237
[825] Staudinger/Honsell, (13. Aufl.), § 474 Rn. 1; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 474 Rn. 1 ff.; MünKomm/Westermann (3. Aufl.), § 474 Rn. 1 ff.
[826] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634, Rn. 59

§§ 818 IV, 819 I BGB a.F. nicht möglich.

Nach dem Reichsgericht[827] dagegen bedeutete die Rückzahlung „lediglich die Durchführung der Minderung und beruht nicht auf einem selbständigen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung." Der Anspruch auf Rückzahlung „ist ein Teil des Minderungsanspruches, steht und fällt mit diesem"[828].

In Anlehnung an das Reichsgericht war nach Lorenz[829]der abzuschließende Minderungsvertrag die Anspruchsgrundlage; der Anspruch folge aus der vollzogenen Minderung.

Köhler[830] wandte demgegenüber die §§ 467 S.1, 346, 347 S.2 BGB a.F. analog an, verstand somit die Minderung als eine Art „kleine Wandelung".

Schließlich ergab sich auch für die Vertreter der Herstellungstheorie der Anspruch auf Rückzahlung des überbezahlten Werklohnes unmittelbar aus §§ 463 (bzw. 634 IV), 472 BGB a.F.[831] Da jedoch der Rückzahlungsanspruch nach allen Ansichten einheitlich gemäß § 195 BGB a.F. verjährte, hatte dieser Streit keine allzu große Bedeutung.[832]

4. Die Berechnung der Minderung

a. Die relative Berechnungsmethode

Für die Berechnung der Minderung enthielten die §§ 634 IV, 472 I BGB a.F. klare Vorgaben: Der Werklohn sei in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert des Werkes „in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde." Daraus ergab sich, wenn man

---

[827] RGZ 101, 64 (72); ebenso: Soergel/Huber (12. Aufl.), § 462 Rn. 58; Larenz, SchR II/1, § 41 II b, S. 57 ff. Rückzahlungsanspruch „aus der vollzogenen Minderung, als deren gesetzliche Folge"; MünKomm/Westermann § 462 Rn.4, Anspruch auf teilweise Rückzahlung ohne Nennung der Anspruchsgrundlage; Staudinger/Honsell (13. Aufl.), § 465 Rn. 13 f.
[828] RGZ 101, 64 (72)
[829] Lorenz, JuS 1993, S. 727 (730)
[830] Köhler, JuS 1979, S. 422 (426)
[831] RGRK/Metzger (12. Aufl.), § 465 Rn.3; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 462 Rn. 58

den geminderten Werklohn als x bezeichnet, die folgende Gleichung[833]:

$$\frac{\text{vereinbarter Werklohn}}{X} = \frac{\text{Wert im mangelfreien Zustand}^{834}}{\text{realer Wert}^{835}}$$

$$X = \frac{\text{vereinbarter Werklohn} \times \text{realer Wert}}{\text{Wert im mangelfreien Zustand}}$$

Der Minderwert errechnete sich sodann aus der Subtraktion von Werklohn und gemindertem Werklohn: Minderwert = Werklohn – X.

Die Durchführung der Berechnung bereitete jedoch in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten (dazu b - d).

b. Die Ermittlung des Sollwertes

aa. Probleme bei der Ermittlung des Sollwertes

Zunächst begegnete bei der Ermittlung des Sollwertes ein ökonomisches Problem: Der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand ist in der Regel nicht ohne ein Sachverständigengutachten bestimmbar. Die Kosten für ein solches Gutachten stehen jedoch regelmäßig in einem unbefriedigenden Verhältnis zu dem Streitwert, da die Minderung gerade im Falle geringerer Mängel wegen der §§ 633 II S.2, 634 III BGB a.F. der geeignetste Rechtsbehelf ist.[836]

Darüber hinaus erschien es bereits als äußerst fraglich, ob es einen abstrakt zu bestimmenden Sollwert im Werkvertragsrecht überhaupt gebe.[837]

---

[832] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 59

[833] Knüttel, FS Vygen, S. 311 (312); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 62; Brox/Walker, S. 54, Rn. 83; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B § 13 Rn. 209

[834] üblicherweise wird dieser als „Sollwert“ bezeichnet

[835] realer Wert = Wert des mangelhaften Werkes

[836] Peters, BB 1983, S. 1951 (1952) Daneben gestaltete sich auch die Feststellung des Sollwertes selbst als problematisch. Es kann „sich vor allem im Baubereich ergeben, daß ein bereits bestellter Bausachverständiger durch die Frage nach dem Sollwert des Hauses überfordert wird, die eher in die Kompetenz eines Hausmaklers fällt. Denn abzustellen ist ja bei der Minderung auf das Haus als ganzes, wenn dieses den Vertragsgegenstand bildet.“ (Peters, BB 1983, S. 1951 (1952))

[837] Hieran zweifelnd: Cuypers, BauR 1993, S. 541 (542); ebenso Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 62: „Die Übertragung des kaufrechtlichen Modells stößt auf erste Probleme schon deshalb, weil es *das Werk des Unternehmers*, das ja in der Bearbeitung eines vom Besteller gestellten Stoffes besteht, im Gegensatz zum Kaufgegenstand *nicht*

Während im Kaufrecht der Wert im mangelfreien Zustand durch Abstellen auf den Verkehrswert, den erzielbaren Erlös, ermittelt werden konnte[838], kam dies im Werkvertragsrecht nur dort in Betracht, wo das Werk einen eigenen bestimmbaren Verkehrswert hatte, wie beispielsweise die Errichtung eines Hauses.[839]

Aber auch beim Bauvertrag begegnete es Zweifeln, ob ein Werk an sich im mangelfreien Zustand existierte. Denn bei ihm war die Preis-/Leistungsvereinbarung in viel stärkerem Maße von individuellen Umständen abhängig als beim Kaufvertrag.[840] Während beim Kaufvertrag der Wert einer Sache sich regelmäßig darin zeigt, was jemand bereit ist, für den Erwerb des Eigentums zu zahlen, verspricht der Besteller die Herstellung eines Werkes, das nicht einmal in das Eigentum des Bestellers übergehen muß. In der Vergütung kommt also nur zum Ausdruck, welchen Wert der Besteller dem Werk, namentlich der Möglichkeit, aus ihm Früchte zu ziehen oder es zu gebrauchen, § 100 BGB a.F., beimißt.[841] Daher schlug *Peters* vor, den Sollwert mit der üblichen Vergütung gleichzusetzen.[842]

bb. Der vereinbarte Werklohn als Sollwert?

α. Der vereinbarte Werklohn als Sollwert

Wegen dieser praktischen Schwierigkeiten wurde in der *Literatur*[843] empfohlen, den Sollwert des Werkes mit dem vereinbarten Werklohn gleichzusetzen. Denn vernünftige Marktteilnehmer legten den Verkehrs-

---

isoliert gibt".

[838] Staudinger/Honsell, (13. Aufl.), § 472 Rn. 6

[839] Staudinger/Peters, (13. Aufl.), § 634 Rn. 63

[840] Nicht ohne Grund nannte § 25 Nr.3 III VOB/A eine Vielfalt von Gesichtspunkten, welche bei der Wertung von Angeboten im Rahmen einer Ausschreibung zu berücksichtigen waren.

[841] Cuypers, BauR 1993, S. 541 (542 f.); diese Überlegung liegt auch der Zielbaummethode zugrunde. (Cuypers, BauR 1993, S. 541 (543); Auerhammer, BauR 1978, S. 356 (356 ff.), ders. BauR 1981, S. 139 (139 ff.); Knüttel, FS Vygen, S. 311 (314 ff.))

[842] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 63

[843] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 61; Peters, BB 1983, S. 1951 (1952); Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 345; RGRK/Glanzmann § 634 Rn. 22; Ingenstau/Korbion VOB/B § 13 Rn. 642; Knüttel, FS Vygen S. 311 (312); Gaier, ZRP 2001, S. 336 (339)

wert als Werklohn fest, hierfür spreche eine widerlegbare Vermutung.[844] Etwas anderes gelte nur, wenn besondere Anhaltspunkte für ein Auseinanderfallen von Vergütung und Sachwert vorlägen, wie bei rasch eintretenden Konjunkturschwankungen.[845] Es ergab sich folgende Formel:

$$X \text{ (geminderter Werklohn)} = \frac{\text{vereinbarter Werklohn (=Sollwert) x realer Wert}}{\text{Sollwert}}$$

X = realer Wert [846] und Minderwert = Werklohn - realer Wert.

Die Durchführung der Berechnung bereitete jedoch in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten. Zum einen war von den drei in die Formel einzusetzenden Größen in der Regel nur eine, nämlich der Werklohn, ohne weiteres bezifferbar, nicht hingegen der fiktive Wert im mangelfreien Zustand und der wirkliche Wert des Werkes (dazu b. und c.). Daneben war fraglich, welcher Zeitpunkt für die Minderungsberechnung entscheidend sei.

β. Gleichsetzung nur im Einzelfall

In zwei Entscheidungen äußerte sich der *BGH*[847] zurückhaltend: Nur für den Fall, daß der Werklohn dem Sollwert des Werkes entspreche, könne auf dieser Grundlage die Berechnung des Minderwertes erfolgen. Eine grundsätzliche Vermutung für die Identität von Sollwert und vereinbartem Werklohn ist diesen Urteilen nicht zu entnehmen. In einer anderen *Entscheidung*[848] sprach der BGH eine Vermutungsregel aus: „Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß der Wert des

---

[844] Peters, BB 1983, S. 1951 (1952); Gaier, ZRP 2001, S. 336 (339); Dies erscheint insofern als problematisch, als der Unternehmer in der Regel eine Gewinnspanne einplanen wird und damit der Sollwert unterhalb des vereinbarten Werklohnes liegen wird.

[845] Klein-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, § 12 Rn. 345

[846] Knüttel, FS Vygen, S. 311 (312)

[847] BGH NJW 1972, S. 821: „Das Berufungsgericht setzt diesen Wert [Anm: Sollwert] offenbar dem für die ganze Halle gezahlten Werklohn von 122 296 DM gleich. Trifft das zu, so kann die Werklohnminderung so vollzogen werden [...]“; BGH, WarnR 1971, Nr. 202: „Von der in § 472 BGB vorgesehenen relativen Berechnungsmethode kann nur abgesehen werden, falls sich der Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand mit dem Kaufpreis deckt.“; BGH LM § 472 Nr.1: „Wenn der objektive Wert des Kaufobjektes in mangelfreiem Zustand und der Kaufpreis sich decken [...]“

[848] BGH NJW 1981, S.1455 (1456)

Hauses [...] der vereinbarten Gesamtvergütung [...] entspricht."[849]

cc. Die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen und Erwartungen

α. Unbeachtlichkeit subjektiver Vorstellungen

Der Sollwert, d.h. der Wert, den das Werk in mangelfreien Zustand hätte, war nach herrschender Ansicht objektiv zu bestimmen.[850] Subjektive Vorstellungen und Erwartungen, d.h. persönlicher Geschmack oder persönliche Bedürfnisse, die der Verkehr nicht teilt, waren damit unbeachtlich.

β. Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen

Dieser objektiven Ausrichtung des Sollwertes hielt *Peters*[851] entgegen, bei der Minderung verbleibe die Sache beim Besteller, was eine Berücksichtigung subjektiver Aspekte nahelege. Auch sei es bedenklich, wenn der Unternehmer Bestellererwartungen und Eigenschaftsvereinbarungen sanktionslos enttäuschen dürfe, die sich nicht auf den Verkaufswert auswirkten. Für die Wandelung sei der Anlaß oft zu gering, § 634 III BGB a.F., Nachbesserungsansprüche gebe es beim Werkvertrag nicht immer und hinsichtlich der Schadensersatzansprüche aus § 635 fehle es zuweilen an deren Voraussetzungen bzw. am Schaden. Damit entstehe eine Lücke im Sanktionssystem, die zu schließen die Minderung an sich geeignet sei.

c. Die Ermittlung des realen Wertes

aa. Probleme bei der Ermittlung des realen Wertes

Die dritte Größe im Rahmen der Minderungsgleichung war der reale Wert des Werkes in mangelhaftem Zustand, der sich wiederum objektiv nach der

---

[849] Ebenso sprach sich MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 31 gegen eine pauschalisierende Gleichsetzung aus. Denn in Zeiten der Konjunktur oder der Rezession entspreche der Sollwert nicht dem vereinbarten Werklohn: In Konjunkturphasen liege die Vergütung des Unternehmers nicht selten über dem Wert der Leistung; in Rezessionsphasen verhalte es sich genau umgekehrt.

[850] Kleine-Möllere/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 343; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 63; MünKomm/Westermann (12. Aufl.), § 472 Rn. 7; Staudinger/Honsell (13. Aufl.), § 472 Rn. 5; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B § 13 Rn. 209

[851] Peters, BB 1983, S. 1951 (1952)

Verkehrsauffassung bestimmte[852]. Bei deren Bestimmung ergaben sich in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten.

Zum einen waren bei Bagatellemängeln die Auswirkungen auf den Wert der Gesamtsache oft minimal, weshalb sie im Rahmen der Minderung unberücksichtigt bleiben mußten.[853] Zum anderen war der Werkvertrag häufig nicht auf die Anfertigung einer neuen Sache gerichtet, sondern auf die Bearbeitung von Sachen des Bestellers. Im letzteren Falle kam dem Werk des Unternehmers meist ein eigener Verkehrswert gar nicht zu.[854] Ferner waren die bei der Berechnung des Restwertes zugrundezulegenden Faktoren – wie der BGH bezüglich Bauwerken feststellt – schwer faßbar: „Exakt berechenbar ist allenfalls ein Teil von für die Bewertung heranzuziehenden Einzelfaktoren (Bodenpreis, Mietertrag). Aber schon Sachwerte und Ertragswerte sind zum großen Teil abhängig von Größen, die nicht mathematisch exakt erfaßbar, sondern wandelbar“[855] sind.

bb. Die Berücksichtigung der Kosten der Nachbesserung

Um diese Berechnungsprobleme zu umgehen, wurde von Rechtsprechung[856] und Literatur[857] auf die Kosten der Mängelbeseitigung abgestellt. Der Minderwert eines Bauwerkes drücke sich regelmäßig in dem Geldbetrag aus, der aufgewendet werden müsse, um die bei der Abnahme

---

[852] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 64. Beachtlich war, daß das Gesetz nicht dazu aufforderte, den negativen Wert der Mängel zu bestimmen und vom Kaufpreis abzuziehen, sondern dazu, den verbleibenden Restwert der Sache zu ermitteln.

[853] Schmidt-Morsbach, BauR 1982, S. 328 (335) unterschied daher in bezug auf die Wertminderung von Betonflächen einerseits zwischen rein optischen Mängeln, die keinerlei technischer Beeinträchtigung ergeben und bei denen eine Minderung ausscheide, und rein optischen Fehlern, die auf nachweisbar fahrlässig verursachten ausführungstechnischen Fehlern beruhten bzw. solchen Mängel, die zumindest eine geringfügige Wertminderung (5-10 % des Auftragsvolumens) hervorriefen, bei denen eine Minderung in Betracht käme[853]. Gegen eine solche Differenzierung sprach jedoch, daß sich aus einem Umkehrschluß aus §§ 634 III und 459 I S.2 BGB a.F. ergab, daß die Erheblichkeit des Mangels bei der werkvertraglichen Minderung keine Rolle spielen sollte.

[854] Peters, BB 1983, S. 1951 (1952)

[855] BGH Urteil vom 23.11.1962 – VZR 148/60; ebenso Aurnhammer, BauR 1978, S. 356 (356 ff.) und ders., BauR 1981, S. 139 (144)

[856] BGHZ 58, 181 (184); BGH BauR 1972, S. 242; BGH BauR 1984, S. 401; BGH NJW-RR 1997 S. 688 (689); OLG Köln BauR 1988, S. 223 (225); OLG Hamm BauR 1989, S. 735 (735); OLG Frankfurt NJW-RR 1987, S. 1268 (1268 f.)

[857] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 64; Peters, BB 1983 S. 1951 (1953); Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 17; Igenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 643; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B § 13, Rn. 209; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 345

vorhandenen Mängel zu beseitigen.[858]

Diese Berechnungsmethode scheiterte in vielen Fällen bereits aus praktischen Gründen, weil die Mängelbeseitigung gar nicht möglich war. Aber auch in Fällen, in denen die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand erforderte, § 633 III BGB a.F., verbot sich ein solches Vorgehen. Denn der Unternehmer konnte die Mängelbeseitigung in diesen Fällen verweigern und der Besteller durfte den Mangel ebensowenig auf Kosten des Unternehmers selbst beseitigen. Folglich konnten die Kosten dem Unternehmer auch nicht im Wege der Minderung überbürdet werden. Nur wenn eine sinnvolle Relation zwischen den Kosten der Mängelbeseitigung und den störenden Wirkungen bestand, war dieser Weg sachgerecht. [859]

cc. Richterliche Schätzung

Ein weiterer Ansatz, der Ungenauigkeit der Methoden bei der Ermittlung des wahren Wertes zu begegnen, stellte die richterliche Schätzung des realen Wertes, § 287 ZPO [860] dar. So bestimmte der BGH[861] in einer Entscheidung aus dem Jahre 1980, die den Reisevertrag noch nach Werkvertragsrecht[862] behandelte, den „wirklichen Wert“ einer Safari-Reise durch Schätzung. Für die Schätzung spreche nicht nur die fehlende Exaktheit der anderen Berechnungsmethoden, sondern auch, daß diese oftmals unverhältnismäßige Aufwendungen bedingen würden.[863] Die

---

[858] BGHZ 58, 181 (184)

[859] Peters, BB 1983, S. 1951 (1953); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 64; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 32; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 346; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 17; Staudinger/Honsell (12. Aufl.), § 472 Rn. 8; Auch nach OLG Hamburg OLGE 22, 232 bedeutete nicht jeglicher noch so unbedeutende und unschwer abstellbare Fehler notwendig eine Verringerung des Verkaufswertes des Grundstückes um denjenigen Betrag, der zur Beseitigung dieses Fehlers erforderlich wäre.

[860] BGHZ 77, 320 (326); Peters BB 1983 S. 1951 (1953); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 64

[861] BGHZ 77, 320 (326): „Im Rahmen der von ihm [Anm.: dem Berufungsgericht] gemäß § 287 II ZPO angestellten Schätzung des ‚wirklichen Werts´ der Reise berücksichtigt es, daß von ursprünglich vorgesehenen zehn Häfen fünf nicht angelaufen wurden, insbesondere nicht Alexandria mit dem längsten Landaufenthalt, und daß die Reise zwar zwei Tage kürzer war als ursprünglich geplant, die Beklagte aber während dieser Zeit die Kosten der Unterbringung, Verpflegung und Ausflüge getragen hatte.“

[862] Inkrafttreten des Reisevertragsgesetzes am 4.5.1979

[863] Peters, BB 1983, S. 1951 (1953)

richterliche Schätzung reduzierte sich jedoch in der Praxis regelmäßig auf das Übernehmen der gutachterlich für richtig erachteten Wertansätze.[864]

Eine Schätzung nicht des wahren Wertes des Werkes, sondern des Minderwertes selbst lehnte der BGH[865] hingegen ab. „Die Minderung des Kaufpreises ist nach § 472 zu berechnen und darf nicht nach § 278 ZPO geschätzt werden." Die Schätzung verstoße gegen die von § 472 BGB vorgesehene relative Berechnungsmethode. „Von der in § 472 BGB vorgesehenen Berechnungsmethode kann nur abgesehen werden, falls sich der Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand mit dem Kaufpreis deckt."

d. Zeitpunkt der Wertbestimmung

Entscheidend für die Berechnung der Minderung war die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Wertbestimmung. § 634 IV BGB a.F. verwies auf § 472 BGB a.F, der nannte für das Kaufrecht den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nannte. Umstritten war jedoch, ob auf diesen Zeitpunkt in gleicher Weise im Werksvertragsrecht abzustellen sei.[866]

aa. Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Peters[867] und Seiler[868] hielten wegen der Verweisung des § 634 IV BGB a.F. auch im Werkvertragsrecht den Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgeblich. Die ratio legis im Kaufrecht sei, die Beeinflussung durch nach Vertragsschluß eintretende Wertschwankungen auszuschließen. Dies träfe gleichermaßen auf das Werkvertragsrecht zu:[869] Da die Herstellung des Werkes sich über einen längeren Zeitraum erstrecken könne, müsse bei der Berechnung der Minderung jedes sich aus einer Berücksichtigung zwischenzeitlicher Veränderungen des Marktpreises ergebende spekulative

---

[864] LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 1989, S. 1106 (1108); OLG Nürnberg, BauR 1989, S. 740 (742); so auch Pauly, BauR 2002, S. 1321 (1323)
[865] BGH WarnR 1971 Nr. 202; ebenso Palandt/Putzo (61 Aufl.), § 472 Rn. 5
[866] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 65
[867] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 65
[868] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 21; Soergel/Mühl (11.Auf.), § 634 Rn. 19; ebenso auch: Staudinger/Riedel (11.Auf.), § 634 Rn. 10 b; Soergel/Ballerstedt (10.Auf.), § 634 Rn. 18
[869] Peters BB 1983, S. 1951 (1953)

Moment ausgeschieden werden.[870] Das Gegenargument, der durch § 472 vorgeschriebene Wertvergleich sei bei Vertragsschluß mangels Existenz des Werkes noch nicht möglich, überzeuge nicht, da der Wertvergleich vielfach auch beim Kauf, insbesondere beim Gattungskauf (§ 480 BGB a.F.), mit Rückbezug auf die Zeit des Vertragsschlusses erfolge.[871] Selbst wenn die Rückdatierung der Bewertung Schwierigkeiten bereite, so sei das Werk doch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kalkuliert worden. [872]

bb. Zeitpunkt der Abnahme

Demgegenüber hoben Soergel[873] sowie die Rechtsprechung[874] beim VOB-Bauvertrag auf den Zeitpunkt der Abnahme ab. Für den BGB-Bauvertrag und den Werkvertrag im allgemeinen sollte nichts anderes gelten.[875]

Zur Begründung wurde vorgebracht, § 634 BGB a.F. verlange nur eine entsprechende Anwendung des § 472 BGB a.F. Die zwischen Kauf und Werkvertrag in Vertragsinhalt und Vertragsgegenstand bestehenden Unterschiede dürften dabei nicht übersehen werden. Der Kauf betreffe regelmäßig eine schon vorhandene Sache, deren Wert feststehe; dies sei auch beim Gattungskauf (§§ 480, 243 BGB a.F.) und beim Kauf einer künftigen Sache der Fall. Der Werkvertrag ziele dagegen auf die Herstellung eines Werkes, der Unternehmer schaffe erst einen Wert. Der für § 472 BGB a.F. maßgebende Gedanke, der Käufer würde bei Kenntnis des Mangels der Kaufsache einen dem Wertverhältnis der mangelhaften Sache entsprechenden geringeren Kaufpreis gezahlt haben, sei auf den

---

[870] Soergel/Mühl (11.Auf.), § 634 Rn. 19; ebenso auch: Staudinger/Riedel (11.Auf.), § 634 Rn. 10 b; Soergel/Ballerstedt (10. Auf.), § 634 Rn. 18

[871] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 21

[872] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 65

[873] MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 34 (allerdings sei bei Geltendmachung des Minderungsanspruches vor Abnahme der Zeitpunkt der Fertigstellung maßgeblich); RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 24 (bei Erhebung des Minderungsanspruches vor Abnahme ist Fertigstellung maßgeblich); ebenso Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 642; Palandt/Thomas (61. Aufl.), § 634 Rn. 8; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 208; Locher, Privates Baurecht, Rn. 243; Bindhardt/Jagenburg, Haftung des Architekten, § 4 Rn. 40; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13 Rn. 78 c; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, § 12 Rn. 343

[874] BGHZ 42, 232 (234); BGHZ 58, 181 (183); OLG Düsseldorf NJW 1981, 1455 (1455 f.)

[875] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 24; MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 634 Rn. 34 (zumindest für den Bauvertrag); Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 208

Bauvertrag nicht anwendbar, denn das Bauwerk bestehe bei Abschluß des Bauvertrages noch nicht. Ein noch nicht erbautes Gebäude lasse sich unter Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht haben könne, nicht schätzen.[876]

cc. Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Abnahme

Daneben wurde, teilweise auch alternativ zur Abnahme, der Zeitpunkt der Fertigstellung[877] oder Ablieferung[878] des Werkes genannt.

e. Mitverursachung des Mangels

Eine weitere Problemlage ergab sich, wenn der Besteller oder sein Erfüllungsgehilfe (z.B. hinsichtlich der Planung der Architekt)[879] einen Mangel, bezüglich dessen er Minderung verlangte, mitverursacht hatte. Dies konnte etwa durch Verletzung seiner Mitwirkungspflichten,[880] sachwidrige Anweisungen,[881] eigenes Planungs- bzw. Koordinierungsverschulden[882] oder Überlassung bzw. Vorschreiben von untauglichem Material[883] erfolgt sein.

aa. § 254 BGB a.F. analog

Rechtsprechung[884] und Literatur[885] wandten hier § 254 BGB a.F. analog an. Der Minderungsbetrag wurde bei mitwirkendem Verschulden des

---

[876] BGHZ 58, 181 (183)

[877] BGHZ 58, 181 (183); RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 24; MünKomm/Soergel (12. Aufl.), § 634 Rn. 34 ; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 208; Palandt/Thomas (56. Aufl.), § 634 Rn. 8

[878] BGHZ 58, 181 (183); Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13 Rn. 208

[879] Dies gilt insofern, als die Planung im Verhältnis zum Auftragnehmer eine Aufgabe des Auftraggebers ist. Dieser hat anzugeben, wie das Werk aussehen soll. Er bedient sich hierzu des Architekten als Erfüllungsgehilfen; LG Mönchengladbach, VersR 1971, S. 185 (188); Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13, Rn. 78 o; Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 652

[880] Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B, § 13, Rn. 211

[881] MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 40; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 9

[882] Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 351, 257

[883] Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl § 12 Rn. 257; MünKomm/Soergel, § 634 Rn. 40

[884] BGH Schäfer-Finnen Z 2.414, 146; BGH Schäfer-Finnen Z.2.414, 258; BGH Schäfer-Finnen Z.2.414.288 ; LG Mönchengladbach, VersR 1971, S. 185 (186)

[885] MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 634 Rn. 40; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 18; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 634 Rn. 29; ; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, § 12 Rn. 351; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab/Riedl, VOB/B, § 13, 78 o; Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B § 13 Rn. 211

Bestellers um den Betrag gekürzt, der der Verursachungsquote des Bestellers entspreche. Zwar gelte § 254 BGB a.F. nur für Schadensersatzfälle und könne deshalb auf den Anspruch aus Minderung nicht unmittelbar angewendet werden,[886] jedoch sei der Gedanke des § 254 BGB a.F. hierauf übertragbar:[887] Der Besteller würde sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er auf der einen Seite die Herstellung des Werkes verantwortlich mitbeeinflusse, auf der anderen Seite nicht bereit sei, das daraus folgende Risiko mitzutragen.[888]

Teilweise wurde auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB a.F., zurückgegriffen, der eine Anwendung des § 254 BGB a.F. auf den Anspruch aus Minderung erforderlich mache.[889]

bb. Die Berechnung der Minderung

Hinsichtlich der Berechnung galt, daß zunächst der Minderwert ohne Rücksicht auf das Verschulden und sodann die Mitverschuldensquote des Unternehmers zu bestimmen war. Schließlich war der Minderwert um diese Quote herabzusetzen. Betrug der Minderwert beispielsweise 980,- Euro und wog das Verschulden des Bestellers oder seines Erfüllungsgehilfen erheblich schwerer als das des Unternehmers, weshalb drei Viertel des Minderwertes ihm selbst anzulasten waren, so war der Werklohnanspruch nur um 245, – Euro (ein Viertel von 980 .- Euro) zu kürzen.[890]

---

[886] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 9; Ingenstau/Korbion, VOB/B § 13 Rn. 603; Staudinger/Medicus, § 254 Rn. 3
[887] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 9; Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 603; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Merl, § 12 Rn. 351
[888] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 633 Rn. 9
[889] LG Mönchengladbach, VersR 1971, S. 188; Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Rn. 603
[890] LG Mönchengladbach, VersR 1971, S. 188

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

Hinsichtlich der Frage, inwieweit Reformbedarf in der Sache bestand, wurde von Teichmann[891], Huber[892] und Weyers[893] und dem Kommissionsentwurf[894] die Ausgestaltung der Minderung als Anspruch auf Minderung kritisiert. Insbesondere wurde aber die Praktikabilität der relativen Berechnungsmethode beanstandet.[895]

Dagegen verneinte *Gaier*[896] einen Reformbedarf. Er bezweifelte, daß es Schwierigkeiten mit der Proportionalmethode gegeben habe, denn ansonsten hätte diese „kaum mehr als hundert Jahre überstanden". Die Praxis und die Literatur handhabten die relative Berechnung in einer Weise, die unnötigen Feststellungsaufwand vermeide.

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Auch hinsichtlich der Minderung formuliert die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Art.3 VbrKfRL, es sei „eine angemessene Minderung des Kaufpreises [...] zu verlangen" und folgt damit der ***Vertragstheorie***.

Die ***Voraussetzungen*** der Richtlinie sind für Minderung und Wandelung identisch, § Art. 3 V VbrKfRL Es kann daher auf die Ausführungen zur Wandelung verwiesen werden. Zu beachten ist hierbei jedoch, daß Art. 3 VI VbrkfRL, der die Wandelung bei geringfügiger Vertragswidrigkeit ausschließt, für die Minderung nicht gilt. [897]

Die Kaufpreisminderung soll nach der Richtlinie „angemessen" sein. Eine nähere Bestimmung der Berechungsmethode fehlt allerdings. Da sich

---

[891] Teichmann, 55.DJT/I, S. A1 (A 61 f.)
[892] Huber, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (710)
[893] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187); ebenso Medicus AcP 188 (1988), S. 166 (177)
[894] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258
[895] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258; Peters BB 1983, S. 1951 (1951 ff.); Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 72; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 472 Rn. 8; Honsell JZ 2001, S. 278 (281 f.)
[896] Gaier, ZRP 2001, S. 336 (338)

jedoch in der Praxis der Mitgliedstaaten weitgehend die proportionale Berechnungsmethode durchgesetzt hat, ist davon auszugehen, daß diese gleichermaßen auch der Richtlinie zugrunde liegt. Insbesondere geht auch das UN-Kaufrecht, Art. 50 CISG, von der ***relativen Berechnungsmethode*** (s.S.) aus.[898]

[897] Staudenmayer, NJW 1999, S. 2393 (2395)
[898] Schlechtriem/Huber, CISG, Art. 50 Rn. 2; Achilles, CISG, Art. 50 Rn. 6; Piltz, Internationales Kaufrecht, S. 257, Rn. 308, Heilmann, UN-Kaufrecht, S. 446 f.

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Weyers

Weyers[899] Vorschläge zur Reform der Minderung beschränkten sich darauf, von der ***Vertragstheorie der Minderung Abschied*** zu nehmen. Daher formulierte er § 634 I S.3 BGB a.F. dahingehend um, daß an die Stelle von „kann der Besteller [...] Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen“ nunmehr „kann der Besteller [...] die Vergütung herabsetzen“[900] tritt.

b. Das Gutachten von Teichmann

Für das ***Verfahren der Minderung*** *b*estanden nach *Teichmann*[901] drei Modelle: Der Anspruch auf Minderungsvereinbarung nach dem Gesetzeswortlaut in Kauf- und Werkvertragsrecht sowie der Vertragstheorie, das einseitige Minderungsverlangen nach der sogenannten Herstellungstheorie und der Eintritt kraft Gesetzes nach § 537 BGB a.F. und § 651 d I BGB a.F. Es bedürfe hier einer Vereinheitlichung. Dabei kämen nur die letzteren beiden Modelle in Betracht. Für das Modell der Herstellungstheorie und damit die einheitliche Ausgestaltung der Minderung als Gestaltungsrecht spreche die sachliche Nähe zur Wandelung, die dogmatisch ein Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung und demnach ein Gestaltungsrecht sei. Für eine Minderung kraft Gesetzes bei Miete und Reisevertrag werde vorgebracht, sie vermeide eine Rückwirkung der Minderungserklärung. Diese wäre nämlich im Falle der Übernahme der Herstellungstheorie notwendig, um zu vermeiden, daß der Vermieter bzw. Reiseunternehmer einen ungerechtfertigten Vorteil, den Anspruch auf volle Vergütung bis zum Zugang der Minderungserklärung, erwerbe. Nach Teichmann bestehen gegen eine solche Rückwirkung jedoch keine Bedenken.

---

[899] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[900] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[901] Teichmann, 55.DJT/I, S. A 1 (A 61 f.); ebenso spricht sich auch der 55. Deutsche Juristentag für eine Regelung der Minderung als Gestaltungsrecht aus (Beschluß Nr. 20 der zivilrechtlichen Abteilung des 55. DJT, in: 55. DJT, S. I 196)

c. Das Gutachten von Keilholz

Keilholz[902] wollte am Wortlaut des § 634 BGB a.F. festhalten. Nach § 634 IV BGB a.F. sei die Minderungsformel des § 472 BGB a.F. aus dem Kaufrecht anzuwenden, d.h. der Wert der mangelhaften Leistung sei mit dem Wert der vertragsgemäßen Leistung im Zeitpunkt der Abnahme zu vergleichen und das Entgelt entsprechend zu mindern. Keilholz stellte damit auf die ***Abnahme als Zeitpunkt für die Minderungsberechnung*** ab. Eine Klarstellung im Rahmen des § 634 BGB a.F. erachtete er indessen für nicht notwendig.

Ferner wies Keilholz darauf hin, daß in der Praxis oft einfachere, „dogmatisch aber nicht ganz saubere“ ***Berechnungsmethoden*** bevorzugt würden. So werde beispielsweise auf die Kosten der Mängelbeseitigung abgestellt. Aber auch in Anbetracht dessen erwog Keilholz keine Änderung des Gesetzeswortlautes.

2. Der Kommissionsentwurf

Der *Kommissionsentwurf*[903] sah eine umfassende Reform der Minderung vor.

Hinsichtlich der ***Voraussetzungen*** wich der Kommissionsentwurf vom bisherigen Recht durch die Streichung des Erfordernisses der ***Ablehnungsandrohung*** ab, um eine Parallelität zur Wandelung herzustellen.

Bezüglich der Durchführung der Minderung wurde im Anschluß an Huber, Weyers und Teichmann eine dogmatische Umgestaltung des Minderungsrechts für erforderlich erachtet. Die Minderung sei nunmehr ein ***Gestaltungsrecht.*** Entsprechend hieß es in § 638 I S.1 BGB-KE: „Der Besteller kann [...] die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern.“[904]

---

[902] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, S. 241 (285)
[903] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 259
[904] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258

Diese Neuerung wirkte sich jedoch zugleich auf die Konstellation der ***Minderung bei Beteiligung mehrerer*** auf Schuldner- oder Gläubigerseite aus. Während nach altem Recht eine Minderung pro rata möglich war, müsse nunmehr wegen der Ausgestaltung der Minderung als Gestaltungsrecht die Unteilbarkeit der Minderung vorgesehen werden. Daher hieß es in § 638 II BGB-KE: „Sind auf der Seite des Bestellers oder auf der Seite des Unternehmers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.“[905] Besonderheiten aus dem Innenverhältnis blieben allerdings unberührt.[906]

Die nach altem Recht umstrittene Frage, ***nach welchen Vorschriften im Falle der Minderung die Rückzahlung*** des bereits geleisteten Mehrbetrages zustehe, klärte die Schuldrechtskommission nun in § 638 BGB-KE: In Absatz IV dieser Norm wurde nicht bloß auf die Rücktrittsvorschriften verwiesen, sondern eine „selbständige Anspruchsgrundlage“[907] geschaffen: „Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Unternehmer zu erstatten.“[908] Lediglich ergänzend fänden die Rücktrittsvorschriften der §§ 346, 347 BGB-KE Anwendung, § 634 IV S. 2 BGB-KE.[909]

Die im Kommissionsentwurf vorgesehene ***Berechnungsmethode*** enthielt § 638 III BGB-KE: „Durch die Minderung wird die Vergütung um den Betrag herabgesetzt, um den der Mangel den Wert des Werkes, gemessen an der Vergütung, mindert.“ Der Vorschlag war unklar formuliert, insbesondere ließ er offen, was „gemessen an der Vergütung“ bedeute. [910] Zunächst konnte die Formulierung „gemessen am Kaufpreis“ für die Beibehaltung der proportionalen Berechnungsmethode sprechen, da nach natürlichem Sprachverständnis mit „messen“ eine vergleichende Tätigkeit

[905] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258
[906] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 259
[907] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[908] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258
[909] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[910] Canaris, ZRP 2001, S. 329 (335) rügt die Unklarheit der Regelung, die ein „Rätselraten“ auslöse. Nach Gaier, ZRP 2001, S. 336 (337) macht „der Gesetzestext [...] zunächst ratlos“.

zum Ausdruck gebracht wird.[911] Gegen eine solche Auslegung sprach jedoch, daß nach der Neuregelung für die Berechnung nach der Proportionalmethode eine dritte Größe fehlte. Das alte Recht ermittelte aus drei in proportionaler Beziehung stehenden Größen (Wert des mangelfreien Werkes, Wert des mangelhaften Werkes und vereinbarter Werklohn) eine vierte Größe, nämlich den geminderten Werklohn. § 638 III BGB-KE nahm demgegenüber nur noch auf zwei Größen, den geminderten Wert der mangelhaften Sache und den Kaufpreis, Bezug.[912] Die Begründung des Kommissionsentwurfes bestätigte diesen Befund: „Abweichend vom geltenden Recht schlägt sie [Anm.: die Schuldrechtskommission] daher nicht die relative Berechnungsmethode vor“[913], weil diese an den Verkehrswert des mangelhaften Werkes anknüpfe, dessen Bestimmung Schwierigkeiten bereite.

Es waren mithin zwei Deutungen möglich: Zunächst kann man den Kommissionsentwurf dahingehend verstehen, daß die Differenz zwischen dem Wert des mangelfreien Werkes und dem des mangelhaften Werkes gebildet werden sollte; dieser Betrag war sodann von dem vereinbarten Werklohn abzuziehen und ergab die Wertminderung: Minderwert = Werklohn – (Sollwert des mangelfreien Werkes – realer Wert der mangelhaften Werkes)[914].

Oder aber man setzte den Sollwert des Werkes mit dem vereinbarten Werklohn entsprechend der zum alten Recht vertretenen Literaturansicht gleich; der Minderwert entsprach dann der Differenz zwischen vereinbartem Werklohn und realem Wert des mangelhaften Werkes[915] : Minderwert = Werklohn - realer Wert der mangelhaften Werkes.

---

[911] Gaier, ZRP 2001, S. 336 (337)
[912] Gaier, ZRP 2001, S. 336 (337); Haas, NJW 1992, S. 2389 (2393)
[913] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 259
[914] So versteht Seiler in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (271), die entsprechende Norm des Diskussionsentwurfes, § 637 II, 439 III BGB-DiskE; ebenso Gaier, ZRP 2001, S. 336 (337); Canaris, ZRP 2001, S. 329 (335)
[915] so Zimmer in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 191 (201) zu § 439 III BGB-DiskE; Ernst, AcP 199 (1999), S. 360 (369); Canaris, ZRP 2001, S. 329 (335)

Beide Interpretationen warfen allerdings Fragen auf: Die erste Auslegung stand im Widerspruch zu der Begründung des Kommissionsentwurfs, „daß der Minderungsbetrag möglichst einfach und praktikabel berechenbar sein soll.“ Denn auch bei dieser Berechnungsmethode mußten der Wert des mangelfreien Werkes und der des mangelhaften Werkes ermittelt werden.[916] Die Ermittlung dieser Werte bereitete – wie gezeigt – Probleme, es existierten verschiedenste Kriterien, von denen keines generelle Geltung beanspruchte. Gerade dieser Mißstand war Anlaß für die Reform der Minderungsberechnung.[917] Insbesondere sollte der objektive Wert der Sache bzw. des Werkes in der neuen Berechnungsmethode des Kommissionsentwurfes nicht mehr zu berücksichtigen sein.[918]

Bezogen auf die zweite Interpretation blieb hingegen unklar, warum der Kommissionsentwurf nicht die umständliche Formulierung des § 638 III BGB a.F. aufgab und formulierte: „Durch die Minderung wird die Vergütung auf den realen Wert des mangelhaften Werkes herabgesetzt.“ Zudem deutete diese Methode das Recht auf Minderung in einen Schadensersatzanspruch um, denn die Reduzierung des Werklohnes auf den Verkehrswert des mangelhaften Werkes ist eine Methode der Schadensberechnung.[919]

Schließlich war hinsichtlich beider Auslegungen fraglich, warum der Kommissionsentwurf für seine Berechnungsmethode den Begriff „relative Berechnungsweise“ statt der abgelehnten „relativen Berechnungsmethode“ nach altem Recht beanspruchte.[920] Es handelte sich bei beiden Interpretationen um Spielarten der absoluten Berechnungsmethode. Dies schien der

---

[916] ebenso Gaier, ZRP 2001, S. 336 (338), der dies aber nicht als Argument gegen eine solche Interpretation des § 638 III BGB-KE wertet

[917] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258 f.; so auch Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (271)

[918] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 219: „Abweichend vom geltenden Recht schlägt sie [Anm.: die Kommission] daher nicht die relative Berechungsmethode nach dem Verkehrswert der mangelhaften Sache vor, die – da ihr objektiver Wert nur schwer zu ermitteln ist – häufig zu Schwierigkeiten führt. Sie hat sich vielmehr für eine Regelung entschieden, die an den vereinbarten Kaufpreis anknüpft.“

[919] Gaier, ZRP 2001, S. 336 (338)

[920] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 259; so auch Honsell, JZ 2001, S. 278 (281); kritisch hinsichtlich der Wortwahl auch Gaier, ZRP 2001, S: 336 (337)

Kommissionsentwurf nicht aussprechen zu wollen.

Zu der nach altem Schuldrecht in Rechtsprechung und Literatur gängigen Gleichsetzung von Minderwert und Kosten der Mängelbeseitigung äußerte sich der Kommissionsentwurf kritisch. Die Berechnung des Minderungsbetrages solle nicht von den ***Kosten der Nachbesserung*** abhängig gemacht werden. Diese könnten gegebenenfalls sehr hoch sein und stünden dann in einem groben Mißverhältnis zur Leistung des Unternehmers.[921]

Auch die ***Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen*** und Erwartungen bei der Berechnung des Minderungsbetrages wurde abgelehnt. Das durch den Mangel des Werkes verletzte Affektionsinteresse sei im Rahmen der Frage, ob der Unternehmer bereits nach § 635 III BGB-KE die Nacherfüllung verweigern könne, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere, besser zu berücksichtigen.[922]

Neu war ebenso die Bestimmung des § 638 II S.2 BGB-KE: „Der [Anm.:Minderungs-]Betrag ist, soweit erforderlich, durch ***Schätzung*** zu ermitteln.“ [923] Eine solche Schätzung des „Minderungsbetrages“ sehe bereits BGHZ 77, 320 (326) vor. Dies ist unzutreffend, da wie bereits dargestellt (s.S. 244 f.), in dieser Entscheidung tatsächlich der reale Wert des Werkes durch Schätzung bestimmt wurde. Eine Schätzung des Minderwertes selbst lehnte der BGH[924] dagegen ab. Insofern stellte § 638 II S.2 BGB-KE eine Neuerung dar.

Der ***Zeitpunkt für die Wertbestimmung*** war in § 638 III BGB-KE nicht festgeschrieben. Unter Verweis auf die Begründung von BGHZ 58, 181 (183) - das Werk sei bei Vertragsschluß noch nicht vorhanden, also könne in diesem Zeitpunkt auch nicht sein Wert bestimmt werden – (s.S. 245 f.) hielt der Kommissionsentwurf den Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Abnahme des Werkes für maßgeblich. Dies gelte nach BGHZ 58, 181

[921] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[922] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[923] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 258
[924] BGH WarnR 1971, Nr. 202

(183) für Bauverträge; dieser Zeitpunkt sei aber zugleich für andere Werkleistungen sachgerecht, „da auch hier erst jetzt eine Wertbestimmung möglich ist.“[925]

Schließlich ging die Begründung des Kommissionsentwurfes noch auf die Frage der Berücksichtigung eines ***Mitverschuldens*** des Bestellers ein. Eine explizite Normierung der Berechnung des Minderungsbetrages bei Mitverschulden wurde jedoch nicht für erforderlich gehalten. In welchem Verhältnis der Minderungsbetrag herabzusetzen sei, „richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften sowie nach dem – auch bei der Berechnung des Minderungsbetrages anwendbaren – Rechtsgedanken des § 254 BGB.“[926]

3. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf wich inhaltlich nicht wesentlich von dem Kommissionsentwurf ab. Ein formaler Unterschied bestand darin, daß der Diskussionsentwurf wieder wie § 634 IV BGB a.F. auf das Kaufrecht verwies und somit die Norm erheblich knapper gefaßt werden konnte.

Für die ***Voraussetzungen*** gelte, daß auch zukünftig die Minderung möglich bei einem Mangel sein solle, der die Tauglichkeit oder den Wert des Werkes nur unerheblich herabsetzt. Von dem Erfordernis der Ablehnungsandrohung wurde, wie im Kommissionsentwurf, abgesehen.[927] Die Ausnahmetatbestände des § 634 II BGB-DiskE wurden ebenfalls durch Verweisung geregelt.[928]

Die Durchführung der Minderung wurde nach dem Kommissionsentwurf als ***Gestaltungsrecht*** konzipiert (§ 637 I BGB –DiskE „kann mindern“).

Die ***Minderung bei Beteiligung mehrerer*** wurde durch Verweis in § 637 II BGB-DiskE auf die entsprechende kaufrechtliche Norm, § 439 II BGB-

---

[925] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[926] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 260
[927] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 209; Kraus, BauR 2002, S. 524 (527)
[928] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 321

DiskE geregelt. Der bereits gezahlte Mehrbetrag könne nach §§ 637 II, 439 IV BGB-DiskE zurückgefordert werden. Auch § 439 IV BGB-DiskE, war eine eigenständige Anspruchsgrundlage, zu deren Ergänzung die Rücktrittsvorschriften §§ 346, 347 BGB-DiskE Anwendung fanden.[929]

Hinsichtlich der ***Berechnung der Minderung*** äußerte sich der Diskussionsentwurf nicht klarer als der Kommissionsentwurf.[930] In § 637 II BGB-DiskE wurde auf die Regelung in § 439 III BGB-DiskE verwiesen: „Durch die Minderung wird der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt, um den der Mangel den Wert der Sache gemessen am Kaufpreis mindert."

Seiler[931] und Canaris[932] verstanden diese Formulierung in dem folgenden Sinne: Minderwert = Kaufpreis abzüglich (Sollwert der mangelfreien Sache abzüglich realer Wert der mangelhaften Sache). Sie kritisierten, daß diese Methode keineswegs „praktikabler" sei, wie es die Begründung des Diskussionsentwurfes ankündige. „Vielleicht ist mit dem Lob der Praktikabilität aber auch gemeint, daß nach der Neuregelung des Entwurfs in § 439 III 3 (§ 637 II) BGB-DiskE ‚soweit erforderlich´, wie es etwas sibyllinisch heißt, eine Schätzung des Minderungsbetrages möglich ist."[933] Überdies verstoße diese Berechnungsmethode gegen das Äquivalenzprinzip. Sei das Werk in mangelfreiem Zustand 40 Euro wert, in mangelhaftem dagegen nur 30 Euro, so dürfe von dem vereinbarten Werklohn von 60 Euro nicht einfach der Minderwert von 10 Euro abgezogen werden; denn dadurch würde der Unternehmer eine höhere Gewinnmarge erhalten als vereinbart, nämlich 50 zu 30 statt 60 zu 40, was gegen das subjektive Äquivalenzprinzip verstieße. In diesen Fällen sei nach wie vor die Proportionalberechnung zutreffend (geminderter Werklohn = 60 : 40 x 30). [934]

---

[929] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 276
[930] ebenso Raiser zu RE, AnwBl 2001, S. 401 (404)
[931] Seiler in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (271); für diese Berechnungsmethode, die der Entwurf gerade nicht wähle, spricht sich auch Honsell, JZ 2001, S. 278 (282), aus.
[932] Canaris, ZRP 2001, S. 329 (335)
[933] Seiler in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (271)
[934] Canaris, ZRP 2001, S. 329 (335)

Dagegen gingen *Zimmer*[935] und *Westermann*[936] von der Interpretation Minderwert = Kaufpreis - realer Wert der mangelhaften Sache aus. „Trifft diese Berechnung zu, so vermag ich keinen Vorteil gegenüber dem geltenden § 472 I BGB zu erkennen: Es entfällt zwar gegenüber der proportionalen Berechnung eine Rechengröße: der Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand. Gerade dieser Wert wird sich aber – jedenfalls bei marktgängigen Waren – oft leicht ermitteln lassen. Man sollte diese Frage aber nicht überbewerten: Immer dann, wenn der Kaufpreis dem hypothetischen Wert der Sache in mangelfreiem Zustand entspricht, ergibt sich zum derzeit geltenden Recht kein Unterschied.“[937] *Westermann*[938] sah in dem „Verzicht auf die für den Käufer [...] doch beizubehaltende und im Grundsatz auch einigermaßen vorhersehbare Wertrelation zwischen Ware und Preis ein zu großes Opfer“, als daß dieses durch die Vermeidung der praktischen Schwierigkeiten der relativen Berechnungsmethode gerechtfertigt werden könne.

Krebs[939] wiederum ging davon aus, § 439 III BGB-DiskE enthalte gar kein Berechnungsverfahren. „Man könnte daher entgegen der Entwurfsbegründung doch wieder die alte Berechnungsweise des § 472 BGB zugrunde legen.“

Einen weiteren Deutungsversuch unternahm *Haas*[940]: Die relative Berechnungsmethode werde wegen der Schwierigkeiten, den realen Wert und den Sollwert zu ermitteln, aufgegeben. Der Wert der Minderung solle statt dessen „unmittelbar festgestellt werden, erforderlichenfalls durch Schätzung“.

---

[935] Zimmer, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 191 (201)
[936] Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 109 (126); Westermann, JZ 2001, S. 530 (538)
[937] Zimmer in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 191 (201)
[938] Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 109 (126 f.)
[939] Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, S. 1 (19)

An der Möglichkeit, den Minderungsbetrag durch ***Schätzung*** zu ermitteln, wurde festgehalten, §§ 637 II, 439 III S.3 BGB-DiskE.

Auf einen Verweis auf § 439 III S.2 BGB-DiskE wurde verzichtet, um auszudrücken, daß nicht der im Kaufrecht ***maßgebliche Zeitpunkt*** des Vertragsschlusses ***für die Wertermittlung*** bestimmend sei. Desgleichen wurde von einer werkvertraglichen Regelung abgesehen. In der Begründung wurde jedoch klargestellt, daß BGHZ 58, 181, 183 folgend für alle Werkverträge der Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Abnahme des Werkes entscheidend sei.[941]

Schließlich wurde auch eine Regelung zur Berechung des Minderungsbetrages bei ***Mitverantwortung des Bestellers*** für entbehrlich gehalten.[942] Hier greife der Rechtsgedanke des § 254 BGB. Für die praktisch bedeutsame Fallgruppe der Lieferung fehlerhaften Materials durch den Besteller zur Herstellung einer beweglichen Sache sehe das Gesetz ohnehin eine Lösung vor: Dann sei gemäß § 631 III BGB-DiskE Kaufrecht anzuwenden, welches in § 441 I S.1 BGB-DiskE ausdrücklich einen Ausschluß der Gewährleistung für den Fall vorsehe, daß der Mangel auf den vom Käufer gelieferten Stoff zurückzuführen sei.[943]

4. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses

a. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf

Der konsolidierte Diskussionsentwurf[944] sah eine formale Umgestaltung der Minderungsnorm vor.

---

[940] Haas, BB 2001, S. 1313 (1317)
[941] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, S. 322
[942] a.A.: dagegen Peters in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277 (285): Er spricht sich für eine Regelung der Frage des Mitverschuldens des Bestellers aus, und zwar nicht nur im Bereich der Minderung. Daher schlägt Peters folgenden § 631 II S.1 a BGB n.F. vor: „Der Besteller ist für eine von ihm vorgenommene Planung ebenso verantwortlich, wie für seine Anordnungen und von ihm gelieferte Stoffe“.
[943] DiksE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, S. 323

So wurden die ***Voraussetzungen der Minderung*** nicht mehr explizit geregelt, sondern es wurde um der Gesetzesknappheit willen auf die Formulierung zurückgegriffen, der Besteller könne „Statt zurückzutreten" mindern. Die Voraussetzungen des Rücktritts waren auch für das Minderungsrecht maßgeblich.

Hinsichtlich der Frage der Minderung bei ***Beteiligung mehrerer***, der Berechnungsmethode und der Rückerstattung des gezahlten Mehrbetrages wurde nicht mehr – wie in § 637 II BGB-DiskE – auf die kaufrechtliche Norm verwiesen, sondern es wurden eigenständige werkvertragliche Regelungen in § 638 II, III, IV BGB-KonDiskE eingeführt.

b. Die Beschlüsse des 6. Ausschusses

Eine doppelte inhaltliche Wende brachten die *Beschlüsse des 6. Ausschusses*[945] mit sich.

In § 638 III BGB-RA wurde die Ersetzung der relativen ***Berechnungsmethode*** durch eine absolute, wie sie der Kommissions-, der Diskussions- und der Regierungsentwurf vorgeschlagen hatten, als Irrweg abgelehnt. Diese Zuwendung zu der absoluten Berechnungsmethode habe nicht den gewünschten Vereinfachungseffekt mit sich gebracht. Deshalb solle es bei der bisherigen relativen Methode bleiben, wie sie in §§ 634 IV, 472 BGB a.F. vorgesehen gewesen sei. Allerdings sei der Übersichtlichkeit wegen nicht auf das Kaufrecht zu verweisen, sondern das Werkvertragsrecht solle eine eigenständige inhaltsgleiche Regelung treffen. Wie im Kaufrecht solle die Möglichkeit einer Schätzung Erwähnung finden, um der bisherigen, durch § 287 ZPO nicht voll abgedeckten Praxis eine Grundlage zu geben.

Auch hinsichtlich der Frage nach dem ***maßgeblichen Zeitpunkt für die Wertermittlung*** wurde nicht mehr – wie in der Begründung zum

---

[944] KonsDiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, S. 401

[945] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, S. 1118; dazu Preussner, BauR 2002, S. 231 (236)

Kommissions-, Diskussions- und Regierungsentwurf – auf den Zeitpunkt der Fertigstellung oder Abnahme abgestellt, sondern in Übereinstimmung mit dem Kaufrecht auf die Zeit des Vertragsschlusses.

IV. Das neue Recht

1. Neuerungen

Im wesentlichen ergeben sich drei Neuerungen gegenüber dem bisherigen Recht:

§ 638 BGB n.F. enthält neben der Wandelung eine ***werkvertragliche Normierung*** der Minderung, welche zwar der kaufrechtlichen Bestimmung des § 441 BGB n.F. entspricht, jedoch nicht mehr auf diese verweist.[946]

Des weiteren ist die Minderung nunmehr dem Kommissionsentwurf folgend (s.S. 252) ebenso wie die Wandelung ein ***Gestaltungsrecht***,[947] mit der Konsequenz, daß die Minderungstheorien obsolet geworden sind. Die Minderung bei Beteiligung mehrerer Besteller oder Unternehmer kann nur von allen bzw. gegen alle Beteiligten erklärt werden kann, § 638 II BGB n.F.[948]

Schließlich bedarf die Fristsetzung auf Vorschlag des Kommissionsentwurfes (s.S. 252) wegen der erstrebten Parallelität zur Rückgängigmachung des Vertrages nicht mehr der ***Ablehnungsandrohung,*** wie sie § 634 I BGB a.F. noch vorsah.[949]

2. Klärung von Streitfragen des alten Schuldrechtes

Auf die Frage, nach welchen ***Normen die Rückerstattung des Minderungsbetrages*** erfolgt (s.S. 237 f.), gibt § 638 IV BGB n.F. Antwort[950]. Dabei stellt Satz 1 dieser Vorschrift nach den Begründungen zu den Gesetzesentwürfen[951] eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar. Lediglich hinsichtlich des Inhaltes und Umfanges des Rückgewähr-

---

[946] Sienz, BauR 2002, S. 181 (189); Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 638 Rn. 1

[947] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (420); Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (435); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (398); Voppel, BauR 2002, S. 843 (852)

[948] Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (398); Sienz, BauR 2002, S. 181 (189); Voppel, BauR 2002, S. 843 (852)

[949] Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (398)

[950] Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (436)

[951] KE, in: Anschlußbericht der Kommission, S. 260; DiskE, in: Canaris Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 276; RE, in: Canaris Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 854

anspruches wird in § 638 IV S.2 BGB n.F. auf die Rücktrittsvorschriften verwiesen: Die Rückgewähr des empfangenen Geldes einschließlich der gezogenen oder bei ordnungsgemäßer Wirtschaft zu ziehenden Nutzungen erfolgt nach §§ 346, 347 BGB n.F.[952] Damit folgt das Gesetz der bereits von Köhler im alten Recht vertretenen Ansicht (s.S. 238).

Hinsichtlich der ***Berechnung der Minderung*** bleibt es, wie § 638 III BGB n.F. nun ausdrücklich vorsieht, in Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 249 f.) bei der relativen Berechnungsmethode (s.S. 238 f.).[953] Damit folgt das neue Recht der bereits im alten Recht maßgeblichen Berechnungsmethode (s.S.). Der diesbezügliche Beschluß des 6. Rechtsausschusses (s.S. 261 f.) hat in „letzter Minute“ einen Systemwechsel zu einer absoluten Methode verhindert.

Inwieweit wegen der Schwierigkeiten, die im Rahmen dieses Berechnungsverfahrens auftreten, auf die ***Kosten der Nachbesserung*** abgestellt werden darf (s.S. 243 f.), ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht bejahten diese Methode, im Gesetzgebungsverfahren wurde sie hingegen abgelehnt, da unter Umständen die Kosten der Nachbesserung sehr hoch seien und dann in einem groben Mißverhältnis zur Leistung des Unternehmers stünden (s.S. 256). Daher wird man entsprechend der bisherigen Rechtslage die Mängelbeseitigungskosten heranziehen können[954], es sei denn, es läge ein auffälliges Mißverhältnis zum Gesamtwert vor oder es wären erhebliche Preisänderungen gegenüber dem für die Wertbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingetreten.[955]

---

[952] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 216 Rn. 215; Palandt/Sprau (62. Aufl.), § 638 Rn. 7, Palandt/Putzo (62. Aufl.), § 441 Rn. 20 f.; HK-BGB/Ebert (2. Aufl.), § 638, Rn. 7; Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 285, Rn. 529; Sienz, BauR 2002, S. 181 (190)

[953] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421); Jauernig/Berger (10. Aufl.), § 441 Rn. 6; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Raab, § 638, Rn. 6; Sienz, BauR 2002, S. 181 (190); Preussner, BauR 2002, S. 231 (237)

[954] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 303 Rn. 35; a.A.: Funke, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2002, S. 217 (233): die Kosten der Nachbesserung müßte gänzlich außer Betracht bleiben.

[955] Palandt/Sprau (65. Aufl.), § 638 Rn. 4

Auch im neuen Recht wird man in der Regel, wenn keine entgegenstehenden Anhaltspunkte vorliegen, davon ausgehen können, daß der ***Werklohn dem Sollwert des Werkes*** entspricht (s.S. 240 f.). Damit folgt das neue Recht der im alten Recht in der dahingehenden Literaturansicht, die auch in der Rechtsprechung, wenngleich eingeschränkt, Anklang fand (s.S. 240 f.).

Daneben ist nunmehr die ***Schätzung*** der Wertminderung als Berechnungsmethode (s.S. 244 f.) in § 638 IV S.2 BGB n.F. ausdrücklich vorgesehen,[956] welche an die hierzu ergangene Rechsprechung im alten Recht anknüpft – Schätzung des realen Wertes –, jedoch über diese hinausgeht – Schätzung des Minderwertes selbst (s.S. 256 f.).

Das Problem des für die ***Wertbestimmung maßgeblichen Zeitpunkts*** (s.S. 245 f.) hat der Gesetzgeber nun in § 638 III BGB n.F. entschieden. Mit der zum alten Recht von Peters[957], Seiler[958] und Mühl[959] vertretenen Ansicht (s.S. 245 f.) ist entgegen dem Vorschlag des Kommissionsentwurfes (s.S. 256 f.) und Diskussionsentwurfes (s.S. 260) die „Zeit des Vertragsschlusses“ maßgeblich. Künftig wird die Rechtsprechung, die beim VOB-Bauvertrag auf den Zeitpunkt der Abnahme abstellte (BGHZ 58, 181; s.o.S. 204), am Gesetzeswortlaut nicht vorbeikommen.[960] Ob es sich bei dieser gesetzlichen Regelung, die die Beschlüsse des 6. Rechtsausschusses mit sich gebracht hat (s.S. 261 f.), lediglich um ein dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechendes, in der Hektik der letzten Phase des Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommenes gesetzgeberisches Versehen handelt, wie Weyers meint,[961] ist eher fraglich. Denn die Bedenken gegen den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die bereits der BGH in BGHZ 58, 181 (183) anführte, wurden im Kommissions- und im Diskussionsentwurf

---

[956] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 216 Rn. 215
[957] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 634 Rn. 65
[958] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 634 Rn. 21
[959] Soergel/Mühl (11.Auf.), § 634 Rn. 19; ebenso auch: Staudinger/Riedel (11.Auf.), § 634 Rn. 10 b; Soergel/Ballerstedt (10.Auf.), § 634 Rn. 10; Palandt/Sprau (62.Aufl.), § 638 Rn. 5; Werner/Pastor, Bauprozeß, (10.Aufl.) 2002, Rn. 1666, Fn. 97; Kemper, BauR 2002, S. 1613, (1617 f.)
[960] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 302 Rn. 35; Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (437)

angesprochen, waren dem Gesetzgeber also bekannt. Dennoch haben sie ihn nicht von einer Kehrtwende „in letzter Minute“ abgehalten. Daher ist der Vorschlag von *Teichmann*[962] und *Weyers*[963] abzulehnen, bei Werkverträgen mit längerer Dauer weiterhin im Wege einer teleologischen Reduktion auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen

Die ***Berücksichtigung von Mitverschulden*** eines Bestellers bei der Minderungsberechnung (s.S. 247 f.) ist im Rahmen der Minderung nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch wird der Fall des Mitverschuldens aufgrund Lieferung mangelhaften Stoffes zur Herstellung einer beweglichen Sache bereits über §§ 651 I S. 2, 442 I BGB n.F. erfaßt. Daneben greifen §§ 638 I S.1, 323 VI BGB n.F. bei überwiegender oder alleiniger Verantwortlichkeit ein: Nach § 323 VI BGB n.F. kann die Minderung ausgeschlossen sein, wenn der Besteller für den Mangel „allein oder weit überwiegend verantwortlich“ ist.[964] Demgegenüber spricht sich *Jansen*[965] dafür aus, daß das Minderungsrecht im Wege einer teleologischen Reduktion des § 638 I S.1 BGB n.F. bestehen bleiben solle. Hinsichtlich der übrigen Fälle kann der gefestigten Rechtsprechung folgend § 254 BGB n.F. herangezogen werden.[966] Damit folgt das neue Recht der die Mitverursachung des Mangels berücksichtigenden Rechtsprechungs- und Literaturansicht des alten Rechts (s.S.).

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Das neue Recht folgt im Wesentlichen den Vorschlägen des Diskussionsentwurfes (s.S. 257 ff.). Dabei wird die bisherige Rechtslage bestätigt und eine Reihe von im alten Recht bestehenden Streitigkeiten einer gesetzlichen Klärung zugeführt: Hinsichtlich der Frage, nach welchen Normen die Rückerstattung des Minderungsbetrages erfolgt (s.S. 237 f.), hinsichtlich der Berechnungsmethode der Minderung (s.S. 238 f.), der

---

[961] Weyer, in: Klaus Kapellmann/ Klaus Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 245 (250 ff.)
[962] Teichmann JuS 2002, S. 417 (421);
[963] Weyer, in: Klaus Kapellmann/ Klaus Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 245 (250 ff.)
[964] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 364, Rn. 644
[965] Jansen ZIP 2002, S. 877 (877)
[966] Erman/Grunewald (11. Aufl.), § 441 Rn. 9; Bamberger/Roth/Faust, § 441 Rn. 29; Palandt/Putzo (65. Aufl.), § 441 Rn. 17

Möglichkeit auf die Kosten der Nachbesserung (s.S. 243 f.) und den Werklohn bei der Minderungsberechnung abzustellen (s.S. 240 f.), der Möglichkeit der Schätzung (s.S. 244 f.), hinsichtlich des für die Wertbestimmung maßgeblichen Zeitpunktes (s.S. 245 f.) sowie der Berücksichtigung des Mitverschuldens des Bestellers (s.S. 247 f.) konnte an die hierzu im alten Recht bestehenden Rechtsprechungs- und Literaturansichten angeknüpft werden. Daß die rechtstechnische Konstruktion der Minderung als Gestaltungsrecht ebenso ihre Grundlagen in der im alten Recht vertretenen modifizierten Vertragstheorie findet, wurde bereits im Rahmen der Wandelung gezeigt (s.S. 230). Das neue Recht stellt folglich eine Weiterentwicklung des bisherigen Rechtslage dar.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Die Konzeption des Minderungsrechts in § 638 BGB n.F. erweist sich insgesamt als stimmig.[967]

Ganz im Sinne der vom Gesetzgeber intendierten Verzahnung von Gewährleistungs- und allgemeinen Leistungsstörungsrecht ist nunmehr die ***Rechtsgrundlage für den Rückerstattungsanspruch*** in §§ 346 ff. BGB n.F. zu finden. Ebenso erweist sich der Rückgriff auf die Beibehaltung der ***relativen Berechnungsmethode***, § 638 III BGB n.F., als systemkonform, denn nur diese Methode berücksichtigt den Gedanken der subjektiven Äquivalenz der Leistungen ausreichend. Das vertragliche Werteverhältnis von Werkleistung und Werklohn[968] und damit ein etwaiger Vorteil aus einem dem Besteller günstigen Geschäft soll auch angesichts der Minderung erhalten bleiben. Andererseits soll der Besteller die Minderung nicht dazu benutzen können, ein an sich nachteiliges Geschäft wieder wettzumachen.[969]

---

[967] Insoweit kann hinsichtlich des Entfallens des Erfordernisses der ***Ablehnungsandrohung*** und der rechtstechnischen Konzeption als Gestaltungsrecht auf die Ausführungen zu Wandelung verwiesen werden (s.S.). Für eine einheitliche Ausgestaltung von Rücktritt und Minderung sprach auch die Nähe der Minderung zum Rücktritt (s.S).

[968] Peters BB 1983, S. 1951 (1951); MünKomm/Westermann (3. Aufl.) § 472 Rn. 5

[969] Honsell, JZ 2001, S. 278 (282); Soergel/Huber (12. Aufl.)§ 472 Rn. 13; Canaris, ZRP

Aus Gründen der besseren Praktikabilität ist es ebenso sinnvoll, im neuen Recht die ***Kosten der Nachbesserung*** zur Bestimmung des Minderungsbetrages heranzuziehen sowie zur Ermittlung des ***Sollwertes auf den vereinbarten Werklohn*** abzustellen - zumal dieser in der Regel dem Wert des Werkes im mangelfreien Zustand entsprechen wird.

Hinsichtlich der Kodifizierung ***der Ermittlung der Wertminderung durch Schätzung*** in § 638 IV S.2 BGB n.F. sei Folgendes angemerkt: Da bereits § 287 II ZPO bei der Feststellung der zur Minderungsberechnung notwendigen Berechnungsgrößen eine Schätzung erlaubt, ist diese Norm überflüssig. Es gibt auch keinen Grund, von den einschränkenden Voraussetzungen des § 287 II ZPO abzuweichen, wonach die Schätzung nur zulässig ist, wenn die vollständige Aufklärung mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist.[970] Legt man daher die Formulierung des 638 I S.2 BGB n.F. „soweit erforderlich“ im Lichte des § 287 II ZPO aus, so kann diese Norm nur die zugleich von § 287 II ZPO erfaßten Fälle meinen, daß die Beweiserhebung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert:[971] Nur in Bagatellfällen soll die Minderungsbestimmung unter Einsparung kostenintensiver und im Verhältnis zum Interesse des Ausgangsverfahrens unvertretbar teuer ausfallenden Gutachten möglich sein.[972]

Ein Abstellen auf den ***Zeitpunkt des Vertragsschlusses*** für die Minderungsberechnung erscheint gleichfalls sachgerecht. Aus Gründen Rechtsklarheit sollten nach Vertragsschluß eintretende Wertschwankungen außer Acht bleiben. Hinzu kommt, daß das Argument, der Kauf betreffe regelmäßig eine bereits vorhandene Sache, weshalb dort im Gegensatz zum Werkvertrag der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sachgerecht sei, seine Logik eingebüßt hat. Denn gemäß § 651 BGB n.F. ist nunmehr Kaufrecht auf sämtliche Verträge über die Herstellung beweglicher Sachen anzu-

---

2001, S. 329 (335)

[970] Gaier, ZRP 2001, S. 336 (338); Preussner, BauR 2002, S. 231 (237), mißt dagegen § 638 III S. 2 BGB n.F. Klarstellungsfunktion gegenüber § 287 ZPO zu.

[971] Zöller, § 287 ZPO, Rn. 1

[972] so auch Pauly, BauR 2002, S. 1321 (1325)

wenden.

Schließlich war auch eine gesetzliche Regelung der ***Mitverantwortlichkeit*** des Bestellers bei der Minderung angesichts der ohnehin bestehenden Möglichkeiten, diese zu berücksichtigen (s.S. 247 f.), entbehrlich.[973]

[973] a.A.: Funke, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2002, S. 217 (233): Auf eine Regelung könne nicht ernsthaft verzichtet werden, zumal weiterhin keine Regelung vorgesehen sei, wie die auftragsbedingte Mitverantwortlichkeit zu berücksichtigen sei.

E. Der Schadensersatzanspruch

Die Überarbeitung des werkvertraglichen Schadensersatzrechts war ein Hauptanliegen der Reform des Werkvertragsrechts. Hier stand die im alten Schuldrecht überaus problematische Frage nach dem Verhältnis zu Ansprüchen aus pVV (dazu I.3.) im Mittelpunkt der Reformbemühungen. Daneben wurden die Alternativität von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz (dazu I.1.) sowie im Bereich der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches die Erheblichkeit des Mangels (dazu I.2.a.), die Notwendigkeit einer Fristsetzung (dazu I.2.b.) und die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens (dazu I.2.c.) erörtert. Der ebenfalls im alten Recht schwierigen Frage nach dem Verhältnis zu deliktischen Ansprüchen (dazu 4.) wurde hingegen in der Reform kaum Beachtung geschenkt.

I. Das alte Recht

1. Die Alternativität von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz

Die Frage nach dem Verhältnis von Wandelung und Minderung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung war im alten Recht umstritten. Dem Wortlaut des § 635 BGB a.F. zufolge konnte der Besteller – ebenso wie im Kaufrecht, § 463 BGB a.F. – Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur „*statt* der Wandelung oder Minderung“ verlangen.

a. Der historische Gesetzgeber von 1900: Elektive Konkurrenz

Daß die Formulierung „statt“ auf einen wechselseitigen Ausschluß von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz hindeutete, wird durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte bestätigt. Im ersten Entwurf waren die § 633 - 636 BGB a.F. in § 569 E I zusammengefaßt. Hinsichtlich des Verhältnisses von Wandlung/Minderung zum Schadensersatzanspruch formulierte § 569 III E I: „so hat der Besteller *außerdem* Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung“.[974] Schadensersatz-

[974] Mugdan II, S. LXXXIX

anspruch und Wandlung bzw. Minderung sollten also kumuliert werden können. Der zweite Entwurf schließlich ersetzte in § 573 E II das „außerdem“ durch das noch in § 635 BGB a.F. anzutreffende „statt“.[975]

b. Elektive Konkurrenz

Aus dem Wortlaut des § 635 BGB a.F. „statt der Wandelung oder Minderung“ folgerten auch die überwiegende Literaturansicht[976] und die Rechtsprechung[977], daß zwischen Wandelung und Minderung einerseits und Schadensersatz wegen Nichterfüllung andererseits eine elektive Konkurrenz bestehe. Solange keine endgültige Festlegung auf einen der Rechtsbehelfe erfolgt sei, sei der Besteller an seine mit dem Schadensersatzverlangen erklärte Wahl nicht gebunden. Diese Festlegung geschehe bei Wandelung und Minderung mit deren Vollzug i.S.d. §§ 634 II, 465 BGB a.F., d.h. mit der Einverständniserklärung des Unternehmers bzw. dessen Verurteilung, beim Schadensersatzverlangen durch Anerkenntnis bzw. ebenfalls durch rechtskräftige Verurteilung.[978] Solange die Wahl des Bestellers noch nicht verbindlich sei, insbesondere also, wenn der Unternehmer seine Haftung bestreite, könne der Besteller den Schadensersatzanspruch und den Anspruch auf Wandelung oder Minderung nebeneinander im Eventualverhältnis, also als Haupt- und Hilfsanspruch, geltend machen.

Hierfür spreche die Zielrichtung der Wandelungs- und Minderungserklärung. Während die Wandelung auf Rückgängigmachung des Vertrages bzw. die Minderung auf Hinnahme des Mangels unter Anpassung der Gegenleistung gerichtet sei, gehe der Schadensersatzanspruch – ebenso wie der Erfüllungsanspruch – auf Befriedigung des Erfüllungsinteresses. Aufgrund dieser unterschiedlichen Zielrichtung seien

---

[975] Mugdan II, S. 921

[976] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 2; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 635 Rn. 3; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 21, 23; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 30; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 7; Palandt (61. Aufl.), § 635 Rn. 5a; Erman/Grunewald (10. Auf.), § 463, Rn. 18; Soergel/Huber (12. Aufl.), § 463 Rn. 18

[977] RGZ 95, 2 (3); BGHZ 27, 215 (215 ff.) ; 29, 149 (151)

[978] nach anderer Ansicht erlischt das ius variandi erst mit der Befriedigung des Bestellers, u.U erst mit der Zwangsvollstreckung. (Erman JZ 1960, 41 (44); Kupisch, AcP 170 (1970), S. 479 (500))

Wandelung und Minderung mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht kumulierbar. Andernfalls läge ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers vor.[979]

Ferner sehe der Gesetzgeber in § 538 BGB a.F. ausdrücklich die Kumulation von Schadensersatz und der Minderung entsprechender Mietzinsbefreiung in § 537 BGB a.F. vor: „kann unbeschadet der in § 537 BGB bestimmten Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen“. Von einer solchen Regelung habe der Gesetzgeber in § 635 BGB a.F. abgesehen.[980]

c. Kumulation im Einzelfall

Diese Grundposition, die auch von der Rechtsprechung vertreten wurde, erfuhr in RGZ 147, 390 ff. und BGHZ 29, 148 ff. eine Aufweichung: In beiden Urteilen wurde der Schadensersatzanspruch neben der mit Erfolg erhobenen Wandelungseinrede zugelassen und nicht etwa damit begründet, daß die Wandelung durch die Wandelungseinrede noch nicht i.S.d. § 465 BGB a.F. „vollzogen“ sei. Vielmehr stellte das RG auf die Besonderheit des Falles ab, daß sich bei Unmöglichkeit der Rückgewähr des Werkes der Wandelungs- und der Schadensersatzanspruch weitgehend deckten. Daher stehe selbst ein durch die erfolgreiche Erhebung der Wandelungseinrede im Vorprozeß eingetretener Vollzug dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen. „Denn in jedem Fall muß die Bindung des Käufers unter den Gesichtspunkt von Treu und Glauben gestellt werden. Sie kann sich immer nur herleiten aus der Unzulässigkeit eines Widerspruches des nunmehrigen Begehrens des Käufers mit der Haltung, die im Vorprozeß eingenommen und die ihm dort zum Erfolg verholfen hat. Liegt jedoch ein solcher Widerspruch nicht vor, so entfällt die Bindung.“

Diesen Gedankengang führte BGHZ 29, 148 ff. fort: Der BGH wies darauf

---

[979] Hensche, Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, S. 135 f.; ebenso Stoll, AcP 131, (1929), S. 141 (141 ff, 171 ff.)

[980] Hensche, Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, S. 136 ff. Allerdings gewährte § 538 BGB in seiner ursprünglichen Fassung das Minderungsrecht ebenfalls „statt der Leistung“; erst in der Mietrechtsnovelle von 1964 fand eine Änderung des

hin, daß der Übergang zum Schadensersatzanspruch selbst nach vollzogener Wandelung stets dann nicht verwehrt werden könne, wenn „mit dem Ersatzanspruch nur die Rückgewähr der beidseitigen Leistungen erstrebt wird“. Die im Anschluß aufgeworfene Frage, ob ein Schadensersatzanspruch regelmäßig neben der Wandelung gegeben sei, ließ der BGH jedoch unbeantwortet.

d. Kumulation von Wandelung und Minderung

Gillig[981] sprach sich dagegen für die Kumulation von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz aus. Es sah sie als bereits durch die in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Möglichkeit verwirklicht an, kleinen oder großen Schadensersatz zu wählen. Der große Schadensersatz entspreche der Kombination von Wandelung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da der Besteller von seiner Pflicht zur Werklohnzahlung befreit werde, ein bereits geleistetes Entgelt als Mindestschaden geltend machen könne und die vom Schuldner erbrachte mangelhafte Leistung zurückzugeben habe. Demgegenüber entspreche der kleine Schadensersatz der Verbindung von Schadensersatz und Minderung, da der Besteller sein zu hoch gezahltes Entgelt in Höhe des Minderwertes wieder zurückverlangen könne und bei noch nicht erbrachter Gegenleistung das Entgelt nur in der Höhe des Wertes der minderwertigen Leistung schulde.[982]

Hierzu ist anzumerken, daß die von Gillig befürwortete Kumulation von Schadensersatz und Wandelung bzw. Minderung eine schadensersatzinterne war: Die Kombination wird nicht in rechtlicher Hinsicht zugelassen, sondern methodisch in der Weise, daß dem Schadensersatz die Funktion der synallagmatischen Rechtsbehelfe beigegeben wird. Dies war jedoch nur möglich, wenn der Besteller Schadensersatz und nicht etwa Wandelung oder Minderung wählte.

Wortlautes statt.

[981] Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 254 ff.

[982] Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 255

e. In der Regel Kumulation von Wandelung und Minderung

Nach Jakobs[983]und Weyers[984] war die strenge Alternativität von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufzugeben. Vielmehr sei § 635 BGB a.F. („statt“) so zu verstehen, daß der Schadensersatz nur ausnahmsweise ausgeschlossen sei, nämlich dann, wenn der Besteller mit seinem Wandelungs- bzw. Minderungsverlangen zum Ausdruck gebracht habe, daß es mit diesen Mängelrechten sein endgültiges Bewenden haben solle.

Zur Begründung wurde wie bei Gillig darauf verwiesen, daß durch die Anerkennung der „Differenztheorie“ bzw. des diesem entsprechenden „großen Schadensersatzes“ der Grundsatz der Alternativität von Schadensersatz und Wandelung der Sache nach längst aufgegeben worden sei.

Als weiteres Argument wurde vorgebracht, daß diese Interpretation des § 635 BGB a.F., wie die unter c. angeführten Urteile und ein Vergleich mit dem UN-Kaufrecht (Art. 45 II CISG), das eine Kumulierung zuläßt, zeigten, auch sachgerecht sei.[985]

2. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches

Zwei der Voraussetzungen des Anspruchs aus § 635 BGB a.F. waren leicht zu erfassen: § 635 BGB a.F. sprach davon, daß ein Mangel des Werkes gegeben sein müsse, und verlangte des weiteren, daß der Unternehmer die Ursache dieses Mangels zu vertreten habe. Ersteres beurteilte sich nach § 633 I BGB a.F., letzteres nach den §§ 276 ff. BGB a.F.

a. Die Erheblichkeit des Mangels?

Hinsichtlich des Mangels war jedoch umstritten, ob aufgrund eines unerheblichen Mangels der „große Schadensersatz“ verlangt werden könne.

---

983 Jakobs, JuS 1974, S. 341 (341 ff.)
984 Esser/Weyers, SchR II/1, § 32 II, S. 266
985 Esser/Weyers, SchR II/1, § 32 II, S. 266

aa. Erheblichkeit des Mangels erforderlich

Larenz[986] verneinte dies in analoger Anwendung des § 634 III BGB a.F. Dem Besteller könne zugemutete werden, das Werk abzunehmen oder es zu behalten und sich mit dem Ersatz des Minderwertes zu begnügen. Im übrigen könne mit der Ablehnung der Vertragsausführung, verbunden mit dem Schadensersatzverlangen, im Ergebnis ein Mehr gegenüber der Wandelung angestrebt werden.

bb. Erheblichkeit des Mangels unbeachtlich

Demgegenüber war nach der herrschenden Ansicht[987] die Erheblichkeit des Mangels im Rahmen des § 635 BGB a.F. unbeachtlich. Dies schließe aber nicht aus, daß das Rückabwicklungsbegehren des Bestellers als mißbräuchlich zu werten sei, wenn sich der Mangel als allzu geringfügig erweise.

b. Fristsetzung?

Unklar war daneben, ob sich aus der Formulierung des § 635 BGB a.F. „statt der Wandelung oder der Minderung“ darüber hinaus das Erfordernis der Fristsetzung ergab.

aa. Keine Fristsetzung

Dies verneinte Peters[988]. Der Schadensersatzanspruch hänge nicht von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 634 I, II BGB a.F. ab. Der Gesetzeswortlaut „statt der Wandelung oder Minderung“ solle nur den wechselseitigen Ausschluß der Rechtsbehelfe anordnen.

Daß eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit ohne weiteren Umschweif zu haftungsmäßigen Konsequenzen führe, sei wie die §§ 280, 286, 325 BGB a.F. und die cic sowie pVV zeigten, auch sonst im BGB die Regel.[989] Ohnehin sei es bei einem vom Unternehmer zu vertretenden Mangel dem

---

[986] Larenz, SchR II/1, § 53 II, S. 352

[987] RGZ 58, 173 (176); RG Recht, 1920, Nr. 381; RG JW 1926, 985; BGHZ 27, 215 (217 f.); RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 9; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 15; Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 31

[988] Peters, JZ 1977, S. 458 (458 ff.); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 21

Besteller nicht anzuraten, sich nach § 634 I BGB a.F. seines Nachbesserungsanspruches zu begeben.[990]

bb. Fristsetzung

Demgegenüber ging die herrschende Ansicht[991] davon aus, daß der Besteller dem Unternehmer fruchtlos eine mit einer Ablehnungsandrohung bewehrte Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt haben müsse, § 634 I BGB a.F. Nur ausnahmsweise könne auf dieses Vorgehen verzichtet werden, und zwar wenn gemäß § 634 II BGB a.F. die Fristsetzung entweder wegen Unmöglichkeit der Nachbesserung sinnlos, wegen eines besonderen Interesses unzumutbar oder aber beides der Fall sei.

Da Mängel in der Regel auf einem Verschulden des Unternehmers beruhten, nehme die gegenteilige Auffassung dem Verfahren des § 634 I BGB a.F. die praktische Bedeutung. Auch wiege das Verschulden des Unternehmers regelmäßig nicht so schwer, daß es deshalb angemessen wäre, ihm das Nachbesserungsrecht zu nehmen.[992] Außerdem gelte der Grundsatz, daß der Gläubiger in erster Linie einen Erfüllungsanspruch auf Naturalerfüllung habe, der den §§ 283, 286 und 326 BGB a.F. zugrunde liege und in den §§ 634, 635 BGB a.F. wiederkehre. Hierin drücke sich das rechtsethische Gebot der Loyalität und Rücksichtnahme gegenüber dem Schuldner aus.[993]

c. Die Beweislast bezüglich des Verschuldens

Wie bereits aufgezeigt, setzte der Anspruch aus § 635 BGB a.F. Verschulden des Unternehmers voraus. Bezugspunkt dieses Verschuldens war der Umstand, der den Werkmangel verursacht hatte.[994] Während

---

[989] Peters, JZ 1977, S. 458 (459 ff.)
[990] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 21
[991] RGZ 56, 81; RG WarnR 1915, Nr. 79; BGHZ 26, 337 (339); 27, 215 (218); 59, 328 (329); OLG Frankfurt BauR 1990, S. 474; Staudinger/Riedel (11. Aufl.), § 635 Rn. 6 b, 8 c; Soergel/Mühl (11.Aufl.), § 635 Rn. 1; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 29; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 1; Medicus, FS Kern, 1968, S. 313 (321); Grimm NJW 1968, 14 (16 f.); Hensche, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, S. 67 f.; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 3
[992] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 22
[993] Hensche, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, S. 68 f.
[994] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 6

Einigkeit darüber bestand, daß der Besteller das Vorliegen eines Mangels sowie die Voraussetzungen des § 634 I oder II von der Abnahme an beweisen müsse[995], war die Frage der Beweislast für das Vertretenmüssen des Unternehmers streitig.

aa. Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen

Die Rechtsprechung[996] und die überwiegende Literaturansicht[997] orientierten sich an den zur positiven Vertragsverletzung entwickelten Grundsätzen einer Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen: Danach habe der Besteller nur die objektive Pflichtwidrigkeit des Unternehmers sowie deren Ursächlichkeit für den Mangel zu beweisen. Den Unternehmer treffe dagegen die Beweislast dafür, daß ihm hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit kein Verschulden zur Last falle und daß er auch nicht für ein Verschulden anderer einzustehen habe.

Begründet wurde diese Ansicht damit, daß der Besteller sich gegenüber innerbetrieblichen Geschehensabläufen und Handlungsmotivationen beim Schuldner in der Beweisnot des Außenstehenden befinde.[998] Auch sei eine unterschiedliche Beweislast bei (weiteren) Mangelfolgeschäden einerseits und Mangelschäden andererseits, bei welchen im Rahmen der pVV die dargestellte Beweislast gelte[999], nicht gerechtfertigt.[1000]

bb. Beweislast des Unternehmers

Demgegenüber wandte *Peters*[1001] § 282 BGB a.F. analog an. Der Besteller habe lediglich den Mangel zu beweisen. Der Unternehmer müsse sich sodann fragen lassen, was die Ursachen dafür seien, und beweisen, daß er

---

[995] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 41; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 39; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 635 Rn. 99; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 29

[996] BGHZ 42, 16; 48, 312; BGH VersR 1969, S. 473 (473); 1970, S. 571 (571 f.); 1971, S. 958 (958 f.) ;BGH WM 83, 916 (916 f.)

[997] Dubischar, JuS 1971, S. 385 (393); Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 29 f.; Palandt/ Thomas, § 635 (§ 61. Aufl.), Rn. 9; RGRK/Glanzmann (10. Aufl.), § 635 Rn. 57 ff.; MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 635 Rn. 84 f.; Raape, AcP 147 (1941), S. 217 (280 f.); Prölss, VersR 1964, S.901 (904)

[998] Dubischar, JuS 1971, S. 385 (393)

[999] BGH BauR 1970, S. 107 (108); BGH MDR 1969, S. 652 (652 f.); BGHZ 23, 288; BGH VersR 1964, S: 632 (632); BGHZ 48, 310; BGHZ 28, 251 (253)

[1000] Raape, AcP 147 (1941), S. 217 (280 f.); Prölss, VersR 1964, S. 901 (904)

[1001] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 43 f.

diese nicht zu vertreten habe. Der herrschenden Ansicht sei jedoch ausnahmsweise in jenen Konstellationen zu folgen, in denen der Unternehmer nicht eigentlich einen Erfolg schulde, sondern eine in ihren Einzelheiten nicht festliegende Tätigkeit, mit der insgesamt die Interessen des Bestellers optimal gefördert werden sollen. So habe der Besteller beispielsweise dem Architekten als objektive Pflichtverletzung nachzuweisen, was er hätte anders machen können.

Hierfür spreche, daß die im Rahmen der pVV entwickelte Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen nur passe, wo die Haftung des Unternehmers aus § 635 BGB a.F. der Struktur der positiven Vertragsverletzung vergleichbar sei. Dies sei aber nur ausnahmsweise der Fall, wenn der Unternehmer nicht eigentlich einen Erfolg schulde.[1002]

3. Der Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F.

Die im Werkvertragsrecht wohl meistdiskutierten Fragen waren diejenigen, auf welche Schäden § 635 BGB a.F. zu beziehen und wie der auf § 635 BGB a.F. gestützte Anspruch von weiterreichenden Ansprüchen aus pVV abzugrenzen sei. Die Klärung dieser Frage hatte insbesondere im Hinblick auf die Unterschiede zwischen pVV und § 635 BGB a.F. Bedeutung: Der Schadensersatz aus § 635 BGB a.F. konnte nach herrschender Ansicht nur alternativ zu Wandelung oder Minderung verlangt werden, hingegen der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auch kumulativ.[1003] Ferner erforderte der Anspruch aus § 635 BGB a.F. im Gegensatz zu demjenigen aus positiver Vertragsverletzung in der Regel eine Nachfristsetzung gemäß § 634 I BGB a.F. Insbesondere aber unterschieden sich die Ansprüche jedoch hinsichtlich der Verjährung. Der Anspruch aus § 635 BGB a.F. verjährte gemäß § 638 BGB a.F. beginnend mit der Abnahme grundsätzlich in sechs Monaten, bei Grundstücken in einem Jahr und bei Bauwerken in fünf Jahren.[1004] Demgegenüber unterlag der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gemäß § 195 BGB a.F. einer Verjährungs-

[1002] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 43 f.
[1003] RGZ 93, 158 (161 ff.); 95, 2 (3 ff.)
[1004] Eine Ausnahme galt bei arglistigem Verschweigen des Mangels; hier war die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. (30 Jahre) anzuwenden.

frist von 30 Jahren.[1005]

a. Der historische Gesetzgeber von 1900: alle Schäden

Die Motive zu dem Gesetzesentwurf des historischen Gesetzgebers von 1900 trafen die Aussage, daß der Ersatzpflichtige für die Folgen einer von ihm zu vertretenden Handlung ohne Rücksicht darauf einzustehen habe, ob er den Schaden unmittelbar oder mittelbar bewirkt habe. Es sei überflüssig, diesen Grundsatz im Gesetz auszudrücken. Nur wenn etwas Abweichendes gelten solle, sei dies explizit festzuschreiben.[1006] Da eine solche Einschränkung in § 635 BGB a.F. nicht enthalten war, wollte der historische Gesetzgeber offenbar mit dieser Norm alle durch den Mangel verursachten Schäden erfassen. Dies wird auch durch die Aussage in den Motiven bestätigt, daß sich die werkvertragliche Schadensersatzregelung des BGB in Übereinstimung mit dem gemeinen Recht befinde.[1007]

b. Die Rechtsprechung

aa. Die ältere Rechtsprechung: Mangelschaden

In der älteren Rechtsprechung[1008] war die Haftung aus § 635 BGB a.F. und damit die kurze Verjährung des § 638 BGB a.F. auf den „dem Werk unmittelbar anhaftenden“[1009] Mangelschaden begrenzt. Dieser mußte bereits zum für den Beginn der Verjährung maßgeblichen Zeitpunkt der Abnahme oder Vollendung des Werkes „erwachsen“[1010] sein. Für den außerhalb des Werkes eintretenden Mangelfolgeschaden sollte nach den

---

[1005] RGZ 62, 119 (122); 64, 41 (41 ff.); RGZ 66, 12 (16); RGZ 71, 173 (173 ff.); 80, 439 (439 ff.)

[1006] Motive II, § 218, S. 18

[1007] Motive II, § 569, S. 481; Im gemeinen Recht umfaßte die *actio locatio conductio* auch den an anderen Sachen des Bestellers entstehenden Schaden. Es galt allerdings eine dreißigjährige Verjährungsfrist: vgl. Brinz, Lehrbuch Pandekten, S. 766 A. 21

[1008] 64, 41 (43); 66, 12 (16); 95, 2 (3 ff.); 115, 122 (125); RG WarnR 1920, Nr.33; BGHZ 35, 130 (132); demgegenüber stellte RGZ 62, 119 (122) noch darauf ab, ob der Schaden „auf einer Vertragsverletzung durch positive Zuwiderhandlung gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes“ beruhe. Diese Formel hat das RG in den späteren Entscheidungen zu Recht aufgegeben. Denn abgesehen von dem Mangel aufgrund unerkennbar schlechten Materials beruht jeder Werkmangel auf einen Verstoß gegen die zur ordnungsgemäßen Herstellung erforderliche Sorgfalt (so auch Todt, Schadensersatzansprüche, S. 116).

[1009] RGZ 64, 41 (43)

[1010] RGZ 64, 41 (43)

„allgemeinen Grundsätzen“ gehaftet werden.[1011] Hier bot sich die pVV, die der langen Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. unterlag, an, da das gestörte Äquivalenzverhältnis weder nach Verzugs- noch nach Unmöglichkeitsregeln gelöst werden konnte.

Das Kriterium der Unmittelbarkeit des RG enthielt zwei Komponenten: Zum einen das Lokalitätskriterium (Schaden örtlich an dem Werk selbst eingetreten), zum anderen das Kausalitätskriterium (Schaden in engem kausalen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Mangel). In einer späteren Entscheidung betonte das RG[1012] die zweite Komponente, indem es darauf abstellte, ob es des Hinkzutretens eines besonderen selbständigen Ereignisses bedürfe.

Begründet wurde diese Ansicht mit systematischen Überlegungen: „Man muß annehmen, daß für den durch § 635 gewährten Schadensersatzanspruch bei seiner Zusammenstellung mit den Forderungen auf Wandelung und Minderung ebenso wie bei diesen, ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag erforderlich ist, daß also der Schaden dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften muß.“[1013] Des weiteren wurde ausgeführt: „Bei § 638 muß es sich immer um einen Mangel des Werkes handeln, der – vom Verschulden abgesehen – mit der Wandelungs- oder Minderungsklage verfolgbar wäre.“[1014]

bb. Die jüngere Rechtsprechung: Mangel- und enger Mangelfolgeschaden

Mit BGHZ 37, 341 (342 f.), setzte eine Entwicklung ein, die gegenüber der älteren Rechtssprechung den Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F. und damit des § 638 BGB a.F. erweiterte. So führte der BGH in der genannten Entscheidung aus, daß es „im Einzelfall zweifelhaft sein [kann], wo die

[1011] RGZ 64, 41 (41)
[1012] RG JW 1911, 444; RGZ 71, 173 (175); 115, 122 (125)
[1013] RGZ 64, 41 (43)
[1014] RGZ 66, 12 (16); hierzu kritisch Schwenger, Ersatz von Mangelfolgeschäden, S. 137: Die Verkettung des Schadensersatzanspruches mit den Ansprüchen aus Wandelung und Minderung habe nur die Funktion gehabt, eine schikanöse Ausübung des Schadensersatzanspruches zu vermeiden, nicht aber seinen Umfang zu beschränken.

Grenze zwischen den beiden Arten von Schadensersatzansprüchen [Mangelschäden nach § 635 und Mangelfolgeschäden nach pVV] zu ziehen ist. Sie wird häufig flüssig, und es wird nicht möglich sein, sie von vorneherein durch festgelegte, alle denkbaren Fälle erfassende Merkmale zu bestimmen. Weiterer Erörterungen hierzu bedarf es aber nicht. Denn nach Ansicht des Senats besteht jedenfalls hier zwischen dem Mangel und dem Schaden ein so enger, unmittelbarer Zusammenhang, daß nur eine Ersatzforderung nach dem § 635 BGB zulässig wäre." Seit BGHZ 58, 85 (88), war es ständige Rechtsprechung des BGH[1015], daß der Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F. nicht nur Mangelschäden umfasse, sondern auch solche Mangelfolgeschäden, die zwar außerhalb des Werkes liegen, aber in einem „engen und unmittelbaren Zusammenhang" mit dem Mangel stehen. Demgegenüber sei die pVV für alle „entfernteren" Mangelfolgeschäden zuständig.

Hierbei wurden als „entfernter" Mangelfolgeschaden beispielsweise ein Brandschaden durch mangelhafte Isolierung von Rauchgasrohren[1016] oder durch unvorsichtigen Schweißgeräte-Einsatz[1017], Feuchtigkeitsschäden wegen eines nicht ordnungsgemäß hergestellten Flachdachs[1018], Körper- und Gesundheitsschäden[1019], Korrosionsschäden[1020] oder Ölschäden wegen schlecht verlegter Ölleitung[1021] angesehen. Demgegenüber wurden Schäden am Bauwerk durch mangelhafte Rohr- und Putzarbeiten[1022], die Kosten für eine Ersatzwohnung[1023], der während der Nachbesserungszeit entgangene Gewinn[1024] oder die Kosten für ein Privatgutachten über Mängel[1025] als enger Mangelfolgeschaden eingestuft.

[1015] BGHZ 67, 1 (5 ff.); 87, 239 (241 ff.); 96, 221 (226); 98, 45 (45 f.); 115, 32 (34); 133, 155 (160 f.); BGH NJW 1982, S. 2244; BGH NJW 1993, S. 923 (924 f.)
[1016] BGH MDR 1982, S. 1010 (1010 f.)
[1017] BGH VersR 1966, S. 1154 (1154 ff.)
[1018] OLG Hamm MDR 1990, S. 820 (820)
[1019] BGH MDR 1972, S. 408 (408 f.)
[1020] BGHZ 23, 288 (288 ff.)
[1021] BGH MDR 1972, S. 316 (316)
[1022] BGH NJW 1963, S. 805 (805 f.)
[1023] BGH MDR 1967, S. 208 (208 f.)
[1024] BGH BauR 1976, S. 354 (354 f.); BGH ZfBR 2004, S. 51 (51 f.)
[1025] BGH MDR 1971, S. 207 (207 f.)

Die Rechtsprechung begründete diese Differenzierung folgendermaßen: Zum einen seien entfernte Mangelfolgeschäden innerhalb der *kurzen Fristen nicht vorhersehbar*. Daneben träten gerade im Bereich des Werkvertragsrechts nicht selten noch nach Ablauf der kurzen Verjährung *schwere* Schäden auf (Unfälle, die aus Mängeln an Gebäuden oder an Maschinen, an unkörperlichen Werken wie Transportleistungen, Schätzungen, Gutachten, Auskünften hervorgehen). Eine berechtigte Güter- und Interessenabwägung ergebe, daß hier die Belange des Bestellers denen des Werkunternehmers vorgehen müßten. Schließlich habe der historische Gesetzgeber solche schweren Mangelfolgen bei der Gesetzgebung nicht vor Augen gehabt.[1026]

Es wird deutlich, daß die Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen § 635 BGB a.F. und Vertragsverletzung als eine Wertungsfrage ansah. Gefragt wurde, wie weit es gerechtfertigt sei, den Unternehmer unter Berücksichtigung der Interessen des Bestellers von seiner Haftung nach Ablauf der kurzen sechsmonatigen Fristen des § 638 BGB a.F. zu entlasten.[1027] Um die Anwendbarkeit des § 638 BGB a.F. zu vermeiden, wurde der Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F. im Hinblick auf die Rechtsfolgen (den Schadensumfang) eingegrenzt.

Ergänzend hierzu versuchte die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der sechsmonatigen Frist durch eine weite Auslegung der Begriffe „Gewerbebetrieb“ und „Bauwerk“ in § 196 Abs. 1 Nr. 1 a.F. sowie § 638 Abs.1 S. 1 BGB a.F.[1028] sowie durch großzügige Handhabung der Unterbrechungs- und Hemmungstatbestände zurückzudrängen.

[1026] BGHZ 58, 85 (90 f.)
[1027] BGHZ 67, 1 (6,8,9); BGH NJW 1982, 2244 (2245)
[1028] zu § 196 Abs. 1 Nr.1 BGB a.F.: BGHZ 59, 163 (165 f.); zu § 638 Abs. 1 S.1 BGB a.F. : BGHZ 33, 321 (324); 39, 255 (260)

cc. Die Literaturansicht

α. Unmittelbar dem Objekt anhaftende Mangelschäden

Grimm[1029] und Diedrichsen[1030] vertraten eine strenge Lokalitätstheorie; die Abgrenzung wurde nach Schadensobjekten vorgenommen. Nur dem Werk unmittelbar anhaftende Mangelschäden seien von § 635 BGB a.F. erfaßt: Hingegen könnten außerhalb des Werkes auftretende Mangelfolgeschäden über die pVV ersetzt werden.

Denn die Auffassung der jüngeren Rechtsprechung habe wegen des Fehlens praktikabler Kriterien zu erheblichen Unsicherheiten bei der Abgrenzung geführt. Ihre Ergebnisse seien nicht vorhersehbar. [1031] Auch trete der Schadensersatzanspruch als Surrogat an die Stelle des ursprünglichen Mängelbeseitigungsanspruches und könne daher nicht weiter reichen als dieser, d.h. er könne nur auf die Herstellung eines einem mangelfreien Werk entsprechenden Zustandes, nicht aber auf die Beseitigung von Folgeschäden außerhalb des Werkes gerichtet sein.[1032] Hiergegen wurde eingewandt, daß der Mängelbeseitigungsanspruch ein Erfüllungsanspruch in modifizierter Form sei und von diesem nicht auf den Umfang eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung geschlossen werden könne.[1033]

β. Alle Schäden

Demgegenüber umfaßte nach Medicus[1034] und Michalski[1035] § 635 BGB a.F. alle Schäden des Bestellers, die auf einen Mangel des Werkes zurückzuführen waren. Die sich für den Besteller ergebenden nachteiligen

---

[1029] Grimm, NJW 1968, S. 14 (16)
[1030] Diedrichsen, AcP 165 (1965), 150 (150 ff., 164); ebenso: Hoche, FS Lange, S. 241 (245); Winter, Distinktion, S. 173; Larenz, SchR II/1, § 53 II b, S. 357 ff. (wobei auf die Ansprüche aus pVV § 638 BGB analog anzuwenden sei, mit der Maßgabe, daß die Verjährung erst mit Schadenseintritt beginne); v. Gierke/v. Reinersdorf, JuS 1978, S. 822 ff. (wobei nach ihnen in gewissen Fällen auf die pVV § 638 BGB a.F. anzuwenden sei)
[1031] Grimm, NJW 1968, S. 14 (16)
[1032] Grimm, NJW 1968, S. 14 (16)
[1033] Schubert, JR 1975, S. 179 (180)
[1034] Medicus, FS Kern, 1968, S. 313 (321 ff.)
[1035] Michalski, NJW 1988, S. 793 (797f.); ebenso: Laufs/Schwenger, NJW 1970, S. 1817 (1817 ff.); Schwenger, Ersatz von Mangelfolgeschäden, S. 212; Esser/Weyers, SchR II/1,

Folgen wurden von Michalski dadurch abgemildert, daß die Verjährung entgegen dem Wortlaut des § 638 BGB a.F. nicht bereits mit der Abnahme bzw. Vollendung beginnen sollte.[1036] Von Medicus wurde dagegen vorgeschlagen, die Verjährung solle in Anlehnung an 852 I BGB a.F. erst mit Kenntnis des Bestellers von dem Schaden und der Ersatzmöglichkeit beginnen.[1037]

Die Unterscheidung in Mangel- und Mangelfolgeschäden finde im Gesetz, § 635 BGB a.F., keine Stütze, es handele sich um eine Rechtsfortbildung contra legem.[1038] Daneben vermeide diese Ansicht Abgrenzungsprobleme. Des weiteren enthalte § 635 BGB a.F. keine Begrenzung in Inhalt und Umfang.[1039] Schließlich wurde darauf hingewiesen, daß die kurze Verjährung des § 635 BGB a.F. gerade bei entfernten Schäden sachgerecht sei.[1040] Hiergegen wandte Peters ein, daß die Länge der Kausalkette bedeutungslos sei und sich die entfernteren Schäden oftmals als die gravierenderen erwiesen.[1041]

γ. Mangel- und enge Mangelfolgeschaden

Die überwiegende Literatur[1042] vertrat, der jüngeren Rechtsprechung folgend, eine vermittelnde Ansicht: Es seien von § 635 BGB a.F. der dem Werk unmittelbar anhaftende Mangelschaden sowie der mit dem Mangel eng und unmittelbar zusammenhängende Mangelfolgeschaden erfaßt. Nur dann greife die kurze Verjährung des § 638 BGB a.F. ein.

δ. Mangelschaden aus dem Gebrauch des Werkes

Eine andere vermittelnde Ansicht vertrat Schubert[1043]. Ihm zufolge

---

§ 32 II 6 d, S. 270 f.; Schmitz NJW 1973, S. 2081 (2081 ff.)
[1036] Michaslki, NJW 1988, S. 793 (799 f.)
[1037] Medicus, BR, Rn. 355
[1038] Michalski, NJW 1988, S. 793 (797)
[1039] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 6
[1040] Medicus, BR, Rn. 355
[1041] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 52
[1042] RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 635 Anm. 42 ff.; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 20, 24; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 635 Rn. 9 ; MünKomm/Soergel (3. Aufl.) § 635 Rn. 27 f.; Pieper, JuS 1962, S. 409 (409 ff.); Thiele JZ 1967, 649 (654 ff.); Schlechtriem, VersR 1973, S. 581 (590 ff.); Todt, Schadensersatzansprüche, S. 200
[1043] Schubert, JR 1975, S. 179 (179 ff.)

gehörten zum Anwendungsbereich des § 635 BGB a.F. neben Mangelschäden auch solche Schäden des Bestellers, die sich aus dem Gebrauch des Werkes ergäben, sofern sie in dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Funktionsbereich liegen.

Zum einen spreche gegen die Ansicht des BGH, daß sie mit in der Praxis unkalkulierbaren Abgrenzungskriterien arbeite und so zu unnötigen Prozessen führe.[1044] Zum anderen entspreche die Abgrenzung nach Funktionsbereichen dem Grundgedanken des Gewährleistungsrechts: Der in § 633 I BGB a.F. zugrunde gelegte Fehlerbegriff stelle primär darauf ab, ob ein Mangel die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebe oder mindere. Ob ein Werk funktionstauglich sei, sei innerhalb der Fristen des § 638 BGB a.F. feststellbar, dagegen nicht, ob es Mängel aufweise, die Schäden an seinen übrigen Rechtsgütern verursachen können. Schließlich sei es dem Unternehmer zumutbar, das Risiko etwaiger Mangelfolgeschäden zu tragen, da er Versicherungsschutz für Schäden außerhalb des Werkes erlangen könne. [1045]

ε. Schaden mit Bezug zum vertraglichen Synallagma

Nach Peters[1046] waren von § 635 BGB a.F. nur solche Schäden erfaßt, die einen Bezug zum vertraglichen Synallagma aufwiesen. Schäden, deren Ersatz auch ohne die Zahlung des Werklohnes, d.h. unabhängig von der eigenen Vertragstreue, gerechtfertigt sei, wie etwa die körperliche Integrität, fielen unter die pVV.

Dies begründete Peters damit, daß nach dem Wortlaut des § 635 BGB a.F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung lediglich „statt der Wandelung oder der Minderung“ verlangt werden konnte. Der Besteller könne ihn also ausschließlich bei Zahlung oder Verrechnung des Werklohnes erlangen. Damit wiederhole § 635 BGB a.F. nur etwas, „was für alle Ansprüche auf

[1044] Schubert, JR 1975, S. 179 (181)
[1045] Schubert, JR 1975, S. 179 (182)
[1046] Peters, NJW 1978, 665 (665 ff.)

Schadensersatz aus synallagmatischen Verträgen“ [1047] gelte, nämlich, „daß derartige Ansprüche von der eigenen Vertragstreue“ [1048] abhängig seien. Ansprüchen aus pVV, die allein das Integritätsinteresse erfaßten, sei dies fremd. „Daß der andere Teil Leben, Gesundheit, und Eigentum respektiert, gegebenenfalls bei Verletzung Schadensersatz leiste, kann ich auch unabhängig davon erwarten, ob ich nun meinerseits leiste oder nicht. “[1049]

η. Differenzierung nach Werkvertragstypen

Ballerstedt[1050] hingegen differenzierte nach drei verschiedenen Werkvertragstypen: (1) Werkverträge, bei denen neben der Werkherstellungspflicht mindestens gleichwertig Schutzpflichten zugunsten der Rechtsgüter des Bestellers begründet werden (z.B. Vertrag über Transport von Personen oder Gütern); (2) Werkverträge, die aufgrund persönlichen Vertrauens des Bestellers in die persönliche Qualifikation des Unternehmers geschlossen zu werden pflegen (z.B. Vertrag über Leistung eines Sachverständigen); (3) Verträge, bei denen der Besteller keinen erweiterten Vertragsrisiken unterliegt, die von §§ 622 bis 635, 638 BGB a.F. abweichende Haftungsnormen zu seinem Schutz erfordern.

Die Fälle der ersten Gruppe seien nach pVV zu behandeln, denn die Bewahrung vor Unfallgefahren gehöre nicht zum vertragsmäßigen Erfolg. Dagegen sei auf die Fälle der zweiten Gruppe § 635 BGB a.F. anzuwenden, mit der Maßgabe, daß dem Besteller wegen des Vertrauenscharakters der Verträge eine auf sechs Monate befristete Gegeneinrede zuzubilligen sei, innerhalb derer er sich der Verjährungseinrede erwehren könne. Für die letzte Gruppe gälten dagegen §§ 635 und 638 BGB a.F. uneingeschränkt.

Diese Fallgruppenbildung sei notwendig, da der Werkvertrag eine Vielfalt von unterschiedlichen Vertragstypen umfasse, bei denen der Erfolg eine unterschiedliche Rolle spiele.

[1047] Peters, NJW 1978, 665 (667)
[1048] Peters, NJW 1978, 665 (667)
[1049] Peters, NJW 1978, 665 (667)

4. Das Verhältnis zu den deliktischen Ansprüchen

Ein weiteres Konkurrenzproblem stellte sich bei der Frage, ob eine mangelhafte Werkleistung zugleich deliktische Ansprüche des Bestellers begründen könne und wenn ja, ob auf letztere die Verjährungsfrist des § 852 BGB a.F. oder aber diejenige des § 638 BGB a.F. anzuwenden sei.

Grundsätzlich bestand Einigkeit, daß ein deliktischer Schadensersatzanspruch nur zu bejahen sei, wenn das Integritätsinteresse, nicht aber wenn das Äquivalenzinteresse betroffen war. Lediglich das Äquivalenzinteresse war berührt, wenn sich der Mangelunwert der mangelhaften Werkleistung mit dem erlittenen Schaden am Eigentum deckte, d.h. Stoffgleichheit bestand.[1051] Verletzte der Besteller hingegen andere Rechtsgüter des Bestellers (z.B. aufgrund von Mängeln der Kühlanlage das eingelagerte Fleisch verdirbt[1052]), die außerhalb der Werkleistung standen, war eine Eigentumsverletzung und damit ein Anspruch aus § 823 I BGB a.F., der nach § 852 BGB a.F. verjährte[1053], unproblematisch zu bejahen.[1054]

a. Die mangelhafte Bearbeitung von Sachen des Bestellers

Umstritten war bereits der Fall, daß eine zur Reparatur oder Bearbeitung übergebene Sache durch die Werkleistung in Integrität und Wert gemindert wurde. Hierher gehörte etwa der Fall, daß der Einbau eines Aggregats bei einem Pritschensattelaufleger durch Verschweißen statt – wie erforderlich – durch Verschrauben erfolgte und infolgedessen der Besteller aufgrund TÜV-Auflagen zu kostspieligen Umbaumaßnahmen verpflichtet war.[1055]

Anlaß für den Streit war auch hier die Befürchtung, daß der Rückgriff auf

---

[1050] Ballerstedt, FS Larenz, S. 717 (717 ff.)
[1051] BGH ZfBR 2005, S. 366 (369)
[1052] RGZ 71, 173 (173 ff.)
[1053] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 638 Rn. 23; Schlechtriem, JZ 1971, S. 449 (451); Grunewald, JZ 1987, S. 1098 (1101)
[1054] OLG Hamm NJW-RR 1993, S. 594 (594 ff.); BGH NJW-RR 1990, S. 726 (726 ff.); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 66; Soergel/Teichmann (12. Aufl.),§ 638 Rn. 23
[1055] Angelehnt an BGHZ 55, 392 (392 ff.); Beispiel von Schlechtriem, JZ 1971, S. 449 (451)

das Deliktsrecht die vertragliche Sonderordnung entwerten könnte: Denn die deliktischen Ansprüche verjährten gemäß § 852 BGB a.F. erst in drei Jahren ab Kenntnis. Weiter war § 635 BGB a.F. das Nachbesserungsrecht des Unternehmers vorgeschaltet.

aa. Vorrang des vertraglichen Schadensersatzanspruches

Schlechtriem[1056] vertrat die Ansicht, die werkvertragliche Regelung habe Vorrang, wenn sich mit dem Schaden ein typisches werkvertragliches Risiko verwirkliche, d.h. sich Schäden realisierten, mit denen bei Werken dieser Art üblicherweise zu rechnen sei. „Vorrang“ bedeutete die Nichtanwendbarkeit der deliktsrechtlichen Normen insgesamt.

Begründet wurde dies damit, daß das werkvertragliche Risiko durch die Anwendbarkeit anderer Normen nicht verschoben werden dürfe.

bb. Nebeneinander von vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch

Demgegenüber ging die herrschende Ansicht[1057] von der gleichzeitigen Anwendbarkeit des Deliktsrechtes aus. Der Deliktsanspruch verjähre nicht nach § 638 BGB a.F.[1058], sondern nach § 852 BGB a.F.

Denn zum einen sei die Begrenzung zwischen typisch werkvertraglichen und sonstigen Risiken nicht durchführbar, zum anderen bestünden grundsätzliche Bedenken dagegen, dem Besteller den Schutz der deliktischen Ansprüche zu versagen.

b. Der Weiterfresser-Schaden

Besonders umstritten war darüber hinaus die Fallkonstellation des Weiterfresser-Schadens: Dabei ging es um Mängel, die über den eigentlichen mangelbedingten Minderwert hinaus Schäden am Werk selbst

---

[1056] Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 327 ff.; ders. JZ 1971, S. 449 (451 f.)

[1057] BGHZ 55, 392 (398), BGH NJW 1977, S. 1819 (1819 f.); Grunewald, JZ 1987, S. 1098 (1100 f.); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 66; Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 638 Rn. 24

verursachen.[1059] Hierher gehörte etwa der Fall der Verwendung von mangelhaftem Beton zur Herstellung von Decken, wodurch die Einsturzgefahr des Gebäudes verursacht wurde[1060] oder der Fall der Verlegung von fehlerhaft konstruierten Dämmelementen auf Dächern, wodurch Risse in der Dachhaut entstanden.[1061]

aa. Rechtsprechung: Keine deliktischen Ansprüche

Die Rechtsprechung[1062] lehnte diesbezüglich deliktische Ansprüche ab. Der BGH begründete dies in der genannten Betondecken-Entscheidung[1063] damit, daß der Mangel dem Bauwerk von vorneherein anhafte, dieses damit für den Eigentümer schlechthin unbrauchbar gewesen sei und sich der Mangel mit dem geltend gemachten Schaden decke.

Damit setzte sich die Rechtsprechung in Widerspruch zu der von ihr mehrfach entschiedenen Parallelproblematik im Kaufrecht, wo deliktische Ansprüche bejaht wurden.[1064] Dort wurde festgestellt, daß zwar bei formaler Betrachtungsweise der Käufer von vorneherein nur mangelhaftes Eigentum erworben habe. Jedoch sei entscheidend, daß die in der Lieferung eines schadhaften Teils der Kaufsache liegende Gefahrenursache sich erst nach Eigentumsübergang zu einem über diesen Mangel hinausgehenden Schaden realisiert habe und dadurch das im übrigen mangelfreie Eigentum des Erwerbers an der Gesamtsache verletzt worden sei.[1065] Daher müsse danach differenziert werden, ob das Äquivalenzinteresse oder das Integritätsinteresse betroffen sei, ob der zu ersetzende Schaden mit dem Minderwert stoffgleich sei.[1066]

[1058] So aber Jauernig/Schlechtriem (9.Aufl.), § 638 Rn. 12
[1059] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (422)
[1060] BGHZ 39, 366 (367): Betondecken-Entscheidung
[1061] BGH NJW 1981, S. 2248 (2248 ff.): Dämmelemente-Entscheidung
[1062] BGHZ 39, 366 (367); BGH NJW 1981, S. 2248 (2248 ff.); OLG Karlsruhe NJW 1956, S. 913 (914); dagegen läßt BGH NJW 1978, 1051 (1051) die Frage offen; a.A.: nur OLG Stuttgart NJW 1976, S. 572
[1063] BGHZ 39, 366 (367)
[1064] BGHZ 67, 359, (364):Schwimmschalterfall ; BGH NJW 1978, 2241 (2241 ff.): Hinterreifen-Entscheidung; BGH NJW 1983, S. 812 (812 ff.): Hebebühnenentscheidung
[1065] BGHZ 67, 359 (364)
[1066] BGHZ 86, 256 (258 ff.)

bb. Die Literaturansicht

α. Keine deliktischen Ansprüche

Obgleich Wilt[1067] die Begründung der Rechtsprechung kritisierte, vertrat er im Ergebnis einen ähnlichen Ansatz: Soweit werkvertragliche und deliktische Ansprüche inhaltlich deckungsgleich seien, seien die deliktischen ausgeschlossen. Andernfalls könne ein deliktischer Anspruch erst nach Ablauf der Nachbesserungsfrist und nur innerhalb der Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. beansprucht werden.

β. Bestehen von deliktischen Ansprüchen

Demgegenüber sprachen sich Grunewald[1068] und Freund/Barthelmess[1069] für die Anwendbarkeit des § 823 I BGB a.F. aus. Littbarski[1070] plädierte für eine Übertragung der kaufvertraglichen Rechtsprechung zu Weiterfresser-Schäden auf das Werkvertragsrecht.

Die Herstellung einsturzgefährdeter Decken sei, da nicht vernünftig weitergebaut werde könne, solange die Decken nicht abgerissen seien, eine Eigentumsverletzung an dem Rohbau, denn auch eine Gebrauchsbeeinträchtigung werde unter die Eigentumsverletzung des § 823 I BGB a.F. subsumiert.[1071] Bezüglich der auf die mangelhafte Bauleistung aufbauenden Bauteile liege gleichermaßen eine Eigentumsverletzung vor, da diese für sich genommen ordnungsgemäß seien und erst durch die mangelhafte Bauleistung beeinträchtigt würden.[1072] Ferner könnten gerade im Werkvertragsrecht spätere mangelhafte Leistungsteile solche vorangehende Leistungsteile schädigen, die bereits mangelfrei in das Eigentum des Bestellers übergegangen seien.[1073]

[1067] Wilt, VersR 1967, S. 817 (820)
[1068] Grunewald, JZ 1987, S.1098 (1100)
[1069] Freund/Barthelmess, NJW 1975, S. 281 (283ff.); ebenso: Schwenzer, JZ 1988, S. 525 (528); Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 67; Schlechtriem, JZ 1971, S. 449 (451): Für Anwendbarkeit des Deliktsrechts, da solche Weiterfresserschäden nicht von der werkvertraglichen Sachmängelhaftung erfaßt seien.
[1070] Littbarski, FS Korbion, S. 269 (277)
[1071] Grunewald, JZ 1987, S.1098 (1100); Freund/Barthelmess, NJW 1975, S. 281 (283 ff.)
[1072] Grunewald, JZ 1987, S.1098 (1100)
[1073] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 635 Rn. 67

II. Reformbedarf

1. Reformbedarf in der Sache

In der Literatur bestand Einigkeit, daß eines der Hauptprobleme des bisherigen Werkvertragsrechtes, nämlich die schwierige Abgrenzungsfrage zwischen pVV und § 635 BGB a.F., kodifikatorisch behoben werden müsse.[1074]

2. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Nicht geregelt wird durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Rechtsbehelf des Schadensersatzes.[1075] Hauptargument hierfür war, daß eine Regelung des Schadensersatzes zur Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele nicht notwendig sei (Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 3 b II EGV).[1076] Beim Verbraucher erschöpfe sich der Vermögensschaden in dem Minderwert der Ware. Dieses Interesse könne durch Minderung und Vertragsauflösung befriedigt werden.[1077] Die für den Verbraucher bedeutsamen Sicherheitsmängel, die zu Mangelfolgeschäden führten, seien bereits durch die Produkthaftungsrichtlinie erfaßt.[1078] Ebenso sprachen die starken Divergenzen zwischen den nationalen Regelungen der Schadensersatzansprüche gegen eine Vereinheitlichung.[1079]

Aber auch wenn die Richtlinie unmittelbar keine Vorgaben für die Reform der kaufrechtlichen Schadensersatzansprüche enthält, so gibt es dennoch

---

[1074] Soergel/Teichmann, (12. Aufl.), § 635 Rn. 14; Erman/Seiler (10. Aufl.), § 635 Rn. 24; Schubert, JR 1984, S. 315 (320 ff.); Diedrichsen, AcP 182 (1982), S. 101 (102); Vollkommer, AcP 183 (1983), S. 525 (556); Hübner in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (768); Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1165); Keilholz in: Gutachten und Vorschläge, Bd, III, S. 241 (286); Teichmann, 55.DJT/I, S. A 1 (A 76 f.); Brandner, 55.DJT/II , S. I 7 (I 14); Soergel, 55.DJT/II S. I 27 (I 33)

[1075] Dazu kritisch: Schnyder/Straub, ZeuP 1996, S. 56 ff.; Junker, DZWiR 1997, S. 271 (276); Amtenbrink/Schneider, VuR 1999, S. 293 (294); Kircher, ZRP 1997, S. 290 (293)

[1076] Andere folgern dies aus Art. 153 EGV und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, Roth, JZ 1999, S. 529 (536); Armbrüster, RabelsZ 60 (1996), S. 72, (79 ff., 86 ff.); Ulmer JZ 1992, 1 (5); Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 147

[1077] Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 233 (243); Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 7

[1078] Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 7 f.; Flessner, in: Grundmann/Medicus/ Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 243

[1079] Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 8

Bestandteile des Schadensersatzanspruches, die von der Richtlinie erfaßt werden.

§ 463 BGB a.F. bestimmte wie § 635 BGB a.F., daß sich Schadensersatz und Minderung bzw. Wandelung ausschlössen. Für die Aufhebung dieser Alternativität bestand von Seiten der Richtlinie kein Änderungsbedarf. Denn nach bisherigem Recht erlosch das Wahlrecht erst, wenn sich der Verkäufer mit dem gewählten Rechtsbehelf bzw. mit der Rechtskraft des entsprechenden Urteils einverstanden erklärte. Hierbei handelte es sich um eine vertragliche Vereinbarung nach Unterrichtung des Verkäufers über die Vertragswidrigkeit, welche gemäß Art. 7 I 1 VbrKfRL zulässig ist, auch wenn sie die Rechte des Käufers reduziert.[1080]

Die Richtlinie stellt wie in Art. 3 III VbrKfRL („zunächst“) und Art. 3 VI VbrKfRL deutlich wird – das Prinzip der Vorrangigkeit der Vertragsdurchführung in den Vordergrund. Läßt man den Anspruch auf Schadensersatz, wie in § 437 Nr.4 BGB n.F. geschehen, bereits bei einfacher Fahrlässigkeit eingreifen, so erschiene eine Zurückstellung der Schadensersatzhaftung hinter die Abhilfe notwendig.[1081]

Ferner enthält sie in Art. 5 Abs.1 VbrkfRL die Regelung, daß der Verkäufer hafte, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach der Lieferung des Verbrauchsgutes offenbar werde.

[1080] Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 124
[1081] Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 123

III. Reformprozeß

1. Die Gutachten

a. Das Gutachten von Peters und Zimmermann

Peters und *Zimmermann*[1082] schlugen in Hinblick auf die dargelegten ***Abgrenzungsprobleme*** in ihrem Gutachten zu den Verjährungsfristen eine ***einheitliche Verjährung*** für sämtliche schuldrechtliche Ansprüche vor. Danach sollten die vertraglichen Schadensersatzansprüche innerhalb von zwei Jahren beginnend mit der Fälligkeit des Anspruches verjähren[1083], die Verjährung werde jedoch gehemmt, solange dem Berechtigten ohne grobe Fahrlässigkeit Schuldgrund, Gegenstand oder Rechtsgrund des Anspruches unbekannt seien[1084]. Dabei solle die Verjährungsfrist insgesamt durch Hemmung bis auf maximal zehn Jahre verlängert werden können.

Durch diese Neukonzeption des Verjährungsrechts sollten die stark unterschiedlichen Fristen des Verjährungsrechts zwischen 6 Wochen und 30 Jahren, die teils zu knapp, teils zu großzügig bemessen, angeglichen werden.[1085] Insbesondere erweise sich die sechsmonatige Frist des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts als zu kurz, da innerhalb von sechs Monaten oftmals der Mangel noch gar nicht entdeckt sei, und selbst wenn dies geschehen sei, dem Besteller nicht genug Zeit für Erkundigungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht blieben. Das Risiko werde somit einseitig zu Lasten des Bestellers verteilt.[1086] Demgegenüber verfehle die übermäßig lange Verjährungsfrist von 30

[1082] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (226 ff.)

[1083] Eine Ausnahme sollte nur für den Rückgabeanspruch einer „auf Zeit in die Obhut eines anderen“ überlassenen Sache (5 Jahre), für „Ansprüche wegen nicht gehöriger Überlassung, Verwendung oder Wegnahmerechte“ im Falle der Rückgabe einer Sache, „wegen einer Beschädigung der Sache oder wegen verspäteter Rückgabe“, für „außervertragliche Ansprüche“ sowie für „Ansprüche Dritter an der Sache Berechtigter, denen gegenüber die Besitzüberlassung berechtigt war“ (jeweils 1 Jahr ab Rückgabe) gelten. Bei Unterlassungsansprüchen begann die Verjährungsfrist mit jeder Zuwiderhandlung.
(Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (315)

[1084] Ebenso sollte Hemmung durch Verhandlungen über Grund und Gegenstand des Anspruches sowie durch unverschuldete Verhinderung an der Rechtsverfolgung innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist.

[1085] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (187)

[1086] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (188)

Jahren den Zweck der Verjährung, Rechtssicherheit zu schaffen und dem Schuldner die Abwehr unbegründete Ansprüche zu erleichtern. [1087]

Hinsichtlich des Verjährungsbeginns sprach sich das Gutachten gegen ein objektives Datum wie die Abnahme aus, da diese bei Mangelfolgeschäden nicht passe. Insbesondere dürfe die Verjährung bei einem vertraglichen Schadensersatzanspruch nicht bereits beginnen, bevor der Anspruch seinem Grunde nach entstanden, geschweige denn fällig geworden sei und der Besteller sich seines Anspruches versehen könne. Durch die Verjährungshemmung, solange dem Berechtigten ohne grobe Fahrlässigkeit Schuldgrund, Gegenstand oder Rechtsgrund des Anspruches unbekannt seien, solle daneben – in Anknüpfung an den Verjährungsbeginn in § 852 BGB a.F. (Verjährungsbeginn mit Kenntniserlangung, spätestens in 30 Jahren von Begehung der deliktischen Handlung) – der Tatsache Rechnung tragen werden, daß die Rechtsverfolgung oftmals durch mangelnde Kenntnis des Bestellers behindert werde. Insbesondere beim Bauvertrag könne äußerst unklar sein, welcher der Baubeteiligten für bestimmte Mängel einzustehen habe. [1088]

An diesem Vorschlag übte *Schubert*[1089] Kritik. Eine Einheitsverjährung berücksichtige nicht ausreichend die mit der kurzen Verjährung des § 638 BGB a.F. verfolgten Zielsetzungen. Neben dem Schuldnerschutz seien hier vor allem justiz- und wirtschaftspolitische Ziele zu nennen. Die kurze Verjährung verfolge einerseits die Aktivierung der Wirtschaftssubjekte, indem ihnen zugemutet werde, sich über das Bestehen von Ansprüchen und deren Verfolgung im Interesse des Geschäftsverkehrs und der Rechtspflege innerhalb angemessener Fristen zu informieren. Anderseits schütze die kurze Verjährung die Rechtspflege und die Parteien vor oft aussichtslosen Prozessen. Ferner sei es den Parteien, anders als bei der unerlaubten Handlung, zumutbar, sich innerhalb engerer zeitlicher Grenzen Klarheit über das Bestehen von Ansprüchen zu verschaffen.[1090] Auch

[1087] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (189)
[1088] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (305, 320)
[1089] Schubert, JR 1984, S. 315 (319)
[1090] Schubert, JR 1984, S. 315 (319)

spreche gegen den Vorschlag, die Verjährung von der grob fahrlässigen Unkenntnis des Berechtigten abhängig zu machen, daß zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit nur ein „Gradunterschied“ bestehe, eine scharfe Abgrenzung jedoch nicht möglich sei.[1091]

Schubert[1092]schlug eine einheitliche, kurze, „eventuell verlängerte“ Verjährungsfrist für Kauf- und Werkvertragsrecht vor. Bei nicht innerhalb der kurzen First erkennbaren Mängeln solle die Verjährung erst ab dem Zeitpunkt der Erkennbarkeit, für die der Maßstab der leichten Fahrlässigkeit gelte, laufen. Für die Geltendmachung außerhalb der normalen Verjährung solle des weiteren eine kurze Ausschlußfirst gelten.

b. Das Gutachten von Weyers

Hinsichtlich der Frage nach dem ***Verhältnis von Wandelung und Minderung zum Schadensersat***z sprach sich Weyers für eine Kumulation der Rechte aus.[1093] Dies solle im Text eines neuen § 635 BGB durch Elimination des Passus „statt der Wandelung oder Minderung“ zum Ausdruck kommen. Mit der Gewährung des großen „Schadensersatzes“ sei im Bereich der §§ 635 und 325 BGB a.F. bereits im alten Recht im Ergebnis anerkannt gewesen, daß Wandelung bzw. Rücktritt und Schadensersatz sich nicht ausschlössen, sondern ergänzten.[1094]

Diese These unterstützend fügte Brandner[1095]hinzu, daß durch den Werkmangel auch zusätzliche Schäden entstehen könnten, wenn der Besteller diesen beseitigen lasse oder in Selbsthilfe beseitige, wenn er mindere oder vom Vertrag zurücktrete, so zu Beispiel durch Gewinnausfall, entgangene Gebrauchsvorteile oder Begutachtungskosten in der Nachbesserungsphase.
Hinsichtlich der im alten Recht umstrittenen Frage, ob § 635 BGB a.F. eine ***Fristsetzung voraussetze***, folgte Weyers der ehemals herrschenden Ansicht (s.S. 228 f.) und stellte dies durch ausdrückliche Erwähnung im

[1091] Schubert, JR 1984, S. 315 (320)
[1092] Schubert, JR 1984, S. 315 (320)
[1093] ebenso Köhler NJW 1985, S. 945 (947)
[1094] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1168 ff)
[1095] ebenso Brandner, 55. DJT/II, S. I 7 (I 13)

Gesetzeswortlaut klar: „Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstand, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt *nach Ablauf der in § 634 I und II bezeichneten Frist auch* Ersatz *des ihm aus der Mangelhaftigkeit des Werkes entstehenden* Schadens verlangen." Die Ablehnungsandrohung wie sie in § 634 BGB a.F. vorgesehen war, sollte nach Weyers dagegen nicht mehr erforderlich sein.[1096]

Bezug nehmend auf den im alten Recht bestehenden Streitstand hinsichtlich der ***Beweislast für das Verschulden*** (s.S. 276 f.) gestand Weyers zwar ein, daß diese im alten Recht unklar gewesen sei. Dennoch sah er von einer gesetzlichen Normierung derselben ab. Denn der in der Rechtsprechung herausgestellte Grundsatz der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen sei noch nicht hinreichend geklärt. Auch liege die eigentliche für die Beweislastverteilung maßgebliche Vorentscheidung darin zu klären, welchen Erfolg der Unternehmer garantiert habe. Die Entscheidung über die Erfolgsgarantie sei aber in erster Linie von den Parteien, subsidiär vom Gesetzgeber zu fällen, dies dann jedoch schon im Bereich der prinzipiellen Pflichten und der Risikoumschreibung eines jeden speziellen Vertragstypus. Eine allgemeine Regel über die Beweislastverteilung könne dabei nicht helfen.[1097]

Des weiteren sprach Weyers das ***Abgrenzungsproblem zwischen § 635 BGB und der pVV*** an. Eine Abgrenzung sei in den eigentlich typischen Grenzfällen undurchführbar. Da die Wurzel der Schwierigkeiten in den zu kurzen Gewährleistungsfristen liege, müsse eine Abhilfe bei der Korrektur des Systems der Verjährungsfristen ansetzen.[1098] Hinsichtlich der Reform der Verjährung aber schloß sich Weyers der von Peters/Zimmermann vorgeschlagenen einheitlichen Verjährung von zwei Jahren in vollem Umfang an.[1099] Dann bestehe auch kein Grund mehr, die Rechtsfolgen des

---

[1096] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1187)
[1097] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115, (1166 f.)
[1098] Weyers, Gutachten und Vorschläge, S. 1115 (1168 ff.); zustimmend: Nicklisch, in. JZ 1984, S. 757 (758, 769)
[1099] Weyers, Gutachten und Vorschläge, S. 1115 (1168 ff.); ebenso Beschluß Nr. 30 a) der zivilrechtlichen Abteilung des 55. DJT, in: 55 DJT/II, S. I 193 (I 196 f.); Weyers weicht von Peters/Zimmermann insoweit ab, als er den Wegfall der langen Verjährungsfrist bei

§ 635 BGB auf gewisse Schäden zu begrenzen. Daher sieht Weyers in seinem Vorschlag zur Neufassung des § 635 BGB den Ersatz aller „aus der Mangelhaftigkeit des Werks“ folgenden Schäden vor.[1100] Lediglich für nicht mit der Mangelhaftigkeit des Werkes zusammenhängende Pflichtverletzungen des Unternehmers, bei denen § 635 BGB nicht eingreife, blieben die Regeln über die pVV anwendbar. Das Konkurrenzproblem sei damit beseitigt. [1101] Eine solche Verschlechterung der bisher durch die Einführung der Kategorie des Mangelfolgeschadens und die Unterstellung unter die dreißigjährige Verjährungsfrist geschützten Bestellerinteressen war jedoch nach Köhler[1102] nur gerechtfertigt, wenn gleichzeitig der parallel bestehende Deliktsanspruch durch eine Änderung des § 831 BGB, insbesondere das Entfallen des Exkulpationsbeweises, für den Besteller leichter geltend zu machen sei.

Eine Neuerung gegenüber dem alten Schuldrecht stellte der Vorschlag Weyers´ dar, den ***Schadensersatzanspruch der Höhe*** nach auf die Deckung vertragstypischer Risiken zu ***begrenzen***. Eine solche Begrenzung sei zu erwägen, da bei der Durchführung zahlreicher alltäglicher Verträge wie z.B. Reparaturen, Reinigung und Änderungen, Fehlleistungen vorkamen, die zwar adäquat kausal und somit zurechenbar seien, aber so schwerwiegend, daß die meist relativ geringe Vergütung kaum als hinreichendes Entgelt für eine solche Risikoübernahme erscheine. Hinzu komme, daß das Risiko oft durch persönliche Umstände des Bestellers mitgeprägt sei. Es sei unbefriedigend, wenn die Begrenzung allgemeinen Geschäftsbedingungen überlassen werde, die fragwürdige Anknüpfungspunkte wählten, wie etwa den Reparaturpreis. Weyers machte allerdings diese Überlegungen ohne Angabe von Gründen nicht zum Gegenstand seines Gesetzesvorschlages.[1103]

---

arglistigem Unternehmer, § 638 I S. 1 BGB a.F., durch Anwendung des § 242 BGB kompensieren will. Dem Besteller stünde gegenüber der Verjährungseinrede des betrügerischen Unternehmers die Arglisteinrede zu. Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1172)

[1100] Ebenso Beschluß Nr. 23 der zivilrechtlichen Abteilung des 55. DJT, in: 55. DJT/II, S. I 193 (I 196)

[1101] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1165 f., 1168)

[1102] Köhler, NJW 1984, S. 1841 (1847)

[1103] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1166)

c. Das Gutachten von Huber

Den bei der ***Abgrenzung von § 635 BGB a.F. zu der pVV*** bestehenden Problemen begegnete Huber durch Einbindung des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungsrecht und eine Vereinheitlichung der Verjährung. Huber schuf einen einheitlichen Haftungstatbestand wegen „Nichterfüllung“ für den „kleinen“ Schadensersatz (Begleit- und Folgeschäden) in § 275 BGB-neu und einen solchen für den großen Schadensersatzanspruch (Rücktritt verbunden mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung) in § 327 a BGB-neu, auf welche das werkvertragliche Gewährleistungsrecht, § 634 BGB-neu verwies. In beiden Fällen sollte der Schadensersatzanspruch alle Folgeschäden, d.h. auch „entfernte Mangelfolgeschäden“ erfassen und in der einheitlichen verlängerten Verjährungsfrist verjähren, §§ 634 b I, 477 b I BGB-neu. Es sollte einer zweijährigen, mit der Übergabe oder Vollendung des Werkes beginnenden Frist für eine vom Besteller abzugebende Mängelanzeige eine einjährige Verjährungsfrist folgen, die mit der Mängelanzeige beginne. Die Verjährung trete also maximal drei Jahre nach Übergabe und Vollendung ein.[1104]

Eine ***Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt*** in § 327 a BGB-neu, auf den das werkvertragliche Gewährleistungsrecht verwies, § 634 b I BGB-neu, wurde mithin ausdrücklich zugelassen:

„§ 327 a (Schadensersatz bei Rücktritt)
Der Gläubiger, der gemäß §§ 326 bis 326 d vom Vertrag zurückgetreten ist oder gekündigt hat, ist berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen. Er kann, statt zurückzutreten, auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners Zug um Zug gegen Erbringung seiner eigenen Leistung verlangen. Das gilt nicht, wenn die Nichterfüllung auf einem Umstand beruht, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.“[1105]

Dogmatisch begründet wurde dies damit, daß „durch den Rücktritt der Vertrag nicht beseitigt wird – mit der Folge, daß die Lage so zu beurteilen

[1104] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (685, 688 f., 903); zustimmend zu diesem Verjährungsvorschlag: Brandner, 55. DJT/II, S. I 7 (I 15)
[1105] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 685, 688 f., 903

ist, als ob der Vertrag niemals geschlossen worden wäre –, sondern [...] das Schuldverhältnis [...] inhaltlich umgestaltet“ wird.

d. Das Gutachten von Basedow

Übereinstimmend mit Huber sprach sich Basedow[1106] dafür aus, den ***Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen $ 635 BGB a.F. und pVV*** durch Einbindung des gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruches „nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen [...] in die allgemeine Vertragsklage“[1107] zu begegnen. Sachmängelhaftung und Zusicherungshaftung sollten im Begriff der vertragswidrigen oder nicht vertragsgemäßen Leistung verschmolzen werden und so eine Ankoppelung an das allgemeine Schuldrecht erreicht werden.

Hinsichtlich des Verhältnisses von ***Schadensersatz und Wandelung*** trat Basedow für eine Kumulierung beider Rechtsbehelfe ein, da diese mit der Gewährung des „großen“ Schadensersatzes bereits im alten Recht anerkannt gewesen sei.[1108] Aufschlußreich sind ebenso Basedows Ausführungen zum Verhältnis von Rücktritt im allgemeinen Leistungsstörungsrecht und Schadensersatz: Auch hier plädierte Basedow für eine ***Kumulierung*** beider Rechtsbehelfe. Der Rücktritt vernichte keineswegs den Rechtsgrund für die erbrachte Leistung, sondern gebe dem vertraglichen Schuldverhältnis nur ex nunc eine andere Gestalt; er verwandele es in ein Rückabwicklungsverhältnis. „Danach bestehen also auch die Erfüllungserwartungen des Gläubigers in der Phase vor dem Rücktritt durchaus zu Recht. Indem der Schuldner sie durch seine Leistungsstörung enttäuscht, begründet er den Anspruch des Gläubigers auf das Erfüllungsinteresse, noch ehe der Rücktritt erklärt wird. Da die Vertragsaufhebung nur pro futuro wirkt, macht sie die Enttäuschung der Erfüllungerwartung auch nicht ungeschehen, steht also dem Schadensersatzanspruch nicht im Wege.“[1109]

[1106] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 30 ff., 50, 73 ff.
[1107] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 74
[1108] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 76
[1109] Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 43

e. Das Gutachten von Keilholz

Im Anschluß an Weyers forderte auch Keilholz, § 634 I und II BGB a.F. in § 635 BGB a.F. anzuführen. So werde zum einen klargestellt, daß die ***Fristsetzung Voraussetzung*** des Schadensersatzanspruches sei. Daneben werde deutlich, daß nicht nur die Fälle, in denen eine Wandelung oder Minderung grundsätzlich in Betracht komme, von § 635 BGB-neu erfaßt seien – wie dies der alte Wortlaut „statt Wandelung oder Minderung" vermuten lasse –, sondern zugleich solche, in denen ohne, daß das Werk einen Mangel aufweise, bei der Werkausführung eine andere Sache des Bestellers beschädigt werde. Eine Ablehnungsandrohung hielt Keilholz ebenfalls nicht mehr für erforderlich.[1110]

Auch Keilholz wies darauf hin, daß die ***Abgrenzungsprobleme zwischen § 635 BGB a.F. und der pVV*** allein durch die Einbeziehung der Mangelfolgeschäden in den Anwendungsbereich des § 635 BGB und eine ***Neuregelung der Verjährung*** zu lösen seien. Er lehnte jedoch den Vorschlag von Peters/Zimmermann und Weyers zur Neuregelung der Verjährung ab. Eine Einheitsfrist, die für alle Lebenssachverhalte und Rechtsgebiete sachgerecht sei, gebe es nicht. Grundsätzlich sei eine Verlängerung der Verjährungsfristen auf zwei Jahre zu lang, da beispielsweise bei der Reparatur eines Autos alsbald festzustellen sei, ob diese gelungen sei. Daneben seien diese Dinge einem ständigen weiteren Verschleiß ausgesetzt. Die bisherige Verjährungsfrist von sechs Monaten sei zwar im Bereich der Mangelschäden ausreichend gewesen, künftig jedoch wegen der Einbeziehung der Mangelfolgeschäden auf ein Jahr zu verlängern. Demgegenüber sei die Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. von fünf Jahren für Arbeiten an einem Bauwerk angemessen. Der Vorschlag von Peter/Zimmermann kranke daran, daß bei jedem Mangel, der im dritten Jahr oder später auftrete, der Besteller erhebliche Schwierigkeiten haben werde zu beweisen, daß dieser für ihn nicht früher erkennbar war. In der Literatur zum alten Recht seien gegen die 5-Jahresfrist keine Einwände erhoben worden. Daneben gelte die 5-Jahresfrist gleichermaßen in der Schweiz. In Frankreich, Italien und

Spanien gelte sogar eine Verjährungsfrist von 10 Jahren bei Bauwerken, so daß die 5-Jahresfrist des § 638 BGB a.F. kaum als zu kurz bezeichnet werden könne. [1111]

Auch die ***Begrenzung des Schadensersatzanspruches der Höhe*** nach, wie sie Weyers vorschlug, kritisierte Keilholz. Das Problem, daß eine billige Bauleistung (z.B. unzulängliche Feuchtigkeitsisolierung) zu einem unverhältnismäßig hohen Schaden führe, sei im Bauwesen oft anzutreffen und hinlänglich bekannt. Es bestehe hier nicht der geringste Grund, den Gesetzgeber eingreifen zu lassen. Der Bauunternehmer müsse immer bedenken, daß seine Leistung Teil eines Gesamtobjektes sei, bei dem eine Leistung auf die andere aufbaue und daher Abhängigkeiten bestünden, die bei einer mangelhaften Leistung den Preis der eigenen Leistung erheblich übersteigende Schäden zur Folge haben könnten.

f. Das Gutachten von Teichmann

Hinsichtlich des ***Verhältnisses von Schadensersatz zu dem Recht auf Wandelung oder Minderung*** wandte sich Teichmann sowohl gegen eine reine Alternativität als auch gegen eine Kumulierung der Rechte. Denn die Alternativität werde durch den „großen Schadensersatz“ überspielt. Bei einer Kumulierung hingegen könnten die quantitativen Schranken des Rücktrittsrechtes (Erheblichkeit des Mangels) überspielt werden, und auch das Verhältnis zur Minderung bleibe unklar. Daher sprach sich Teichmann dafür aus, daß Schadensersatz neben der Minderung nur insoweit verlangt werden könne, als der Besteller durch das Behalten des Werkes eine Einbuße erleide. Das Recht zum „großen Schadensersatz“ solle dem Besteller nur zustehen, wenn er auch den Rücktritt erklären könne, d.h. wenn ein ***erheblicher Mangel*** vorliege. Denn der Grundgedanke der Einschränkung des Rücktritts bestehe darin, daß es bei einem unerheblichen Mangel dem Besteller zuzumuten sei, das Werk trotz der Mängel zu behalten. An dieser Wertentscheidung ändere sich nichts, wenn

---

[1110] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (287, 327)
[1111] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (289 f.)

derselbe Fehler schuldhaft verursacht worden sei. [1112]

Teichmann warf in seinem Gutachten zum 55. Deutschen Juristentag die Frage auf, ob das ***Verschuldenserfordernis*** als Voraussetzung des Schadensersatzanspruches grundsätzlich aufgegeben werden solle. Zwar sei zuzugeben, daß das Verschuldensprinzip etwa in der Einstandspflicht für Gattungsschulden oder auch infolge der Verschärfung der Haftungsmaßstäbe in weiten Bereichen eine wesentliche Einschränkung erfahren habe. Jedoch sei eine grundsätzliche Verschuldenshaftung mit einer Verschärfung der Haftung in typischen Fallkonstellationen eine „elastischere Regelung". Zudem bestünden Bedenken dagegen, eine derartige Rechtstradition abbrechen zu lassen. Schließlich bestehe kein erhebliches Bedürfnis für eine Änderung.[1113]

Teichmann befürwortete es ebenfalls, das ***Abgrenzungsproblem zwischen § 635 BGB a.F. und der pVV*** durch eine Ausweitung des § 635 BGB a.F. auf jeden aus der Mangelhaftigkeit entstehenden Nichterfüllungsschaden und eine Angleichung der ***Verjährungsfristen*** (bewegliche Sachen und unkörperliche Werke: ein bis zwei Jahre; Bauwerke: fünf Jahre) zu beheben.[1114]

2. Der Kommissionsentwurf

Der Kommissionenwurf sprach, ebenso wie Weyers und Teichmann, die ***Alternativität von Wandelung bzw. Minderung und Schadensersatz*** unter dem Stichwort „Mangel des geltenden Rechts" an: Diese sei unbefriedigend und werde zu Recht kritisiert. Nach neuem Recht sollten dem Besteller daher diese Rechte kumulativ zustehen.[1115] Durch die Formu-

[1112] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 67)
[1113] Teichmann, in: 55. DJT/I, S. A1 (A 65);zustimmend: Brandner, in: 55. DJT/II, S. I 7 (I 13); Nicklisch JZ 1984, S. 757 (765), fordert jedoch eine Ergänzung des § 635 BGB a.F. dahingehend, daß bei Nichteinhaltung einer unselbständigen Garantie im Sinne eines „unbedingten Einstehenwollens" eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung eintrete.
[1114] Teichmann, in: 55. DJT/I, S. A1 (A 65); zustimmend: Thomas, in: ZIP 1984, S. 1046 (1049); Brandner, in: 55. DJT/II, S. I 7 (I 14); Soergel, in: 55. DJT/II, S. I 27 (I 32 ff.); Keilholz, in: FS Korbion, S. 207 (211 f.)
[1115] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 261; zustimmend Roth, JZ 2001, S. 543 (549)

lierung in § 638 III BGG-KE: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages kann der Besteller nur gemäß § 327 BGB-KE[1116] nach Rücktritt verlangen.“ wurde sogar zwingend eine Kombination von Schadensersatz und Rücktritt gefordert.[1117]

Durch die Bezugnahme auf § 327 BGB-KE sollte laut Begründung des Kommissionsentwurfes sichergestellt werden, daß der Besteller wegen eines Mangels des Werkes nur unter der Rücktritts***voraussetzung*** der Erheblichkeit des Mangels „großen Schadensersatz“ verlangen könne.[1118] Denn weil der „große Schadensersatz“ der Sache nach eine Kombination aus Rücktritt und Schadensersatz sei, solle er nicht unter Ausschaltung der Rücktrittsvorschriften verlangt werden können.[1119]

Durch die Verweisung auf § 283 BGB-KE in § 639 I BGB-KE wurde klargestellt, daß der Besteller wegen eines Mangels des Werkes Schadensersatz nur verlangen könne, wenn die dem Unternehmer zur Nacherfüllung gesetzte ***Frist*** abgelaufen ist. Damit wurde zugleich die Streitfrage geklärt, ob der Passus „statt der Wandelung oder Minderung“ zusätzlich auf die Voraussetzungen des § 634 I und II BGB a.F. verweise.[1120] Überdies wurde das Erfordernis der Ablehnungsandrohung aus denselben Erwägungen wie bei Rücktritt und Minderung aufgegeben. Schließlich wurden – wie im alten Recht – Ausnahmen von dem Fristsetzungserfordernis aufgestellt, so bei offensichtlicher Erfolglosigkeit und wenn bei Abwägung der gegenseitigen Interessen die sofortige

---

[1116] § 327 BGB-KE: (1) Nach dem Rücktritt kann der Gläubiger Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Nichtausführung des Vertrages entsteht. Er kann stattdessen auch Ersatz des Schadens verlangen, der ihm daraus entsteht, daß er auf die Ausführungen des Vertrages vertraut hat. (2) Dies gilt nicht, wenn der Schuldner den Rücktrittgrund nicht zu vertreten hat.“

[1117] Roth, JZ 2001 S. 543 (549)

[1118] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 262

[1119] Roth, JZ 2001, S. 543 (549); Haas, NJW 1992, S. 2389 (2393); die Formulierung des § 638 III-BGB-KE wurde in der konsolidierten Fassung des Kommissionsentwurfes aufgegeben. Eine Anknüpfung des großen Schadensersatzes an einen erheblichen Mangel ist in der Formulierung des § 281 I S. 3 BGB-KonsDiskE, wonach der Gläubiger den „großen Schadensersatz“ nur verlangen kann, wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung die erfordert, ist nicht hinreichend deutlich.

[1120] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 262

Geltendmachung erforderlich ist.[1121]

Auch der Kommissionsentwurf ging auf das Problem ***der Abgrenzung zu dem Schadensersatzanspruch aus PVV*** ein. Alle Abgrenzungsversuche seien nicht überzeugend und für die Rechtsanwendung wenig hilfreich gewesen. Die kasuistische Rechtsprechung habe ebenso keine eindeutigen Abgrenzungskriterien geschaffen. Um dem zu begegnen, trieb der Kommissionsentwurf die Vereinheitlichung der Schadensersatzhaftung scheinbar noch einen Schritt weiter als Weyers, Teichmann und Keilholz: Durch die Verweisung in § 638 I BGB-KE auf § 280 BGB-KE werde klargestellt – so die Begründung des Kommissionsentwurfes –, daß der Besteller, wenn die Pflichtverletzung vom Unternehmer zu vertreten sei, Ersatz seines Schadens verlangen könne, gleichgültig ob der Schaden durch den Mangel entstanden sei, nicht mit dem Mangel zusammenhänge oder zwar mit dem Mangel zusammenhänge, aber dessen entfernte Folge sei. Damit werde nicht nur die unbefriedigende Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, sondern zugleich die Abgrenzung zu sonstigen Schäden entbehrlich. Zu den sonstigen, nicht mit dem Mangel zusammenhängenden Schäden bestand bisher jedoch kein Abgrenzungsproblem und auch nach dem Kommissionsentwurf sollten diese nicht über §§ 638 I , 280 BGB-KE zu ersetzen sein, sondern direkt über § 280 BGB-KE, denn in diesem Falle wird nicht „wegen eines Mangels des Werkes“ Schadensersatz verlangt.

Folglich entsprach der Kommissionsentwurf den Gutachten von Weyers, Keilholz und Teichmann: Mangel- und Mangelfolgeschäden fielen unter § 638 I, 280 BGB-KE, nicht mit dem Mangel im Zusammenhang stehende Schäden waren entgegen der Kommissionsbegründung unmittelbar nach § 280 BGB-KE zu ersetzen.

Ebenso gestaltete der Kommissionsentwurf das im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden bedeutsame ***Verjährungsrecht*** (pVV: 30 Jahre; § 638 BGB a.F.: 6 Monate) um: Die

[1121] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 134 f.

gewährleistungsrechtliche Sonderregelung der Verjährung wurde gestrichen und die Gewährleistungsansprüche der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 I BGB-KE (drei Jahre) unterstellt, die mit Fertig-stellung des Werkes, Abnahme oder Ablauf der für die Abnahme bestimmten Frist beginnen sollte. Für werkvertragliche sowie kaufvertragliche Ansprüche wegen „Mangel eines Bauwerks“ sollte dagegen eine Fünfjahresfrist gelten, § 195 II GB-KE. Bei Arglist verlängerte sich in Übereinstimmung mit § 638 BGB a.F. die Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre statt wie bisher 30 Jahre.[1122]

Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die sechsmonatige Gewährleistungsfrist des alten Rechts zu kurz sei, und nur bei einer deutlichen Verlängerung der Besteller eine faire Chance habe, seine Ansprüche geltend zu machen. Man sei sich zwar bewußt, daß die einheitliche Dreijahresfrist im Bereich des Gewährleistungsrechts zu einer einschneidenden Verlängerung der kurzen Sechsmonatsfrist führe. Jedoch komme der von der Kommission angestrebten Vereinheitlichung der Verjährungsfristen vorrangige Bedeutung zu, so daß ein Kompromiß zwischen der sechsmonatigen und der 30-jährigen Frist gefunden werden müsse.[1123]

An der fünfjährigen Frist für Mängel an Bauwerken werde festgehalten, da diese sich in der Praxis als ausreichend erwiesen habe. Ebenso solle diese Frist für Mängel bei Kauf eines Bauwerkes gelten, weil bereits im alten Recht die Rechtsprechung im Hinblick auf die längere werkvertragliche Verjährungsfrist bei Bauwerken die Anwendung von Werkvertragsrecht

[1122] Ein zunächst von der Kommission favorisiertes in Anlehnung an das Gut-achten von Peters/Zimmermann entworfenes Verjährungsmodell – drei-jährige Frist ab Pflichtverletzung, die sich auf sechs Monate verkürzt, wenn der Gläubiger Kenntnis von der Pflichtverletzung erhält oder diese evident ist – wurde fallen gelassen (KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 48) Durch die Erklärung, einer Verpflichtung nicht nachzukommen, was eine Pflichtverletzung darstelle, könne der Schuldner die Verjährungsfrist auf sechs Monate verkürzen. Auch führe die kurze Verjährungsfrist dazu, daß sich das Vertragklima verschlechtern könne, wenn der Gläubiger gezwungen sei, Ansprüche kurzfristig geltend zu machen, obwohl die zugrundeliegende Pflichtverletzung die Vertragsdurchführung nicht gefährde. Ferner lasse sich der Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger von der Pflichtverletzung Kenntnis erlangt habe oder diese evident geworden sei, meist gar nicht oder nur schwer ermitteln, so daß es zu Beweisschwierigkeiten komme (KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 48).

[1123] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 47 f.

angeordnet habe. Auch sei es nicht sachgerecht unterschiedliche Verjährungsfristen anzuwenden, je nachdem ob die Veräußerung vor Fertigstellung oder erst danach erfolge.[1124]

An dem Gedanken, daß wer arglistig einen Mangel verschweigt, die kurze Verjährungsfrist nicht verdient (§ 638 BGB a.F.), wurde festgehalten. Die Verjährungsfrist wurde hier auf 10 Jahre festgesetzt, um so eine Parallelität zu der Verjährung von deliktischen Ansprüchen gemäß § 199 BGB-KE zu erreichen[1125].

3. Der Diskussionsentwurf

Mit der Norm des § 639 BGB-KE stimmte § 638 BGB-DiskE sowohl im Wortlaut als auch der Begründung nahezu überein.

Auch die ***Verjährungfristen*** wurde in Übereinstimmung mit dem Kommissionsentwurf geregelt, § 195 S.1 , 196 Abs. 1 BGB-DiskE. Anders als im Kommissionsentwurf wurde jedoch als Verjährungsbeginn der Zeitpunkt, in dem das Werk dem anderen Teil „zur Verfügung gestellt“ wird, festgesetzt, § 198 Abs. 4 BGB-DiskE.[1126] Hiermit sollte ein einheitlicher Anknüpfungspunkt für Kauf- und Werkvertragsrecht erreicht werden, der auch sachgerecht sei, weil ab diesem Zeitpunkt der Besteller das Werk auf seine Vertragsgemäßheit untersuchen könne.[1127]

Kritisch äußerte sich *Seiler*[1128] zu der gesetzestechnischen Fassung des § 638 BGB-DiskE. Aufgrund der umfangreichen Verweisungen in das allgemeine Leistungsstörungsrecht sei die Norm nur schwer verständlich. Benötigt werde vielmehr eine klare Anspruchsgrundlage, mit der man Rechtsfälle entscheiden könne.

[1124] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 50

[1125] Daneben sieht § 195 BGB-KE eine Verjährung in 3 Jahren ab Kenntnis des Berechtigten von dem Schaden vor.

[1126] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 5

[1127] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 122 f.

[1128] Seiler, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 263 (273 ff.)

4. Der Regierungsentwurf und Beschlüsse des 6. Ausschusses

Der ***Regierungsentwurf*** gestaltete den Diskussionsentwurf gesetzestechnisch um. Der Anspruch auf Schadensersatz war nun nicht mehr in einer eigenständigen Norm geregelt, sondern wurde nur noch in § 634 Nr. 3 BGB-RE unter Verweisung auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht §§ 280, 282, 283, 311 a, angeführt. Lediglich in § 636 BGB-DiskE wurde für Schadensersatz und Rücktritt geregelt, in welchen Fällen eine Fristsetzung entbehrlich sei.

Der Regierungsentwurf fügte wieder eine eigenständige ***Verjährungsregelung*** innerhalb des Gewährleistungsrechts ein und änderte die Gewährleistungsfristen: Neben die bereits im Kommissionsentwurf vorgesehene fünfjährige Verjährungsfrist beim Bauwerk (§ 634 a I Nr.1 BGB-RE) trat die regelmäßige Verjährungsfrist (drei Jahre) bei einem Werk, das in einem anderen Erfolg als dem der Herstellung oder Veränderung einer Sache besteht (§ 634 a I Nr. 2 BGB-RE). Dem lag der Gedanke zugrunde, daß bei unkörperlichen Arbeitsleistungen das Werk den Dienstleistungen sehr nahe stehe, und daher wie beim Dienstvertrag die regelmäßige Verjährungsfrist gelten müsse. Für die übrigen Werke sei die zweijährige Verjährungsfrist ausreichend (§ 634 a I Nr. 3 BGB-RE), da damit die bisherige sechsmonatige Verjährungsfrist vervierfacht werde, und dieser Zeitraum für die Geltendmachung der Rechte ausreichend sei. Zudem werde so eine Parallelität zum Kaufrecht erreicht, das in Anlehnung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenfalls eine Zweijahresfrist vorsehe[1129] Als Verjährungsbeginn wurde die Abnahme festgesetzt; etwas anderes sollte nur im Fall des § 634 a I Nr. 2 BGB-RE gelten, da hier entsprechend der allgemeinen Regelung zur regelmäßigen Verjährungsfrist, die Fälligkeit sowie Kenntnis- und Erkennbarkeit von den den Anspruch begründenden Umständen den Verjährungsbeginn auslöse.[1130]

Die Beschlüsse des ***6. Ausschusses*** hielten an den Verjährungsfristen des Regierungsentwurfes fest. Ergänzend stellten sie – anläßlich einer ent-

[1129] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 122 f.
[1130] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 906 f.

sprechenden Stellungnahme des Bundesrates – Planungs- und Überwachungsleistungen, soweit sie sich auf Bauwerke beziehen, dem Bauwerk und soweit sie sich auf die Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache beziehen, der Herstellung, Wartung oder Veränderung bezüglich der Verjährung gleich. Diese Regelung geht auf die bisherige Rechsprechung des BGH[1131] zurück, nach der sich die Verjährungsfrist für werkvertragliche Mängelansprüche bei Leistungen von Architekten bereits unter altem Recht danach richten sollte, wo sich die Leistung verkörpert; mündete die Planungsleistung in ein Bauwerk so wurde die Fünfjahresfrist für Bauwerke angewandt. [1132]

[1131] BGHZ 37, 340 (344); BGH, NJW 1999, S. 2343
[1132] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 525 f.;

IV. Das neue Recht

1. Neuerungen

Die von Basedow (s.S. 299) und Huber (s.S. 298) vorgeschlagene Anknüpfung an das allgemeine Leistungsstörungsrecht wurde in das neue Schuldrecht in seiner Endfassung übernommen: § 634 Nr. 4 BGB n.F. verweist auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht, unter den Voraussetzungen der §§ 636, 280, 281, 283, 311 a BGB n.F. kann Schadensersatz gefordert werden. Sach- oder Rechtsmängel stellen nunmehr eine Pflichtverletzung i.S. der Generalklausel des § 280 BGB n.F. dar. Anders als im alten Schuldrecht gibt es also keinen speziellen werkvertraglichen Schadensersatzanspruch mehr. Dies entspricht der Grundkonzeption, das Gewährleistungsrecht in das allgemeine Leistungsstörungsrecht zu integrieren.[1133]

2. Lösung von Streitfragen des alten Rechts

Die Frage nach dem ***Verhältnis von Wandelung/Rücktritt bzw. Minderung und Schadensersatz*** (s.S. 270 f.), die sich an dem Wortlaut des § 635 BGB a.F. „statt der Wandelung oder Minderung“ entzündete, ist im neuen Schuldrecht zumindest für den Rücktritt entschieden. Durch die Konjunktion „und“ in § 634 Nr. 3 BGB n.F. wird dem Gutachten von Basedow und Huber folgend (s.S. 298 f.) klargestellt, daß ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung auch kumulativ zum Rücktritt geltend gemacht werden kann. [1134] Dies wird in § 325 BGB n.F. nochmals ausdrücklich klargestellt: „Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.“ Ob ebenso auch neben dem Schadensersatz Minderung möglich ist, ist fraglich. Hierfür spricht, daß § 634 Nr. 3 und 4 BGB n.F. durch das Wort „und“ verbunden sind, wobei Nr. 3 sowohl die Minderung

---

[1133] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 364 ff., Rn. 645 ff., S. 285 ff., Rn. 530 ff.; Voppel, BauR 2002, S. 843 (852 f.); Preussner, BauR 2002, S. 231 (237); Haas, NJW 1992, S. 2389 (2393); Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/ Raab, § 634 Rn. 10

[1134] Voppel, BauR 2002, S. 843 (853 f.); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (399); Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring-Raab, § 634 Rn. 13

als auch den Rücktritt regelt. [1135]

Schließlich wurde auch der Vorschlag von Teichmann (s.S. 301 f.) in § 281 I S.3 BGB n.F. aufgegriffen, dem Besteller das Recht zum „großen Schadensersatz“ nur dann zuzugestehen, wenn er ebenso den Rücktritt erklären könnte (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB n.F.), d.h. wenn ein ***erheblicher Mangel*** vorliegt. Damit hat sich die von Larenz im alten Recht vertretene Minderansicht durchgesetzt.

Der zweite in bezug auf die Auslegung des Wortlautes von § 635 BGB a.F. „statt der Wandelung oder Minderung“ geführte Streit, ob der Schadensersatzanspruch eine Fristsetzung voraussetze (s.S. 257 f.), wurde gleichfalls geklärt. Das neue Recht folgt der herrschenden Ansicht, der sich auch Weyers anschließt (s.S. 295 f.), indem in § 281 I BGB n.F. der „Schadensersatz statt der Leistung“ nur unter der Voraussetzung der ***erfolglosen Fristsetzung*** zur Nacherfüllung verlangt werden kann.[1136] Wie bei Wandelung und Minderung ist eine Ablehnungsandrohung nicht mehr erforderlich und die Fristsetzung kann gemäß § 636 BGB n.F. entbehrlich sein.

Auch nach neuem Recht setzen sämtliche Schadensersatzansprüche gemäß § 280 I S. 2 BGB n.F. bzw. §§ 311 a II S. 2 BGB n.F. das Vertretenmüssen voraus. ***Bezugspunkt des Vertretenmüssens*** bei einem Anspruch auf „Schadensersatz statt der Leistung“ gemäß §§ 634 I Nr.4, 280, 281 BGB entweder auf die Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb der Nacherfüllungsfrist[1137] oder wie nach bisherigem Recht auf die Mangelverursachung selbst.[1138]

Die Frage der ***Beweislast für das Verschulden*** (s.S. 276 ff.) ist nunmehr,

---

[1135] ebenso Staudinger/Peters, § 634 Rn. 108
[1136] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 365, Rn. 649
[1137] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 366, Rn. 649
[1138] Palandt/Sprau (63. Aufl.), § 634 Rn. 6; Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 112; Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421); Jauernig/Vollkommer (10. Aufl.), § 280, Rn. 12, 20; Oechsler, SchRBT, S. 394 Rn. 662; Huber/Faust-Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 354.

entgegen den Bedenken von Weyers (s.S. 296), in § 280 I S.2 BGB n.F. bestimmt: „Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat." Der Werkunternehmer muß daher beweisen, daß er den Mangel des Werkes nicht zu vertreten hat,[1139] d.h. daß er das Werk trotz bestmöglicher Herstellungsbemühungen aus einem für ihn nicht vorhersehbaren Grund nicht fehlerfrei herstellen konnte.[1140] Es handelt sich hierbei um eine widerlegbare Vermutung des Vertretenmüssens.[1141] Damit wird dem Besteller die volle Beweislast hinsichtlich des Vertretenmüssens aufgebürdet. Es hat sich demnach die Minderansicht des alten Rechts von Peters (s.S. 277) durchgesetzt.[1142]

3. Fortbestehende Probleme des alten Rechts

Die Frage, welche Schäden von § 635 BGB a.F. erfaßt sind, und die sich hierbei ergebenden ***Abgrenzungsprobleme zu dem Anspruch aus pVV*** (s.S. 278) scheinen, wie auch der Kommissionsentwurf meint (s.S. 303), gelöst zu sein.[1143] Denn zum einen erfaßt § 634 I Nr. 4 BGB n.F. nun sämtliche Schäden des Bestellers auf Grund des Werkmangels, also Mangelschäden, enge und entfernte Mangelfolgeschäden sowie sonstige nicht mit dem Mangel zusammenhängende Schäden. Mit Ausnahme der Haftung für anfänglich nicht behebbare Schäden (§§ 634 I Nr.4 , 311 a BGB n.F.) ist nach der Konzeption des Gesetzes § 280 I BGB n.F. die alleinige Anspruchsgrundlage.[1144] Zum anderen unterliegen alle Schadensersatzansprüche des § 634 I Nr.4 BGB n.F., wie bereits von Weyers (s.S. 296 f.), Basedow (S. 299) und Huber (S. 297) vorgeschlagen wurde, denselben Verjährungsfristen (§ 634 a BGB n.F.: sachbezogene Werkleistungen (Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder Planungs- oder Überwachungsleistung hierfür) in *zwei* Jahren, bauwerksbezogene Werkleistungen (Errichtung Bauwerk oder Überwachungs- oder

---

[1139] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421)
[1140] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421 Fn. 45)
[1141] HK-BGB/Schulze (2. Aufl.), § 280 Rn. 11
[1142] vgl. auch Palandt/Heinrichs, (62. Aufl.), § 280 Rn. 34
[1143] Haas, NJW 1992, S. 2389 (2393); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (399), Neuhaus, MDR 2002, S. 131 (132); Weyer, in: Kapellmann /Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 207 (232)
[1144] Voppel, BauR 2002, S. 843 (853); Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (437);Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 367 f., Rn. 655

Planungsleistung hierfür) in *fünf* Jahren, auf unkörperliches Werk bezogenen Werkleistungen in *drei* Jahren, bei arglistigem Verschweigen des Mangels regelmäßige Verjährungsfrist von *drei* Jahren.[1145]

Bei näherer Betrachtung sind jedoch auch im neuen Recht schwierige Abgrenzungsfragen zu bewältigen:[1146] Denn in Hinblick auf das zusätzliche Erfordernis der Fristsetzung in § 281 I BGB n.F. bleibt eine Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt der Leitung, §§ 624 I Nr.4, 280 I, 281 BGB n.F., und einfachem Schadensersatz neben der Leistung , §§ 634 Nr.4, 280 I BGB n.F., notwendig. Die Begründung des Regierungsentwurfes lehnt sich für diese Abgrenzung an die bisherige Einteilung in Mangel- und Mangelfolgeschäden an. Der Schaden, der im Mangel selbst liege, also der eigentliche Mangelschaden, falle unter den Schadensersatz statt der Leistung. Die über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Vermögensnachteile seien dagegen als einfacher Schadensersatz nach § 280 I BGB n.F. zu ersetzen. Dabei gehe es um solche Schäden, welche bisher aus positiver Vertragsverletzung ersatzfähig gewesen, die also an anderen Rechtsgütern als dem Werk selbst eingetreten seien.[1147]

Diese Aussage verstehen *Huber*[1148] und Peters[1149] dahingehend, daß die Grenzziehung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und neben der Leistung Schadensersatz entsprechend derjenigen zwischen § 635 BGB a.F. und positiver Vertragsverletzung verlaufe.

Demgegenüber gehen Sprau[1150] und Teichmann[1151] vom Wortlaut „statt der

---

[1145] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421); Sienz, BauR 2002, S. 181 (193)
[1146] Haas, NJW 1992, S. 2389 (2393); Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421); a.A.: Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (399), der davon ausgeht, die Abgrenzungsprobleme hätten sich tatsächlich erledigt.
[1147] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 905
[1148] Huber/Faust/Huber, S. 351, Rn. 105
[1149] Staudinger/Peters (2003), § 634 Rn. 105 ff.; ebenso: Oechsler, SchR BT, S. 394 Rn.661 ff.; Fliegner, JR 2002, S. 314 (322); Looschelders, SchR AT (2. Aufl.), Rn. 547; Bamberger/Roth/Voit, § 636 Rn. 62
[1150] Palandt/Sprau (62.Aufl.), § 634 Rn. 6 ff.
[1151] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (421); Canaris, ZIP 2003, S. 321 (326); ders., Neuregelung Leistungsstörungsrecht, S. 34; Hennsler/V. Westphalen, Praxi der Schuldrechtsreform, § 437 Rn. 19; Hirsch, Jura 2003 , S. 289 (294); Palandt/Heinrichs (65. Aufl.), § 280 Rn. 18; Palandt/Sprau (65. Aufl.), 634 Rn. 8;

Leistung“ aus und interpretieren diesen im Sinne von „statt der Primärleistung“. Danach erfaßt der Schadensersatz statt der Leistung nur den mangelbedingten Minderwert bzw. gegebenenfalls den Reparaturaufwand. Hingegen seien die Schadensfolgen, unter anderem der entgangene Gewinn oder der Nutzungsausfall, dem einfachen Schadensersatz zuzuordnen. Aber auch die Vertreter dieser Ansicht lösen sich nicht von den Begriffen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden, sondern verwenden sie in einem eingeschränkten Sinne.

Nach Haas[1152] ist wiederum ein Schadensersatz „statt der Leistung“ nur gegeben, wenn die Nachfristsetzung zur Verhinderung des Schadens sinnvoll ist, d.h. wenn sie bewirken kann, daß der Schaden nicht eintritt. Dies treffe auf den Schaden zu, der in der fehlenden oder eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit oder im Minderwert der Sache liege, da gerade dieses Defizit durch Nacherfüllung beseitigt werden solle. Gleiches gelte für die Reparaturkosten und die Kosten für die Ersatzbeschaffung. Hinsichtlich des entgangenen Gewinnes sei danach zu unterscheiden, ob er, wenn die Nacherfüllung geleistet werde, noch erzielt werden könne.

Daneben ist auch im neuen Recht die Frage nach dem ***Verhältnis*** der Gewährleistungsansprüche ***zu konkurrierenden Ansprüchen aus Delikt*** (s.S. 287 f.) nicht einer gesetzlichen Klärung zugeführt worden.[1153] Der Gesetzgeber äußerte sich zu dieser Problematik nur am Rande. In der Gesetzesbegründung heißt es im Zusammenhang mit den Verjährungsfristen der kaufrechtlichen Mängelansprüche lediglich: „Für andere Ansprüche bleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist“, und zwar auch für den Fall, daß „die Rechtsprechung angesichts der verbleibenden Unterschiede in Länge und Beginn zwischen der Verjährungsfrist [...] [für Gewährleistungsansprüche] und der Regelverjährungsfrist an ihrer Rechtsprechung etwa zum ‚weiterfressenden´ Mangel festhalten“ sollte.[1154] Die

[1152] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, S. 219 f.; Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 5 (40 ff.)
[1153] kritisch dazu Roth JZ 2001, S. 543 (543)
[1154] BT-Drucks. 14/6040, S. 229, linke Spalte

Literatur[1155] geht auch künftig von einem Nebeneinander von deliktischen und vertraglichen Ansprüchen sowie der Fortgeltung der bisherigen Rechtssprechung aus. Lediglich Mansel spricht sich für eine Aufgabe der bisherigen Rechtssprechung[1156] aus. Ihm ist jedoch zu entgegen, daß sich die Ausgangssituation gegenüber dem alten Recht nicht geändert hat. Überdies hinderten die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts den Gesetzgeber, alle konkurrierenden Ansprüche der vertraglichen Verjährung zu unterstellen. Denn die Verjährungsvorschrift des § 12 ProdhaftG beruht auf der Richtlinie 85/374/EWG und ist somit der Disposition des deutschen Gesetzgebers entzogen.[1157] Die Abgrenzungsprobleme, insbesondere in der Fallgruppe der sogenannten „Weiter-fresser-Schäden“ bleiben folglich erhalten

3. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Das neue Recht basiert im Wesentlichen auf den gesetzesvorbereitenden Gutachten von Basedow, Huber, Teichmann und Weyers. Wie die Untersuchung gezeigt hat handelt es sich bei § 634 I Nr. 4 BGB n.F um keine Neuschöpfung, sondern haben in das neue Recht bereits im alten Recht vertretene Ansichten zur Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz (s.S. 273 f.), der Voraussetzung der Erheblichkeit des Mangels (s.S. 275) und der Fristsetzung (s.S. 276 f.) sowie der Beweislast des Unternehmers beim Verschulden (s.S. 277 f.) Eingang gefunden. Mithin stellt das neue Recht eine Weiterentwicklung des alten Rechts dar. Im Rahmen der Diskussion, wie das neue Recht die Probleme des alten Rechts zu bewältigen habe, standen Argumente der Praktikabilität im Vordergrund.

4. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Darüber hinaus erweist sich die Konzeption des Schadensersatzes im neuen Recht als stimmig.

[1155] Teichmann, JuS 2002, S. 417 (422); Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 376 f. Rn. 667; Westermann, NJW 2002, S. 241 (250); Sienz, BauR 2002, S. 181 (193); Weyer, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 209 (229); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (400); Lenkeit, BauR 2002, S. 196 (207); Leenen DStR 2002, S. 34 (40)

[1156] Mansel NJW 2002, S. 89 (95, f.)

[1157] Heinrich BB 2001, 1417 (1420); Weyer, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 209 (229 f.)

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Möglichkeit ***einer Kumulation von Rücktritt bzw. Minderung und Schadensersatz*** ist sachgerecht. Dem Besteller geht es angesichts eines Mangels darum, den Werklohn nicht bzw. nicht voll bezahlen zu müssen bzw. eine bereits erbrachte Zahlung zurückzuerhalten. Ob er zugleich Schadensersatz verlange kann und soll, ist angesichts des Mangels häufig noch gar nicht zu beurteilen; dies hängt von weiteren Voraussetzungen wie dem schwierig zu beurteilenden Verschulden des Unternehmers sowie der Entstehung und dem Ausmaß des Schadens ab. Nicht einzusehen ist, warum der Besteller das berechtigte Interesse, seine Pflicht zur Gegenleistung zu beenden, nicht verwirklichen können soll, ohne sich der Möglichkeit zu begeben, seine weitergehenden Interessen, nämlich den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, zu verfolgen.[1158] Auch überzeugt, das im alten Recht angeführte Argument nicht, es stelle einen Widerspruch dar, wenn der Ersatz des Erfüllungsinteresses mit der Rückabwicklung des Vertrages verbunden werde (s.S. 271). Denn wie Basedow und Huber zutreffend aufzeigten (s.S. 298 f.), beseitigt der Rücktritt den Vertrag nicht, sondern gestaltet ihn nur um; mithin besteht keine Notwendigkeit, den Gläubiger in jeder Hinsicht so zu stellen, als wäre der Vertrag niemals geschlossen worden.[1159] Ebenso wird damit auch eine Ungereimtheit des alten Rechts beseitig: Der Grundsatz der Alternativität von Schadensersatz und Rücktritt wurde bereits im alten Recht durchbrochen. Der Gläubiger konnte die für ihn wichtigste Rücktrittsfolge, den Wegfall seiner Pflicht zur Gegenleistung, bei einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit Schadensersatz kombinieren.[1160]

Ebenso kann auch die Einführung einer ***Erheblichkeitsgrenze*** hinsichtlich des Mangels als interessengerecht bezeichnet werden. Bei nur geringfügigen Mängeln ist es dem Besteller zuzumuten, das Werk zu behalten und Nacherfüllung zu verlangen sowie bei deren Erfolglosigkeit den Werklohn zu mindern. Dem Bestellerinteresse wird hinreichend Rechnung

[1158] Ähnlich zum alten Recht: Jakobs, JuS 1974, S. 341 (350)
[1159] Soergel/Gsell (13. Aufl.), § 325 Rn. 1
[1160] Medicus, Schuldrechtsmodernisierung, S. 61 (64)

getragen, da ein Werk bei nur geringfügigen Vertragsabweichungen funktionstauglich sein wird, und der Besteller daher regelmäßig nur Wert auf die Reduzierung des Werklohns legt. Den Unternehmer würde andererseits die Rechtsfolge des Schadensersatzes statt der Leistung unangemessen hart treffen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß gerade beim Bauvertrag als Hauptanwendungsfall des Werkvertrags kaum ein Werk völlig mangelfrei hergestellt wird, und den Bauunternehmer die gravierenden Folgen des Rücktritts und des Schadensersatzes statt der Leistung angesichts geringfügiger Mängel besonders hart treffen. Schließlich wird durch das Erfordernis eines nicht unerheblichen Mangels nicht ausgeschlossen, daß die Vertragsparteien, wenn sie besonderen Wert auf die exakte Einhaltung der Vertragsvereinbarungen legen (Maßarbeit), dies im Vertrag zum Ausdruck bringen, mit der Folge, daß auch bei geringfügigen Vertragsabweichungen die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist.

Ferner erweist sich das ***Fristsetzungserfordernis*** als Voraussetzung des Schadensersatzanspruches als systemkonform. Dem Gläubiger steht primär ein Anspruch auf Nacherfüllung und sekundär bei deren Erfolg-losigkeit die Rechtsbehelfe der Selbstvornahme, des Rücktritts, der Min-derung und des Schadensersatzes zu. Ohne das Fristsetzungserfordernis würde das Nacherfüllungsrecht des Unternehmers entwertet und der im Vorrang der Nacherfüllung zum Ausdruck kommenden Gedanke der Ver-tragsbindung unterlaufen.

Schließlich ist die ***Beweislastverteilung*** hinsichtlich des ***Verschuldens*** auch mit der Dogmatik des Werkvertragsrechts vereinbar. Das Werkvertragsrecht ist erfolgsbezogen; der Unternehmer verspricht einen Erfolg in Form der Herstellung des mangelfreien Werkes und trägt das Risiko für das Gelingen. Tritt nun dieser Erfolg wegen Leistung eines mangelhaften Werkes nicht ein, so ist es folgerichtig dem Unternehmer auch die Beweispflicht für das Vertretenmüssen aufzubürden. Ferner stammen die Gründe für die Herbeiführung des Mangels bzw. dessen Nichtbeseitigung aus dem Bereich des Unternehmers, so daß nur er über die für den Beweis

erforderlichen Kenntnisse und Beweismittel verfügt.[1161]

Nicht gelungen ist es das ***Abgrenzungsproblem*** zwischen ***§ 635 BGB a.F. und der pVV*** völlig zu beseitigen. Dieses Abgrenzungsproblem hat sich nunmehr in ein solches zwischen dem Schadensersatz statt der Leistung einerseits und einfachem Schadensersatz andererseits verwandelt.[1162]Als notwendige Folge des dogmatisch begrüßenswerten Fristsetzungserfordernisses ist dies jedoch hinzunehmen. Zu kritisieren ist lediglich, daß der Gesetzgeber in der Begründung nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht hat, wie die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung erfolgen soll. Dogmatisch konsequent wäre es mit Haas auf die Frage abzustellen, ob die nach § 281 Abs.1 BGB n.F. erforderliche Fristsetzung noch Sinn macht. Damit würde auch im Rahmen des Schadensersatzes der Gedanken des Vorranges der Nacherfüllung voll zur Geltung kommen. Die weniger problematische Abgrenzung zu den nicht mangelbezogenen Schäden gemäß § 280 I BGB n.F. bleibt ebenfalls von Bedeutung, da für diese die regelmäßige Verjährungsfrist gilt.[1163] Gleichwohl kann als Verdienst des neuen Rechts verzeichnet werden, daß die Abgrenzung durch die Vereinheitlichung der Verjährung in § 634 a BGB n.F. erheblich an Schärfe verloren hat, und die Abgrenzung zwischen engem und weitem Mangelfolgeschaden obsolet geworden ist.[1164] Insofern ist die Neuregelung überwiegend positiv zu bewerten.

Zu bemängeln ist ferner, daß die Frage nach dem ***Verhältnis*** der Gewährleistungsansprüche ***zu konkurrierenden Ansprüchen aus Delikt*** nicht geklärt wurde. Die Abgrenzungsprobleme bleiben künftig insbesondere in der Fallgruppe der sogenannten „Weiterfresser-Schäden“ erhalten. Die „Weiterfresser-Problematik“ wird sogar angesichts der unterschiedlichen Verjährung von Deliktsansprüchen (§ 195 BGB n.F. in drei Jahren, wobei subjektiver Beginn nach § 199 I BGB n.F., so daß u.U. die maximale

[1161] Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Medicus, S. 94
[1162] ebenso Oechsler, SchR BT, S. 394 Rn. 660
[1163] Sienz, BauR 2002, S. 181 (193); Teichmann, JuS 2002, S. 417 (422)
[1164] Weyer, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 209 (231 f.)

Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 199 II, III Nr. 2 BGB n.F. eingreift) und werkvertraglichen Schadensersatzansprüchen (§ 634 a BGB n.F. in zwei, fünf oder drei Jahren) in bezug auf Mangelfolgeschäden an Bedeutung gewinnen.[1165]

Inwieweit die neuen ***Verjährungsregelungen*** nicht nur geeignet sind die Abgrenzungsprobleme zu entschärfen, sondern darüber hinaus zu sachgerechten Ergebnissen führen, ist schwierig zu beurteilen.[1166] Bekanntlich gibt es im Bereich der Verjährung keine richtigen oder falschen Lösungen[1167], vielmehr handelt es sich um eine Wertungsfrage. Unbestritten dürfte wohl sein, daß eine sechsmonatige Verjährungsfrist zu kurz ist, da der Mangel oft binnen dieser Zeit noch gar nicht zu Tage getreten ist bzw. nicht ausreichend Zeit verbleibt, um die Sach- und Rechtslage zu klären und weitere Schritte einzuleiten. Andererseits war die dreißigjährige Verjährungsfrist erheblich zu lang, so daß sie ihr Ziel für Rechtsfrieden und –sicherheit[1168] zu sorgen, verfehlte. Eine Verjährungsfrist von fünf Jahren bei Bauwerken hat sich bislang in der Praxis bewährt. Ob darüber hinaus eine weitere Ausdifferenzierung zwischen der dreijährigen regelmäßigen Verjährungsfrist für auf unkörperliche Werke bezogene Werkleistungen und der zweijährigen Verjährungsfrist bei sachbezogenen Werkleistungen erforderlich war, ist eher zweifelhaft. Die Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist für alle übrigen werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche wäre unter dem Gesichtspunkt der Vereinheitlichung der Verjährungsfristen vorzugswürdig gewesen. Für eine einheitliche

---

[1165] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 367 f., Rn. 667; Sienz, BauR 2002, S. 181 (193); Zimmermann/Leenen/ Mansel/Ernst, JZ 2001, S. 684 (692); dagegen hält Weyer, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 209 (229 f.) eine Erweiterung vor dem Hintergrund der bisherigen gefestigten Rechtsprechung zu der „Weiterfresser-Problematik“ für unwahrscheinlich.

[1166] Für eine umfassende Auseinandersetzung mit dem alten sowie neuen Verjährungsrecht ist vorliegend kein Raum. vgl. hierzu die Arbeit von Mansel/Budzikiewcz, Das neue Verjährungsrecht, insb. S. 162 ff.

[1167] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (187)

[1168] Die Verjährung dient zum einen zum einen bei begründeten Ansprüchen dem Schuldnerschutzes und des Rechtsfrieden – nach hinreichender Zeit zur Durchsetzung der Forderung darf der Schuldner auf das Desinteresse des Gläubigers an der Leistung schließen – (BGH 128, 82), zum anderen aber auch bei unbegründeten Ansprüchen dem fälschlich in Anspruch genommenen zur Erleichterung der Abwehr von Ansprüchen (BGH 122, 241 (244); OLG München 94, 139). Schließlich ist auch noch ein Nebenziel die Vermeidung von Prozessen und damit die Entlastung der Gerichte (Spiro,

Verjährung läßt sich nicht nur anführen, daß eine unterschiedliche Verjährung konkurrierender Ansprüche den Effekt der Verjährung beeinträchtigt, sondern auch, daß je differenzierter die Verjährungsregelung ist, desto mehr Fälle es gibt, die „auf der Kippe stehen“ und daher nur unbefriedigend eingeordnet werden können; die Folge ist eine Vielzahl von Prozessen.[1169] Wie die regelmäßige Verjährungsfrist bemessen sein sollte, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Gute Gründe sprechen dafür mit Peters/Zimmermann von einer zweijährigen Frist auszugehen. Denn mit der zweijährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB a.F. wurden keine nachteiligen Erfahrungen gemacht. Auch erscheint eine zügige Durchsetzung von Forderungen angesichts der Schnelligkeit und Unvorhersehbarkeit der Entwicklung des Wirtschaftsleben erforderlich.[1170] Ferner geht ebenso die europäische Richtlinie davon aus, daß eine Zweijahresfrist zumindest im Gewährleistungsrecht ausreichend ist.

Begrenzung, § 14)

[1169] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (194 f.)

[1170] Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge , Bd. I, S. 77 (296 f.)

Kapitel 3

Die Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht

Im letzten Kapitel sollen diejenigen Fallkonstellationen untersucht werden, die im Grenzbereich zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht zu verorten sind. Hierbei war im alten Recht eine Zuordnung zu der einen oder anderen Vertragsart gerade im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen von elementarer Bedeutung: Das alte Werkvertragsrecht stellte den Leistungsempfänger in mehrerlei Hinsicht gegenüber dem Kaufrecht besser. In 634 BGB a.F. wurde dem Besteller ein Nachbesserungsanspruch (s.S. 143 ff.) gewährt, der im Kaufrecht fehlte. Ebenso stand gemäß § 635 BGB n.F. dem Besteller ein Schadensersatzanspruch unter den erleichterten Voraussetzungen „Mangel", „Nachfristsetzung" und „Verschulden" zu (s.S. 274 ff.), während im Kaufrecht nach § 463 BGB a.F. das Vorliegen einer zugesicherten Eigenschaft bzw. arglistiges Verschweigen eines Fehlers notwendig war. Schließlich erwiesen sich die in § 638 BGB a.F. geregelten längeren Verjährungsfristen[1171] als für den Besteller günstiger. Um in diesem Grenzbereich Rechtsklarheit zu erzielen, legte der historische Gesetzgeber in § 651 BGB a.F. Abgrenzungskriterien fest (dazu A.I.1.).[1172] Da diese Norm jedoch in vielen Fällen nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen führte, schuf die Rechtssprechung rechtsfortbildend ein eigenes Zuordnungssystem (dazu A.I.2.). Auch die Auslegung der Abgrenzungskriterien des § 651 BGB a. F. bereitete erhebliche Schwierigkeiten (dazu A.II.). Schließlich war umstritten, ob der § 651 BGB a.F. einen eigenständigen Vertragstypus „Werklieferungsvertrag" schaffe (A.III) und ob der Werkunternehmer auch hafte, wenn der Mangel auf den vom Besteller gestellten Stoff zurückzuführen sei (A.IV.).

Obgleich hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit einer Umgestaltung des § 651 BGB a.F. keine Einigkeit (dazu B.I.) bestand, bedurften jedenfalls die Mindestvorgaben der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einer

[1171] Im Kaufrecht galt grundsätzlich die kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten, mit Ausnahme des Falles „Kauf eines Grundstückes" (Verjährungsfrist von einem Jahr), § 477 BGB a.F. Demgegenüber verjährten im Werkvertragsrecht die Gewährleistungsansprüche zwar im Grundfall ebenso in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück und dem wichtigen Fall der Errichtung von Bauwerken und Arbeiten an solchen sah das Gesetz jedoch eine Verjährungsfrist von einem bzw. fünf Jahren vor, § 638 BGB a.F.

[1172] Mugdan II, S. 1258

Umsetzung in das nationale Recht (dazu B.II.). Ob die in den Reformbemühungen diskutierten Ansätze (dazu C.) einer an ihren eigenen Zielsetzungen (Vereinfachung des geltenden Rechts) gemessenen sachgerechten Lösung zugeführt wurden, soll schließlich unter D. erörtert werden.

A. Das alte Recht

I. Die Grenzfälle zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht

Die Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertrag erfolgte nach altem Recht anhand des Inhalts der Leistungspflicht. Während ein Kaufvertrag vorlag, wenn lediglich die Beschaffung (Übereignung und Besitzverschaffung) der fertigen Sache geschuldet wurde, § 433 I S.1 BGB a.F., stand bei einem Werkvertrag die erfolgsbezogene Leistung, die Herstellungspflicht, im Mittelpunkt des Vertrages, § 631 I, II BGB a.F.

Als problematisch erwies sich der Fall der Herstellung eines Werkes aus Stoffen des Unternehmers, denn einerseits hatte der Unternehmer das Werk herzustellen, andererseits das fertige Werk zu übereignen. Hier lagen mithin sowohl kauf- als auch werkvertragliche Elemente vor.

1. Das System des § 651 BGB a.F.

Während sich der historische Gesetzgeber zunächst für eine rein kaufrechtliche Lösung bei Herstellung eines Werkes aus Stoffen des Unternehmers entschied und diese lediglich in Form einer Auslegungsregel formulierte[1173], wurde der kaufrechtliche Ansatz in der endgültigen Fassung des § 651 BGB a.F. abgeschwächt.[1174] Das System des § 651 BGB a.F. unterschied drei Kategorien:

Nach § 651 II BGB a.F. sollte uneingeschränkt Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen, wenn der Besteller nur die erforderlichen *„Zutaten“ oder „sonstigen Nebensachen“* zu beschaffen hat. Denn in diesem Fall gibt

[1173] § 568: „[...] so finden auf den Vertrag, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung.“ (Mugdan II, S. LXXXVIII); dazu Motive II, § 568, S. 474 ff.

die Leistung dem Vertrag das Gepräge.

Ausschließlich Kaufrecht war gemäß § 651 I S.2 HS 1 BGB a.F. einschlägig, wenn sich der Unternehmer zur Herstellung einer vertretbaren Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff verpflichtete. Eine vertretbare Sache war nach § 91 BGB a.F. eine Sache, die nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt. Hinter dieser Definition stand der wirtschaftliche Gesichtspunkt der Austauschbarkeit. Vertretbar waren Sachen, welche nach Katalog, Liste, Preisverzeichnis bestellt oder sonst serienmäßig hergestellt werden, wie z.B. ein Pkw, Maschinen oder Anlagen gewöhnlicher Art oder Beschaffenheit.[1175] Selbst bei nach den Wünschen des Bestellers gestalteter Serienanfertigung war die Sache nach BGH NJW 1971, S. 1793 f. vertretbar, wenn sie als Handelsware bei beliebigen Abnehmern abzusetzen war.[1176]

Als dritte Kategorie nannte § 651 I S.2 HS. 2 BGB a.F. Werkverträge, bei denen sich der Unternehmer zur Herstellung einer *nicht vertretbaren Sache* aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff verpflichtete. Hier kam gemäß § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. Werk- und Kaufvertragsrecht kombiniert zur Anwendung: Gemäß § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. bestand wie beim Werkvertrag die Verpflichtung des Unternehmers zur mangelfreien Lieferung und galten die Gewährleistungsrechte des Bestellers (§§ 631 I, 633-639, 640 II BGB a.F.); es waren die Bestimmungen über die Vergütungspflicht des Bestellers (§§ 631 II, 632BGB a.F.) und ihre Fälligkeit (§ 640 I BGB a.F.) sowie zur Mitwirkung bei der Werkherstellung (§§ 642, 643 BGB a.F.), zur Gefahrtragung (§§ 644, 645 BGB a.F.) und zur Kündbarkeit des Werkvertrages (§§ 649, 650 BGB a.F.) anwendbar. Aus dem Kaufrecht waren im wesentlichen nur die Vorschriften im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung, § 433 I BGB a.F., heranzuziehen: Die Bestimmungen über Rechtsmängel und die Auskunftsverpflichtung (§§ 434 - 444 BGB a.F.), über den Eigentums-

---

[1174] Mugdan II, S. LXXXVIII
[1175] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 651 Rn. 6
[1176] ebenso OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, S. 1400 (1400)

vorbehalt (§ 455 BGB a.F.), über die Gefahrtragung, Nutzungen, Lasten und Verwendungen und Kosten (§§ 446, 450 - 452 BGB a.F.) sowie die Erwerbsverbote (§§ 456 - 458 BGB a.F.).[1177]

Warum der historische Gesetzgeber von 1900 zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen unterschied, läßt sich den Protokollen entnehmen: Während bei Anwendung des Werkvertragsrechtes den Unternehmer eine Nachbesserungspflicht bzw. ein Nachbesserungsrecht treffe, so müsse er bei Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften die sofortige Wandelung hinnehmen. Diese Folgen träfen ihn bei vertretbaren Sachen nicht so hart.[1178] Dies ist wohl derart zu verstehen, daß der Unternehmer dann die Möglichkeit hat, für die nach der Wandelung nachgebesserte Sache einen anderen Erwerber zu finden. Bei der Herstellung unvertretbarer Sachen sei es angemessen, die Regeln über den Werkvertrag anzuwenden.[1179]

2. Die Durchbrechung des Systems des § 651 BGB a.F.

§ 651 BGB a.F. sollte nach der Absicht des historischen Gesetzgebers die Grenzfälle zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht abschließend regeln. Das Gesetz müsse in Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Kauf- und Werkvertragsrecht für die Grenzfälle Auskunft über die anzuwendenden Rechtsnormen geben.[1180] Mit den Kategorien: vom Besteller zu beschaffender Stoff, vertretbare – nicht vertretbare Sache, Lieferung einer Nebensache – Hauptsache glaubte der Gesetzgeber die Grenzfälle erfassen zu können. Wie die in der Folgezeit eintretende Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung zeigte, ging diese Einschätzung fehl. So löste sich die Rechtsprechung und ihr folgend die Literatur etwa in den Fällen des Kaufvertrages mit Montageverpflichtung und der Veräußerung von

---

[1177] Soergel/Teichmann, 12. Aufl., § 651 Rn. 15 ff.
[1178] Mugdan II, § 568, S. 918
[1179] so auch Soergel/Teichmann, 12. Aufl., § 651 Rn. 3
[1180] vgl. Mugdan II, § 568, S. 265: „Dieser zweiten Auffassung würde es am meisten entsprechen, sich jeder Bestimmung, wie die fraglichen Verträge zu beurteilen sind, zu enthalten. Dies ist jedoch nicht anfänglich. Bei der Häufigkeit dieser Verträge und der großen Verschiedenheit der Rechtsfolgen, je nachdem man für die eine oder andere Anschauung sich entscheidet, muß das Gesetz Auskunft darüber geben, welche Rechtsnormen Anwendung finden“.

Neubauten teilweise oder völlig von § 651 BGB a.F.

a. Der Kaufvertrag mit Montageverpflichtung

Bei technischen Geräten übernimmt der Verkäufer häufig auch die Verpflichtung zur Montage. Diese kann wie etwa beim Anschließen einer Waschmaschine relativ einfach oder aber wie bei dem Einbau einer Turbine in ein Kraftwerk mit großem Aufwand verbunden sein. Neben Elementen des Kaufvertrages (Übereignung der Geräte) finden sich werkvertragliche Elemente (Montage). Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Kaufvertrages mit Montageverpflichtung wurden im alten Schuldrecht mehrere Fallgruppen differenziert:

War die zu montierende Sache „Zutat“ oder „sonstige Nebensache“, so fand gemäß § 651 II BGB a.F. allein Werkvertragsrecht Anwendung. Dies wurde insbesondere bejaht, wenn der zu montierende Gegenstand wesentlicher Bestandteil einer Sache war, an der er montiert wurde, und diese Gegenstand eines Werkvertrages war. So verhielt es sich etwa bei der Montage von Heizungen in einem Gebäude, dessen Herstellung sie dienten.[1181]

Die Anwendung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechtes ergab sich ferner aus § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F., wenn die zu montierende Sache als nicht vertretbar zu qualifizieren war. Hierher gehörte etwa die Lieferung und Montage einer Hausbrauereianlage.[1182] Nichts anderes galt jedoch bei vertretbaren Sachen, die durch die Montage derart an die individuellen Bedürfnisse des Bestellers angepaßt worden waren, daß sie anderweitig nur unter erheblichen Schwierigkeiten verwendet werden konnten. Hierzu zählte beispielsweise die Lieferung eines auf die Räume des Käufers zugeschnittenen Teppichbodens.[1183].

[1181] Craushaar, FS Korbion, S. 27 (28 ff.); OLG Düsseldorf BauR 1982, S. 164 (164 ff.); OLG Köln BB 1982, S. 1578 (1578); Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); Staudinger/Peters (13.Aufl.), § 651 Rn. 27

[1182] BGH WM 1991, S. 1591 (1593); Staudinger/Peters, § 651 (13. Aufl.) Rn. 27

[1183] BGH NJW 1991, S. 2486 (2486 f.); BGH NJW-RR 1990, S. 787 (787 f.); BGH NJW 1970, S. 942 (942 f.); LG Münster Schäfer/Finnen/Hochstein, § 633 Nr.4; Staudinger/ Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 28; Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); Soergel/Mühl, (11.

Reines Werkvertragsrecht wandte die Rechtsprechung und Literatur ebenso an, wenn die Montage im Verhältnis zum Wert der gelieferten Sache einen erheblichen Aufwand erforderte, insbesondere wenn sie technisch schwierig war oder eines besonderen Sachverstandes bedurfte.[1184] Ein solcher erheblicher Aufwand wurde beispielsweise verneint, wenn die Heizungsanlage rund 24 000 DM wert war, wohingegen die Montage lediglich einen Aufwand in Höhe von 1400 DM erforderte. [1185]

In den übrigen Fällen, d.h. wenn die montierte Sache eine selbständige und vertretbare Sache mit geringem Montageaufwand war, und das war der Regelfall, fand für die *Mängel der Sache selbst* nach der Rechtsprechung[1186] und Literatur[1187] Kaufrecht - unmittelbar oder über die Verweisung des § 651 I S.2 HS.1 BGB a.F.- Anwendung. Dann stehe nämlich die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund. Die Montage sei nur eine „nicht interessierende werkvertragliche Nebenpflicht, die für die Einordnung des Vertrages als Kaufvertrag ohne Bedeutung bleibe.“ [1188]

Hinsichtlich der *Mängel der Montage* wandten Rechtssprechung und Literatur jedoch wiederum im Wege der Rechtsfortbildung werkvertragliches Gewährleistungsrecht an. Denn auch wenn die Pflicht zur Montage Nebenpflicht sei, setze eine korrekte Leistung des Verkäufers eine ordnungsgemäße Montage voraus.[1189] Die Gegenleistung sei daher erst nach Abnahme oder Fertigstellung fällig, §§ 641, 646 BGB a.F.[1190] Werde nicht ordnungsgemäß montiert, so gelte das Gewährleistungsrecht des

---

Aufl.), § 651 Rn. 3; a.A.: Soergel/Huber, (11. Aufl.), Vorbm. § 433 Rn. 88

[1184] BGH WM 1977, S. 365 (366); Staudinger/Peters, (13. Aufl.), § 651 Rn. 27

[1185] BGH WM 1977, S. 365 (366)

[1186] BGH NJW 1998, S. 3197 (3198); BGH NJW 1986, S. 1927 (1927 f.); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, S. 564 (565)

[1187] Soergel/Huber, (12. Aufl.) Vor § 433 Rn. 280 f.; Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); Staudinger/Peters, (13. Aufl.), § 651 Rn. 29; MünKomm/Westermann (3.Aufl.), Vor § 433 Rn. 21; Erman/Grunewald, (10.Aufl.), Vor § 433 Rn. 19

[1188] BGH WM 1977, S. 365 (366)

[1189] Soergel/Huber (12. Aufl.), Vor § 433 Rn. 280 f.; Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); MünKomm/Westermann (3.Aufl.),Vor § 433 Rn. 21; Erman/Grunewald, 10. Aufl., Vor § 433 Rn. 19

[1190] Soergel/Huber (12. Aufl.), Vor § 433 Rn. 280 f.; Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); MünKomm/Westermann Vor § 433 (3.Aufl.) Rn. 21; Erman/Grunewald, 10. Aufl., Vor §

Werkvertrages, da dieses für diese Art von Nebenpflichten die sachgerechten Rechtsbehelfe bereithalte.[1191] Dabei komme bei einer Verzögerung (§ 326 BGB a.F.) oder einem Mangel (§ 634 BGB a.F.) dem Rücktritt oder der Wandelung nur „Gesamtwirkung“ zu, wenn die Montage besonderen Sachverstand erfordere oder von Dritten nicht angeboten werde.[1192]

b. Die Veräußerung von Grundstücken mit Neubauten

Gänzlich von den gesetzlichen Vorgaben des § 651 BGB a.F. entfernte sich die Rechtsprechung bei der Frage, welche Normen auf einen Vertrag über die Veräußerung von Grundstücken mit durch den Veräußerer neuerrichteten Bauwerken anzuwenden seien.

Zu einer Anwendung des Werkmängelrechts kam man gemäß §§ 631, 651 I S. 2 HS 2 BGB a.F.[1193] nur, wenn ein Werk- oder Werklieferungsvertrag vorlag. Dies erforderte jedoch einen Vertrag über die *Herstellung* eines Werkes. War aber das Bauwerk zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fertiggestellt, so konnte von einer Herstellungspflicht nicht die Rede sein. Es fehlte an dem produktiven Element.[1194] Konsequenterweise hätte man Kaufvertragsrecht, § 459 ff. BGB a.F. anwenden müssen.

Die Rechtsprechung entschied jedoch anders. Sie differenzierte: Auf Mängel des Bauwerkes sei Werkvertragsrecht anzuwenden[1195], für Mängel des Grundstückes als solches werde nach Kaufrecht gehaftet. [1196] Das gleiche gelte für den Erwerb von neuen Eigentumswohnungen, und zwar

---

433 Rn. 19

[1191] Erman/Grunewald, 10. Aufl., Vor 433 Rn. 19; im Ergebnis auch BGH NJW 1983, S. 2440 (2441): Lkw-Umbau, jedoch unter Annahme eines gemischten Vertrages, da der Umbau Spezialkenntnisse erfordere.

[1192] Soergel/Huber (12. Aufl.), Vor § 433 Rn. 280 f.; Medicus, JuS 1992, S. 273 (276); a.A.: Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 29

[1193] Von der Anwendbarkeit des § 651 I BGB a.F. bei der Errichtung eines Bauwerkes auf einem vom Unternehmer zu beschaffenden Grundstück geht auch der historische Gesetzgeber aus, (vgl. Mugdan II, § 568, S. 266)

[1194] Köhler, NJW 1984, S. 1321 (1321)

[1195] seit BGH NJW 1973, S. 1235 (1235 f.); BGHZ 68, 372 (373); 74, 204 (206); 74 258 (268); 92, 123 (126); 100, 391 (396);101, 350 (352); 108, 164 (167); BGH NJW 1980, S. 2800 (2801); 1981, S. 273 (273); 1982, S. 2243 (2343); 1984, S. 2094 (2094)

[1196] BGH WM 1971, 1382; Karlsruhe DB 1991, S. 857

auch dann, wenn sie durch den Umbau eines Altbaus neu errichtet werden[1197], sowie für den Erwerb von Fertig-[1198] und Musterhäusern.[1199] Ferner sei auch der Fall erfaßt, daß das Gebäude zunächst für den Eigengebrauch errichtet und später veräußert werde. Denn es sei widersinnig, unterschiedliches Gewährleistungsrecht anzuwenden je nachdem, ob der Vertragsschluß zufälligerweise kurz vor oder nach Errichtung des Hauses erfolgt sei.[1200] Aber auch beim Erwerb fertiggestellter Häuser ergebe sich aus dem Inhalt, dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung des Vertrages, daß der Veräußerer zur mangelfreien Errichtung verpflichtet sei.[1201]

Der eigentliche Grund für die Heranziehung des Werkvertragsrechtes war jedoch die Anwendung der im Vergleich zu § 477 BGB a.F. längeren Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. Baumängel träten häufig erst nach einigen Jahren auf.[1202] Auch solle dem Erwerber ein Nachbesserungsanspruch gesichert werden.[1203]

Diese Rechtsprechung stieß in der Literatur[1204] auf Ablehnung. Zum einen

---

[1197] BGHZ 100, 391 (396); 108, 164 (167); BGH NJW 1980, S. 2800 (2800 f.); BGH NJW 1988, S. 1972 (1972); BGH ZfBR 2005, S. 263 (264): Beim Erwerb von Altbauten ist Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Erwerb des Grundstückes mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden ist, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar ist. Daher gelangt OLG Hamburg, NJW-RR 1989, S. 1497 (1497) in einem Fall, in dem eine Altbauwohnung als Eigentumswohnung veräußert wurde und die Herstellungsverpflichtung des Veräußerers sich lediglich auf den Einbau eines Fahrstuhles richtete, hinsichtlich der Wohnung zur Anwendung von Kaufrecht. OLG Düsseldorf (22. Zivilsenat), BauR 2003, S. 1911 (1911 f.) wendet ebenso Kaufrecht an, wenn eine ohne wesentliche Eingriffe in die Bausubstanz sanierte Altbauwohnung veräußert wird, und die auftretenden Sachmängel gerade der alten Bausubstanz anhaften, in die der Veräußerer nicht eingegriffen hat. Dagegen entschied OLG, Düsseldorf (5. Zivilsenat), BauR 2004, 380 (380), daß Werkvertragsrecht gelte, wenn sich der Veräußerer einer sanierten Altbauwohnung verpflichtet, die Fassade zu renovieren, da er erwarten könne, daß auch die dort vorhandenen Balkone und deren Abdichtungen nach den Regeln des Dachdeckerhandwerkes und dem Stand der Technik entsprechen.

[1198] BGHZ 76, 43 (45 f.); 87, 112 (116)

[1199] BGH NJW 1982, S. 2243 (2243)

[1200] BGHZ 74, 204 (204 ff.); BGH NJW 1981, 2344 (2345); 1982, 2243 (2243); Unerheblich ist offenbar auch, ob der Veräußerer eigenhändig das Bauwerk errichtet oder ob dieses durch einen Werkunternehmer auf Rechnung des Veräußerers errichtet wird. Denn maßgeblich ist nur, ob im Verhältnis zum Käufer der Veräußerer eine Fertigstellungspflicht übernommen hat (BGHZ 74, 204 (208)).

[1201] BGHZ 74, 204 (207)

[1202] BGHZ 68, 372 (375); 74, 258 (269); Hiddemann WM 1977, 1242 (1243)

[1203] BGHZ 68, 372 (375); 74, 258 (269); Hiddemann WM 1977, 1242 (1243)

[1204] Köhler, NJW 1984, S.1321 (1321 ff.);Brambring, NJW 1978, 777 (777 ff.); Peters NJW 1979, S. 1820 (1820 f.); ders., JZ 1978, S. 92 (98); Stürner, JZ 1979, S. 758 (758); Hochstein, FS Locher (1990), S.77 (77 ff.); Wolfsteiner, DNotZ 79, S. 579 (579 ff.)

wurde die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistung auf zunächst für den Eigengebrauch errichtete Gebäude als systemwidrig beanstandet.[1205] Zum anderen greife das Argument der Zufälligkeit des Zeitpunktes des Vertragsschlusses nicht ein, denn die Errichtung für den Eigenbedarf entrücke den Vorgang der sonst bestehenden Nähe zur Bauerrichtung für Dritte.[1206]

Insbesondere sei die Rechtsprechungsansicht aber auch dogmatisch nicht haltbar. Denn die Herstellungspflicht sei bei bereits fertiggestellten Gebäuden eine bloße Fiktion.[1207] Auch fehle dem Vertrag die werkvertragstypische Zukunftsbezogenheit.[1208] Das Interesse des Veräußerers und Erwerbers an der Nachbesserung könne durch vertragliche Vereinbarung der Nachbesserung befriedigt werden. Auch sei bei fehlender Vereinbarung eine solche Nachbesserungsverpflichtung und -berechtigung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, § 242 BGB a.F., anerkannt.[1209]

II. Probleme bei der Bestimmung des Begriffes der „Zutaten“ und „sonstigen Nebensachen“ i.S.d. § 651 II BGB a.F.

Schließlich bereitete auch die Auslegung des Begriffes der „Zutaten“ und „sonstigen Nebensachen“, § 651 II BGB a.F., Schwierigkeiten.

Aufgrund des Wortlautes wurde von Peters[1210] und Soergel[1211] die Ansicht vertreten, daß sich die Begriffe „Zutaten“ und „sonstige Nebensachen“ auf die Hauptsache des Bestellers bezögen, folglich ein Wertevergleich zwischen den aus den jeweiligen Sphären kommenden Materialien vorzunehmen sei. „Zutaten“ und „sonstige Nebensachen“ lägen vor, wenn der Unternehmer weniger an Materialien beisteuere als der Besteller. Zutaten seien gegeben, wenn die Materialien, wie z.B. Farben, ihre rechtliche Selbständigkeit verlören und wesentliche Bestandteile würden.

1205 Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 44; Hochstein, FS Locher, S. 77 (77 ff.)
1206 Hochstein, FS Locher, S. 77 (87 f.)
1207 Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 44; Köhler, NJW 1984, S. 1321 (1322)
1208 Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 44
1209 Köhler, NJW 1984, S. 1321 (1323)
1210 Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 38
1211 MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 651 Rn. 1

Sonstige Nebensachen lägen vor, wenn dies nicht der Fall sei, also bei unwesentlichen Bestandteilen und Zubehörstücken. § 651 II BGB a.F. setze damit das Vorhandensein von zwei Massen voraus, sei also nicht anwendbar, wenn der Unternehmer ein Werk aus relativ geringwertigen Materialien herstelle, die er alleine beschaffe, wie z.B. bei einem Bild oder Computerprogrammen auf Disketten.

Nach Ansicht von Esser[1212] und Seilers[1213] sowie Teilen der Rechtsprechung[1214] bezog sich der Terminus „Nebensache“ auf den Leistungsteil des Unternehmers. Es sei auf das Werteverhältnis zwischen der Arbeitsleistung des Unternehmers und der Materiallieferung durch den Unternehmer abzustellen. § 651 II BGB a.F. greife ein, wenn die Materiallieferung gegenüber der Arbeitsleistung wirtschaftlich und sozial gesehen zurücktrete.

Schlechtriem[1215] sowie Teile der Rechtsprechung[1216] stellten – insbesondere bei der Errichtung eines Bauwerkes auf dem Bestellergrundstück – auf die Art des Eigentumsüberganges ab. Wenn es zur Eigentumsübertragung einer Willenserklärung bedürfe, sei § 651 II BGB a.F. nicht anwendbar. Gehe hingegen das Eigentum an den Sachen des Unternehmers gemäß §§ 947, 93 bzw. §§ 946, 94 BGB a.F. über, so sei § 651 II BGB a.F. einschlägig.

Teichmann[1217] hingegen differenzierte danach, ob ein sachleistungsbezogener oder ein tätigkeitsbestimmter Vertragstypus vorliege: Es sei zu prüfen, ob sich der Vertrag seinem Hauptgegenstand nach auf ein Tätigwerden des Unternehmers, ein „facere“ beziehe. Sei beispielsweise die

---

[1212] Esser/Weyers, SchR II/1, (4. Aufl.), § 81, 3
[1213] Erman/Seiler, 10. Aufl., § 651 Rn. 2; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.) § 651 Rn. 20; Palandt/Sprau (60. Aufl.), § 651 Rn. 1
[1214] BGHZ 87, 112 (118); BGH NJW-RR 1992, S. 626 (626)
[1215] Jauernig/Schlechtriem (9.Aufl.), § 651 Anm. 14; ebenso, Kleine-Möller/ Merl/Oelmaier/ Kleine-Möller, Handbuch privaten Baurechts, § 2 Rn. 5 ff.; Staudinger/ Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 37 (wobei Peters den gesetzlichen Eigentumsübergang nicht als einziges Kriterium ansieht); diese Ansicht vertrat bereits der historische Gesetzgeber (Mugdan II, § 569, S. 266 f.)
[1216] BGH JZ 1983, S. 612 (614)
[1217] Soergel/Teichmann (12.Aufl.), § 651 Rn. 7

isolierte Arbeitsleistung nicht beliebig substituierbar oder liege dem Besteller daran, daß bei einer mangelhaften Sache auch die Arbeitsleistung wiederholt werde, so spreche dies für die überwiegende Bedeutung des Werkvertragsanteiles. Denn bilde die Dienstleistung den Schwerpunkt der Leistung, so solle das Hinzufügen von Nebensachen und Zutaten hieran nichts ändern.

Während die ersteren beiden Ansichten von dem Wortlaut des § 651 II BGB a.F. ausgingen, lösten sich die letzteren beiden Auffassungen von diesem weitgehend. Dem von Esser und Seiler vertretenen Ansatz lag hierbei die Erwägung zugrunde, daß die für den Kaufvertrag typische Hauptpflicht der Eigentumsübertragung keinen Sinn ergebe, wenn das Eigentum bereits kraft Gesetzes übergehe.

III. Eigenständiger Vertragstypus Werklieferungsvertrag?

Weiter war streitig, auf welche der in § 651 BGB a.F. genannten Vertragsarten der Begriff „Werklieferungsvertrag“ anzuwenden ist. Hierbei ging es im wesentlichen darum, ob nur § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. oder ob auch § 651 I S.2 HS 1 BGB a.F. einen eigenständigen Vertragstypus schaffe. Praktisch relevant wurde dies bei der Streitfrage, ob bei der Herstellung von vertretbaren Sachen ein Dritter, der in den Bearbeitungsprozeß eingeschaltet wird, Erfüllungsgehilfe des Vertragspartners sei.

Larenz[1218] und Esser/Weyers[1219] beschränkten den Begriff des Werklieferungsvertrages auf den Fall der Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff. Denn nur bei diesem Vertrag handele es sich um einen eigenständigen Vertragstypus, bei welchem die Herstellung genau nach Vereinbarung von nicht geringerer Bedeutung sei als die Lieferung. Dieser Vertragstypus vereine Elemente des Werk- und Kaufvertrages in sich. Demgegenüber liege bei § 651 I S.2

[1218] Larenz, SchR II/1, § 53 IV , S. 377 f.

[1219] Esser/Weyers, SchR II/1, § 31, S. 252; ebenso: Soergel/Mühl, (11. Aufl.), § 651 Rn. 1; in der Sache auch BGHZ 48, 118 (121): Trevira-Entscheidung. Zwar verwendet der BGH den Begriff „Werklieferungsvertrag“ auch für den Vertrag über vertretbare Sachen, jedoch spricht er zugleich aus, dieser Vertrag sei der Sache nach ein Kauf.

HS 1 BGB a.F. ein Kaufvertrag vor, bei § 651 II BGB a.F. hingegen ein Werkvertrag. Da demnach der Vertrag über die Herstellung einer vertretbaren Sache aus dem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff einen Kauf darstelle, sei eine bei der Herstellung eingeschaltete dritte Person nicht Erfüllungsgehilfe des Unternehmers.[1220]

Dagegen wandten Finkentscher[1221] und Seiler[1222] den Begriff des Werklieferungsvertrages sowohl auf den in § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. als auch auf den in § 651 I S.2 HS 1 BGB a.F. beschriebenen Vertragstypus an. Für die Einbeziehung des § 651 I S.2 HS 1 BGB a.F. spreche, daß hier die Herstellung zwar von untergeordneter Bedeutung, aber wie S.1 zeige, dennoch Vertragsinhalt sei. Dies werde insbesondere deutlich, wenn der Besteller auf die Produktion gerade durch den mit ihm kontrahierenden Unternehmer Wert lege. Ein reiner Kaufvertrag liege erst vor, wenn die Herstellungspflicht gänzlich fehle.[1223]

IV. Die Verursachung des Mangels durch den vom Besteller gelieferten Stoff

In der Schuldrechtsreform wurde schließlich auch die Frage relevant, ob eine Haftung des Werkunternehmers auch eintrete, wenn der Mangel auf den vom Besteller gestellten Stoff zurückzuführen sei.

Im alten Recht galt der Grundsatz, daß bei einem auf eine Anweisung des Bestellers zurückzuführenden Mangel des Werkes der Werkunternehmer nicht hafte, wenn er seinen Prüfungs- und Hinweispflichten nachgekommen sei.[1224] Einer solchen Anweisung stand die Lieferung von Materialien gleich.[1225] Der Prüfungspflicht war in der Regel durch eine Untersuchung

---

[1220] BGHZ 48, 118 (121); ebenso Soergel/Mühl (11. Aufl.), § 651 Rn. 1; Larenz SchR II/1, § 53 IV, S. 375 ff.; RGRK/Glanzmann (12. Aufl.), § 651 Rn. 15, der jedoch auf § 651 I S.2 HS 1 BGB a.F. nicht nur den Begriff „Werklieferungsvertrag“ anwendet, sondern ihn auch für einen eigenständigen Vertragstypus hält; daß dies zu der Verneinung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft nicht paßt, erkennt auch Glanzmann („obgleich“).

[1221] Finkentscher, SchR, § 80 VII, S. 569 f.

[1222] Erman/Seiler (10. Aufl.),§ 651 Rn. 2, 8, 12; ebenso: Planck, § 651 Anm. 1 ff.

[1223] Erman/Seiler (10. Aufl.), § 651 Rn. 12

[1224] vgl. Mugdan II, § 570, S. 271; Nicklisch in, FS Bosch; S. 731 (732); MünKomm/Soergel (3. Aufl.), § 633 Rn. 61

[1225] Mugdan II, § 570, S. 271; BGH NJW 1960, S. 1813 (1813); 1973, S. 754 (754 f.);

nach Augenschein und unter Anwendung einfacher Hilfsmittel genüge getan. Stellte der Unternehmer im Rahmen dieser Untersuchung Mängel des Stoffes fest, so hatte er den Besteller hierüber zu informieren (Hinweispflicht). Einer Mitteilung der Bedenken bedurfte es nicht, wenn der Besteller die Bedenken kannte oder auf seinen Anweisungen ohnehin beharren würde.[1226] Eine Ausnahme von dem Haftungsausschluß galt, wenn der Unternehmer nicht nur die Besorgnis, sondern die Gewißheit künftigen Mängeleintritts hatte.[1227]

Verletzte der Unternehmer diese Prüfungs- und Hinweispflicht, so wurde er von seiner Einstandspflicht nicht frei, sondern es blieb bei dessen Verantwortlichkeit. Daß der Besteller durch die Lieferung des Stoffes die ent-scheidende Ursache gesetzt hatte, wurde im Rahmen des Schadensersatzanspruches gemäß § 635 BGB a.F. über die Anwendung des § 254 BGB a.F. berücksichtigt und bei den verschuldensunabhängigen Rechten der §§ 633, 634 BGB a.F. über § 242 BGB a.F.[1228]

BGH VersR 1964, S. 516 (517); OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, S. 1433 (1433 f.); OLG Stuttgart BauR 1989, S. 475 (475 ff.)

[1226] BGH LM VOB/B § 4 Nr. 2

[1227] BGH NJW 1973, S. 518 (519); BGH BauR 1978, S. 139 (142); OLG Köln NJW-RR 1994, S. 1045 (1045 f.)

[1228] BGH NJW 1972, S. 447 (447 f.); BGH BauR 1972, S. 62 (63)

B. Reformbedarf

I. Reformbedarf in der Sache

Die Frage, inwieweit § 651 BGB a.F. einer Reform zuzuführen sei, wurde unterschiedlich beurteilt. Teichmann[1229] bemängelte die fehlende Flexibilität des Systems des § 651 BGB a.F.; die Rechtsfolgen würden apodiktisch angeordnet. Während die Norm ursprünglich die Zuordnung komplexer Verträge zum Kauf- oder Werkvertragsrecht unter Beachtung des Parteiwillens habe erleichtern wollen, sei diese nunmehr zu einer Bestimmung mit nicht von den Parteien zu beeinflussenden Tatbestandsmerkmalen geworden. Teichmann sprach sich jedoch nur für eine teleologische Auslegung des § 651 BGB a.F. aus.[1230]

Peters[1231] hingegen sah § 651 BGB a.F. als durch die Rechtsentwicklung weithin überholt an. Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht müsse gegenüber § 651 BGB a.F. aktualisiert werden.

II. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält in Art. 1 IV Vorgaben für Werklieferungsverträge i.S.d. § 651 I BGB a.F.: „Als Kaufvertrag im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die ***Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter***.“ Damit waren nach einhelliger Ansicht[1232] zumindest die Fälle erfaßt, in denen der Unternehmer das Werk aus einem vom ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen

---

[1229] Der historische Gesetzesentwurf enthielt in § 568 eine Auslegungshilfe, die nur bei mangelnder Parteivereinbarung eingreifen sollte: „so finden auf den Vertrag, sofern nichts ein Anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung“ (dazu Mugdan II, § 568, S. 265). Die Entscheidung für das System des § 651 BGB a.F. wurde unter anderem auf die heute nicht mehr geteilte Auffassung, die Parteien könnten durch Vereinbarung aus einer vertretbaren Sache eine nicht vertretbare Sache machen und so zur Anwendung des Werkvertragsrechtes gelangen, gestützt (vgl. Motive II, § 651, S. 624).

[1230] Soergel/Teichmann (12. Aufl.), § 651 Rn. 2, 4

[1231] Staudinger/Peters (13. Aufl.), § 651 Rn. 4

[1232] Hänlein, DB 1999, S. 1641 (1642), Micklitz, EuZW 1999, S. 485 (486); Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, S. 1829 (1829); Matthiessen/Lindner, NJ 1999, S. 617 (618); Ehmann/Rust, JZ 1999, S. 853 (856); Staudenmayer, NJW 1999, 2393 (2394); Ernst/Gsell, ZIP 2000, S. 1410 (1411); Brüggenmaier, JZ 2000, S. 529 (530); Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, S. 1639 (1639 ff.); Gsell, JZ 2001, S. 65 (74); Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung, S. 20; Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 14

und zu übereignen hat, erfaßt.

Diese Mindestvorgaben der europäischen Richtlinie konnten entweder durch der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechende Sonderregelungen für Werklieferungsverträge im Werkvertragsrecht oder durch Verweis auf das der Richtlinie angepaßte Kaufrecht erfolgen. Der Gesetzgeber entschied sich für letztere Variante.[1233] Betrachtet man im Hinblick auf diese Umsetzungsmöglichkeit § 651 BGB a.F., so fallen Unterschiede zwischen der „Verweisung" der Verbrauchgüterkaufrichtlinie auf das Kaufrecht und derjenigen des § 651 BGB a.F. auf.

Zum einen weist die Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung keine Beschränkung auf die Herstellung von Sachen aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff auf, sondern e***rfaßt auch Verträge, bei denen der Besteller den Stoff*** liefert.

Zum anderen differenziert die Richtlinie ***nicht zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen***. Sowohl auf die auftragsgebundene Serienproduktion als auch die Maßanfertigung sei die Richtlinie anwendbar. [1234] Denn in beiden Fällen unterscheide sich der von Art. 1 IV VbrKfRL beschriebene Vertragstypus vom Kauf nur dadurch, daß die Sache erst auf Bestellung hergestellt werde. Der Verkäufer sei zugleich Hersteller und betreibe entweder keine Lagerhaltung oder stelle die Ware mit individuellen Eigenschaften für den Verbraucher her.[1235]

Schließlich ist die in Art. 1 IV VbrKfRL angeordnete Anwendung des Kaufrechts insofern beschränkt, als Art. 1 IV VbrKfRL sich nur auf ***Verbrauchsgüter*** bezieht. Verbrauchsgüter sind jedoch gemäß Art.1 II b) VbrKfRL nur „bewegliche körperliche Gegenstände". Die Herstellung von unbeweglichen oder unkörperlichen Werken ist folglich von der Verweisung auf das Kaufrecht nicht erfaßt.

[1233] Vorwerk, BauR 2002, S. 165 (180)
[1234] Ehmann/Rust, JZ 1999, S. 853 (856); Lehr/Wendel, EWS 1999, S. 321 (322)
[1235] Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 15

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezieht darüber hinaus den ***Kaufvertrag mit Montageverpflichtung*** ein: In Art. 2 V S.1 VbrKfRL stellt sie einen „Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes“ der Vertragswidrigkeit der Kaufsache gleich, „wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrages über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde.“ Die Richtlinie erfaßt somit zwei Fallgruppen: Zum einen den Fall, daß aufgrund mangelhafter Montage Mängel an der Kaufsache selbst auftreten[1236]; zum anderen den Fall, daß sich der Mangel auf die Montage an sich beschränkt und die Kaufsache selbst unbeschädigt bleibt.[1237] Diese Regelung war bereits im ursprünglichen Vorschlag der Kommission von 1996 enthalten,[1238] erhielt jedoch durch den gemeinsamen Standpunkt des Europäischen Rates die Präzisierung, daß die Montage Bestandteil des Kaufvertrages sein muß.[1239]

Ferner wird der Vertragswidrigkeit in Art. 2 V S.2 S.2 VbrKfRL ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage gleichgestellt, „wenn das zur Montage durch den Verbraucher bestimmte Erzeugnis vom Verbraucher montiert worden ist und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist.“ Diese sogenannte „***IKEA-Klausel“ g***eht auf einen Änderungsantrag des Europäischen Parlamentes zurück[1240] und wurde von der Kommission in den geänderten Richtlinienvorschlag von 1998 übernommen.[1241] Der Europäische Rat äußerte in der Begründung des gemeinsamen Standpunktes jedoch Bedenken. Er regte an, vom Anwendungsbereich der Klausel den Fall auszunehmen, daß das Produkt zur Montage durch den Fachmann bestimmt sei und der Verbraucher in Selbstüberschätzung seiner Fähigkeiten die Montage selbst vornehme. Diesen Bedenken wurde durch den Zusatz: „das zur Montage durch den Verbraucher bestimmte

---

[1236] Steiner, in: Schermaier, Reform Gewährleistungsrechts, S. 262; Schurr, ZfRV 1999, S. 222 (225); Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 46

[1237] Welser, FS Hempel, S. 326; Micklitz, EuZW 1997, S. 229 (232); Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, S. 46; a.A.: Steiner, in: Schermaier, Reform des Gewährleistungsrechts, S. 262; Schurr, ZfRV 1999, S. 222 (225), die letztere Fallgruppe nicht als von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfaßt ansehen.

[1238] Abl. EG 1996/C 307, vom 16.10.1996, S. 8 (10)

[1239] Abl. EG 1998/C333, vom 30.10.1998, S. 46 (49)

[1240] Abl. EG 1998/C 104, vom 6.4.1998, S. 30 (35)

Erzeugnis“ Rechnung getragen.[1242]

Des weiteren war für die Reform von Bedeutung, daß die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Art. 2 III 2. Var. einen ***Haftungsausschluß*** vorsieht, „wenn die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.“ Dies galt zwar auch im alten Recht entsprechend einem allgemeinen Grundsatz, war jedoch nicht gesetzlich geregelt war (s.S. 274 f.). Auch dieser Haftungsausschluß ist das Ergebnis von Vermittlungsbemühungen im europäischen Gesetzgebungsverfahren. Zwar setzte sich die vom Europäischen Rat vorgeschlagene Einschränkung des *Anwendungsbereiches der Richtlinie,* wenn der Verbraucher einen wesentlichen Teil des notwendigen Stoffes zur Verfügung zu stellen hat,[1243] im Vermittlungsverfahren nicht durch. Da es jedoch nicht gerechtfertigt erschien, den Verkäufer für einen Mangel, der seinen Ursprung in den vom Verbraucher gelieferten Materialien hat, haften zu lassen, einigte man sich im Vermittlungsverfahren auf den *Haftungsausschluß* des Art. 2 III 2. Var. VbrKfRL. Da diese Bestimmung systematisch nicht zu der Frage des Anwendungsbereiches der Richtlinie gehörte, wurde sie in Art. 2 III VbrKfRL bei der Regelung der Vertragsmäßigkeit einbezogen.

[1241] Abl. EG 1998/C 148, vom 14.5.1998, S. 12 (16)
[1242] Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 27 (36)
[1243] Abl. EG 1998/C333, vom 30.10.1998, S. 46 (48)

C. Reformprozeß

I. Die Gutachten

1. Das Gutachten von Weyers

Weyers wies in seinem Gutachten zum Werkvertragsrecht zunächst auf die ***Abgrenzungsprobleme zwischen Kauf- und Werkvertrag*** hin, wie sie sich unter anderem in der „kaum noch nachvollziehbaren“ Rechtsprechung zu der Veräußerung von Grundstücken mit neuerrichteten Bauwerken (s.S. 327 ff.) zeigten. Diese Schwierigkeiten könnten jedoch im wesentlichen durch eine Annäherung von Werk- und Kaufvertrag entschärft werden, insbesondere durch Vereinheitlichung der Verjährung und der Voraussetzungen der Schadensersatzansprüche sowie die Einführung einer Nachbesserungspflicht im Kaufrecht.[1244]

Weyers schlug daher nur geringfügige Modifizierungen des § 651 BGB a.F. vor: An die Stelle der bisherigen Differenzierung zwischen „vertretbaren“ und „nicht vertretbaren Sachen“ solle das Begriffspaar „***der Gattung nach bestimmte Sache“ und „im einzelnen bestimmte Sache***“ treten. Diese Neuerung sei bereits durch die Rechtsprechung, BGH NJW 1971, S. 1793 (s.S. 323), vorbereitet worden. Auch liege der Sinn der Abgrenzung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen darin, diejenigen Kaufverträge dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, bei denen die Kaufgegenstände ohne weiteres nachgeliefert oder anderweitig verwendet werden könnten (s.S. 324). Hierfür sei aber nicht die Erfassung der Quantitäten von Massengütern entscheidend, sondern die Produktionsstruktur des Anbieters und die Nachfrage auf einem bestimmten Teilmarkt, die sich in individuellen Vertragsabreden widerspiegelte.[1245]

Diese Differenzierung lehnte Teichmann ab. Denn bei einer vertretbaren Sache liege der Schluß näher, sie könne anderweitig veräußert werden, als bei der Gattungsschuld, deren Klassifikation vom Parteiwillen abhänge

[1244] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1141 ff.)

und die auch unvertretbare Sachen zu umfassen vermöge.[1246]

Die werkvertragliche Neuformulierung des § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. in § 651 I S.3 BGB-neu brachte ebenfalls keine inhaltliche Veränderung mit sich: Da bereits nach altem Recht auf den „echten" Werklieferungsvertrag weitgehend Werkvertragsrecht angewendet wurde, sollten anstelle der umständlichen bisherigen Subtraktionstechnik positiv die Vorschriften des Kaufrechts genannt werden, die schließlich anzuwenden seien. Die Verweisung sollte zusätzlich durch Stichwörter, die in Klammern hinter die Paragraphenzahl gesetzt werden, verdeutlicht werden:[1247] „Handelt es sich bei dem Werk um eine einzeln bestimmte Sache, so findet Werkvertragsrecht Anwendung, mit Ausnahme der §§ 647, 648. Außerdem gelten für diesen Fall die § 446 I 2 (Übergang von Nutzungen und Lasten), § 448 I (Kosten der Übergabe), § 450 (Ersatz von Verwendungen) und § 455 (Eigentumsvorbehalt)."[1248]

2. Das Gutachten von Keilholz

Gleichermaßen hielt Keilholz an der bisherigen Regelung fest. § 651 I und II BGB a.F. könnten ohne Veränderungen erhalten bleiben. [1249]

Ein neu hinzugefügter Absatz 3 solle der Rechtsprechung zu der ***Veräußerung von Grundstücken mit neu errichteten Bauwerken*** eine gesetzliche Grundlage verschaffen, da diese bisher dogmatisch schwer begründbar sei: „Beim Ersterwerb eines neu errichteten Bauwerks finden die Vorschriften über den Werkvertrag entsprechende Anwendung." [1250]

3. Das Gutachten von Teichmann

Teichmann andererseits sprach sich gegen die Normierung der Rechtsprechung zur Veräußerung von Grundstücken mit Neubauten aus. „De lege ferenda dürfte unbestritten sein, daß nach Möglichkeiten solche

---

[1245] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1142, 1194)
[1246] Teichmann, 55. DJT/I, S. A 1 (A 41 Fn. 60)
[1247] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1142 f., 1194)
[1248] Weyers, Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 (1194)
[1249] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (320 ff., 328)

Entwicklungen verhindert werden sollten.“ Es sei hierzu weder notwendig noch zweckmäßig, einen eigenständigen Vertragstypus „Bauträgervertrag“ zu schaffen, sondern die ***Abgrenzungsprobleme*** könnten, wie Weyers dies vorschlage, durch eine Anpassung von Kauf- und Werkvertragsrecht behoben werden.[1251]

Ebenso wies Teichmann auf die im Rahmen des § 651 BGB a.F. aufgetretenen Schwierigkeiten hin, nämlich die Frage, ob nur § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. ein ***eigenständiger Vertragstypus*** sei, und das Folgeproblem, ob eine in die Herstellung einer vertretbaren Sache eingebundene Person Erfüllungsgehilfe des Vertragspartners sei, sowie das Problem der Bestimmung des Begriffes der „Zutaten“ und „sonstigen Nebensachen“. Diese Schwierigkeiten zeigten, daß man auf die „mehr zufällig entstandene“ Rechtsfigur des „Werklieferungsvertrages“ verzichten könne. § 651 BGB a.F. vermöge die Doppelfunktion als Auslegungs- und typenbildende Bestimmung nicht zu leisten. Es empfehle sich daher, eine Auslegungsnorm vorzusehen („so ist im Zweifel ... anwendbar“), die den Weg zu Kauf- und Werkvertragsrecht offen halte. Hierbei könne die Vertretbarkeit der Sache aus den in den Materialien genannten Gründen beibehalten werden.

II. Der Kommissionsentwurf

Dem Vorschlag Teichmanns, den eigenständigen ***Vertragstypus „Werklieferungsvertrag“*** aufzugeben, folgte der Kommissionsentwurf und brachte dies in der formalen Umgestaltung des § 651 BGB a.F. zum Ausdruck: Statt wie bisher in einer eigenständigen Norm, § 651 BGB a.F., wurde die Regelung in Absatz 2 des § 631 BGB-KE untergebracht. Denn der bisherige § 651 BGB a.F. habe seinen Grund in den erheblichen Unterschieden zwischen Kauf- und Werkvertrag (fehlende Nacherfüllung beim Kaufvertrag, Möglichkeit der sofortigen Wandelung oder Minderung beim Kaufvertrag, unterschiedliche Verjährungsfristen) bei der Haftung für Sachmängel gehabt. Diese Unterschiede behebe der Kommissions-

---

[1250] Keilholz, Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 (320 ff., 328)
[1251] Teichmann, 55.DJT/I, S. A 1 (A 37)

entwurf.[1252]

Auch der Kommissionsentwurf kritisierte den bisherigen § 651 I BGB a.F. wegen seiner ***unübersichtlichen Verweisungstechnik***. Er schlug daher vor, die Herstellung nicht vertretbarer Sachen in vollem Umfang dem Werkvertragsrecht zuzuweisen. § 631 II S.2 BGB-KE erklärte lediglich die mit der Übergabe und Eigentumsverschaffungspflicht zusammenhängende Norm § 449 BGB-KE (Eigentumsvorbehalt) für entsprechend anwendbar. Hierin schien sich der Kommissionsentwurf von § 651 I S.2 HS 2 BGB a.F. zu unterscheiden, welcher eine Anwendung von Kaufrecht, ergänzt durch die in der Norm genannten werkvertraglichen Regelungen, vorsah. Da diese „Ergänzung" jedoch eine umfassende Anwendung des Werkvertragsrechts anordnete, erwies sich die Abweichung des Kommissionsentwurfes von § 651 BGB a.F. eher als eine Frage der Formulierung. Insbesondere aufgrund der weitgehenden Annäherung der Vorschriften des Kauf- und des Werksvertragsrechts im Kommissionsentwurf ergaben sich in der Sache kaum Veränderungen.[1253]

III. Der Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf modifizierte das bisherige System des § 651 BGB a.F. in § 631 III S.1 BGB-DiskE in vereinfachender Weise: *„Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, sind die Vorschriften über den Kauf anzuwenden."*[1254] Damit sollten die bisherigen unübersichtlichen Verweisungen auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechtes beseitigt werden.[1255]

Zum einen entfiel die Differenzierung zwischen ***vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen***. Hierin folgte der Diskussionsentwurf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und dem UN-Kaufrecht (s.S. 355). Die Anwendung des Kaufrechts auf sämtliche Verträge mit der Verpflichtung

---

[1252] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 243, 247 ff
[1253] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 243, 247 ff
[1254] DiskE in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 46
[1255] so auch der RegE: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 913 f.

zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen sei gerechtfertigt, da es sich bereits nach altem Recht „nahezu ausschließlich“ um die Lieferung herzustellender Gattungssachen und damit um vertretbare Sachen i.S.d. § 651 I S.1 HS 1 gehandelt habe, auf die Kaufrecht anzuwenden gewesen sei. Aber auch bei der Herstellung nicht vertretbarer Sachen sei die Anwendung des Kaufrechts nunmehr möglich: Das wichtigste Gegenargument, daß bei nicht vertretbaren Sachen eine primäre Nachbesserungsverpflichtung bzw. -berechtigung den Interessen beider Parteien entspräche, diese aber beim Kaufvertrag fehle, sei mit der Einführung des Nachbesserungsanspruches in das Kaufrecht, § 437 BGB-DiskE, entfallen.

Zum anderen war die in § 631 III S. 1 BGB-DiskE enthaltene Verweisung auf das Kaufrecht, Art. 1 IV, II b VbrKfRL folgend, auf die Herstellung ***beweglicher Sachen*** beschränkt. Daher waren die Herstellung von Bauwerken und die Herstellung nichtkörperlicher Werke, wie z.B. die Planung des Architekten oder die Erstellung eines Gutachtens, dem Werkvertragsrecht zugewiesen.

An diesem Standpunkt des Diskussionsentwurfes wurde Kritik geübt.[1256] Die Erstreckung des Kaufrechts auf alle Werklieferungsverträge im weiteren Sinne sei unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit vertretbar, wenn die Gewährleistungsrechte bei Werk- und Kaufvertrag tatsächlich weitestgehend angenähert seien. Dem sei aber nicht so: Zwar sei durch Einführung des generellen Nacherfüllungsanspruches im Kaufrecht und durch Angleichung der Verjährung ein erster Schritt in diese Richtung erfolgt. Gleichwohl blieben erhebliche Unterschiede hinsichtlich des im Kaufrecht fehlenden Rechts zur Selbstvornahme, des Gewährleistungsausschlusses im Werkvertragsrecht nur bei Kenntnis, der gesetzlichen Pflicht zur Abschlagszahlung, des Zurückbehaltungsrechts bei Mängeln in Höhe der dreifachen Mängelbeseitigungskosten und der Abnahme.[1257]

[1256] Krebs, DB 2000, Beilage Nr.14, S. 1 (23); Roth, JZ 2001, S. 543 (547)
[1257] Roth, JZ 2001, S. 543 (546)

Daher schlugen Krebs[1258] und Roth[1259] vor, nur die Mindestvorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen, d.h. nur bei Verbraucherverträgen die entsprechenden kaufvertraglichen Regeln für analog anwendbar zu erklären. Diese Regelungstechnik werde bereits in § 631 III S. 3 BGB-DiskE verwendet.

Daneben bestimmte § 633 III S.2 BGB-DiskE, § 441 I S. 2 BGB–DiskE (Gewährleistungsausschluß) finde gleichermaßen Anwendung, wenn der Mangel auf einem vom ***Besteller gelieferten Stoff*** beruhe. Diese Norm diente der Umsetzung von Art. 2 III 2.Var. VbrKfRL und entsprach auch weitgehend dem bisherigen Recht (s.S. 279).[1260]

In Umsetzung von Art. 2 V VbrKfRL (***IKEA-Klausel***, s.S. 279) fügte der Diskussionsentwurf im Rahmen der kaufrechtlichen Sachmängeldefinition in § 434 II S.1 BGB-DiskE folgende Bestimmung hinzu: „Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn der vertraglich vereinbarte Zusammenbau der Sache durch den Verkäufer oder unter dessen Verantwortung durch Dritte fehlerhaft durchgeführt worden ist.“ Als Beispiel nannte die Begründung des Diskussionsentwurfes die Beschädigung einer Waschmaschine infolge fehlerhaften Wasseranschlusses durch den Verkäufer. § 434 II S.1 BGB-DiskE sollte folglich den Fall erfassen, daß eine an sich fehlerfreie Sache durch fehlerhafte Montage mangelhaft wird. Dies stimmte mit der bisherigen Rechtslage überein: „Der Kauf einer Sache mit Montageverpflichtung wird auch bisher bereits dem Kaufrecht unterstellt, jedenfalls soweit nicht davon gesprochen werden kann, daß die Montage den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bildet (z.B. BGH NJW 1998, 3197, 3198)“ .

Schließlich sollte nach der Begründung des Diskussionsentwurfes unter § 434 II S.1 BGB n.F. auch der Fall zu subsumieren sein, daß die Montage an sich fehlerhaft sei, ohne daß dies zu einem Mangel der montierten

---

[1258] Krebs, DB 2000, Beilage Nr.14, S. 1 (23)
[1259] Roth, JZ 2001, S. 543 (547)
[1260] DiskE: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 312

Sache selbst führe. So etwa, wenn vom Verkäufer einzubauende Küchenschränke schief an der Wand angebracht würden, auch wenn die Schränke weiterhin genutzt werden könnten und die Montage nicht zu Qualitätsmängeln wie etwa Rissen oder Kratzern führten. In beiden Fällen sei nicht mehr wie im alten Recht zwischen verschiedenen Fallgruppen zu differenzieren, sondern es komme allein Kaufrecht zur Anwendung. Insofern stelle das neue Recht eine erhebliche Vereinfachung gegenüber dem alten Recht dar.

Hieran übte Roth[1261] Kritik. Insbesondere die Fälle, in denen nur die Montage fehlerhaft sei, müßten nach Werkvertragsrecht behandelt werden. Auch müsse sich die Fälligkeit der Gegenleistung nach der Abnahme der Montage (§ 640 BGB n.F.) oder nach der Vollendung nach richten.

IV. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf, der Regierungsentwurf und die Beschlüsse des 6. Ausschusses

Der Konsolidierte Diskussionsentwurf übernahm § 631 III S.1 und S.2 BGB-DiskE wörtlich, gestaltete ihn jedoch als eine eigenständige Norm, § 651 S.1 und S.2 BGB-KonsDiskE, unter der Überschrift „Anwendung des Kaufrechts“ am Ende der werkvertraglichen Vorschriften aus. Dies entsprach der Stellung des § 651 BGB a.F. Der Konsolidierte Diskussionsentwurf wurde unverändert in den Regierungsentwurf übernommen, § 651 S.1 und S.2 BGB-RE.

Die Beschlüsse des 6. Ausschusses näherten sich wieder der Konzeption des alten Rechts an. Zwar wurde die Fassung des Diskussionsentwurfes, des Konsolidierten Diskussionsentwurfes und des Regierungsentwurfes in § 651 S.1 und S.2 BGB-RA übernommen, jedoch wurde folgender Satz 3 hinzugefügt: „Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, daß an die Stelle der

[1261] Roth, JZ 2001, S. 543 (546)

Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.“[1262] Die seit dem Diskussionsentwurf aufgegebene ***Differenzierung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen*** wurde damit wiedereingeführt. Bei vertretbaren beweglichen Sachen gelte Kaufrecht, bei nicht vertretbaren Sachen gelte ebenfalls Kaufrecht, ergänzt durch die in Satz 3 genannten werkvertraglichen Normen. Grund für diese Änderung war ein Einwand des Bundesrates, daß es zumindest bei Verträgen über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen der Anwendung werkvertraglicher Vorschriften bedürfe, weil das Kaufrecht auf Fallgestaltungen, bei denen sich die Umstände während der Herstellung der Sache ändern könnten, nicht zugeschnitten sei. So enthalte beispielsweise das Kaufrecht keine dem § 650 BGB a.F. entsprechende Vorschrift über eine Unterrichtungspflicht bei Abweichung von einem Kostenvoranschlag.[1263]

[1262] RA in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 527
[1263] Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks 14/6857, 38; GÄBReg, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1042

D. Das neue Recht

I. Neuerungen

§ 651 BGB n.F. gestaltet das bisherige System des Werkvertragsrechts grundlegend um:

Nach § 651 BGB n.F. finden nunmehr in Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 343 f.) auf alle Verträge, die die Herstellung oder Erzeugung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Anders als bisher (s.S. 322 f.) spielt die Frage, ob der Produzent oder der ***Kunde den Stoff liefert,*** aus dem die Sache hergestellt wird, keine Rolle mehr. Verpflichtet sich z.B. der Schneider aus einem vom Kunden gestellten Stoff einen Mantel herzustellen, so handelt es sich um einen Kaufvertrag. Damit wird dem nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestehenden unmittelbaren Umsetzungsbedarf genüge getan.

Hingegen ist die ***Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen*** (s.S. 322 f.), die der Diskussionsentwurf im Anschluß an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 341 f.) fallen ließ, entsprechend den Beschlüssen des 6. Rechtsausschusses (s.S. 344 f.) in der endgültigen Gesetzesfassung zu Recht wiedereingeführt worden. Die Abgrenzung ist aber im Hinblick auf die weitgehende Angleichung der Rechtsfolgen nur noch von geringer Bedeutung.[1264] Wie bisher findet auf die Herstellung vertretbarer Sachen uneingeschränkt Kaufrecht Anwendung, § 651 I S.1 BGB n.F. Demgegenüber besteht bei Verträgen über die Herstellung von nicht vertretbaren Sachen eine Gemengelage von Kauf- und Werkvertragsrecht. Lediglich der Schwerpunkt hat sich gegenüber dem alten Recht verschoben. Während dort insbesondere für den Bereich der Gewährleistung ausschließlich Werkvertragsrecht galt, richtet sich nunmehr auch die Haftung für Sachmängel nach den Vorschriften über den Kauf (§ 434 ff

[1264] Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (398); Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (646 Rn. 49)

BGB n.F. bzw. §§ 474 ff. BGB n.F. beim Verbrauchsgüterkauf).[1265] Damit werden z.B. Verträge über die Lieferung herzustellender Spezialmaschinen oder von Individualsoftware dem Kaufrecht unterstellt.[1266] Die hat zur Folge, daß dem Besteller das Recht zur Selbstvornahme, § 637 BGB n.F., nicht mehr zusteht.

Gemäß § 651 I S.3 BGB n.F. kommen daneben einige werkvertragliche Vorschriften zur Anwendung, vornehmlich um in bezug auf diesen Vertragstypus bestehenden Regelungslücken des Kaufrechts zu schließen: So gelten die Regelungen über die Mitwirkungspflicht des Bestellers (§ 642 BGB n.F.), das Kündigungsrecht des Unternehmens bei unterlassener Mitwirkung (§ 643 BGB n.F.), die Verantwortlichkeit des Bestellers (§ 645 BGB n.F.), das Kündigungsrecht des Bestellers (§ 649 BGB n.F.) und der Kostenvoranschlag (§ 650 BGB n.F.), jedoch mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446, 447 BGB n.F. maßgebliche Zeitpunkt tritt. Denn bei Verträgen über die Herstellung von nicht vertretbaren Sachen bestünden – anders als beim Kaufvertrag – bereits vor Übergabe der Sache zwischen den Vertragsparteien hinsichtlich des Herstellungsprozesses wechselseitige Abhängigkeiten[1267].

Durch die umfangreiche Verweisung auf das Kaufrecht ist der ***Anwendungsbereich des Werkvertragsrechtes nunmehr geschmälert*** worden[1268]: Dem Werkvertragsrecht unterfallen nur noch Verträge über unkörperliche Werke, wie z.B. Erstellung eines Gutachtens, Planungsleistungen, Gestaltung von Werbekonzepten oder künstlerischen Leistungen. Weiter sind hier Werkverträge zu nennen, die auf die Herstellung oder Erzeugung unbeweglicher Sachen gerichtet sind. Dies betrifft insbesondere die Errichtung eines mit dem Grundstück fest verbundenen Gebäudes (§ 94 I BGB) und das Einfügen von beweglichen Sachen in ein Gebäude, so daß sie wesentliche Bestandteile des Gebäudes

[1265] Vorwerk, BauR 2002, S. 165 (180)
[1266] Raiser, AnwBl 2001, S. 402 (403)
[1267] vgl. die Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks 14/6857, 38; GÄBReg, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1042; Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch, S. 626 (647)

werden (§§ 93, 94 II BGB). Schließlich gehören hierher Verträge über die Reparatur, Wartung oder Bearbeitung einer Sache, wenn der Wert der Bearbeitung den der Sache übersteigt.[1269]

Nach der Regelung des § 434 II S.1 BGB n.F. liegt ein kaufrechtlicher Sachmangel auch dann vor, „wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist“. Der ***Kaufvertrag mit Montageverpflichtung*** soll, wie bereits die Begründung des Diskussionsentwurfes zeigt (s.S. 343 f.), ohne Einschränkungen zwei Fallgruppen erfassen[1270]: Zum einen Fälle, in denen durch die unsachgemäße Montage ein Sachmangel herbeigeführt wird, zum anderen Fälle, in denen allein die Montage fehlerhaft ist, die montierte Sache hingegen hiervon unberührt bleibt.

Diese Bewertung des Kaufvertrages mit Montageverpflichtung unterscheidet sich von der Bewertung nach altem Recht (s.S. 325 f.). Zwar wurde bei einem Sachmangel aufgrund fehlerhafter Montage einer vertretbaren, selbständigen Sache, die nicht einen übermäßigen Aufwand erforderte, nach herrschender Ansicht ebenfalls Kaufrecht angewendet. Bei nicht vertretbaren Sachen, bei Sachen, die durch die Montage wesentlicher Bestandteil einer Hauptsache werden, oder solchen Sachen, bei denen die Montage einen übermäßigen Aufwand erfordert, galt hingegen Werkvertragsrecht. Auch bei nur fehlerhafter Montage galt bezüglich der Montage grundsätzlich Werkvertragsrecht.

II. Beibehaltung der alten Rechtslage

Zur Umsetzung von Art. 2 III 2.Var. VbrKfRL (s.S. 337) ordnet § 651 S.2 BGB n.F. an, daß § 442 I S.1 BGB n.F. auf Werklieferungsverträge i.S.d. §

[1268] Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (434)

[1269] Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (434); Sienz, BauR 2002, S. 181 (190); Hk-BGB/Ebert (2. Aufl.), § 651 Rn. 2; Huber/Faust-Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 427 Rn. 4; Ott, MDR 2002. S. 361 (363)

[1270] Dauner-Lieb/Heidel/ Lepa/Ring/Raab (1.Aufl.), § 651 Rn. 6 ff.; Roth JZ 2001, S.543 (547); Zimmer/Eckhold, Jura 2002, S. 145 (147); Zerres, JA 2002, S. 713 (717); HK-BGB/Saenger (2. Aufl.), § 434 Rn. 18; Hk-BGB/Ebert (2. Aufl.), § 651 Rn. 5; Oechsler, SchR BT, S. 70 Rn. 103; Huber/Faust/Huber, S. 306, Rn. 52; Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 361 Rn. 498

651 I BGB a.F. entsprechend anzuwenden sei. Gemeint ist hiermit, daß dem Besteller keine Rechte wegen eines ***Mangels*** zustehen sollen, wenn dieser auf den ***von ihm gelieferten Stoff zurückzuführen*** ist.[1271]

Diese Formulierung in mehrfacher Hinsicht mißglückt:

Da § 442 I S.1 BGB n.F. auf die Kenntnis des Mangels abstellt, könnte man die Formulierung dahingehend mißverstehen, daß ein Ausschluß der Gewährleistungsansprüche Kenntnis des Bestellers von der Verursachung des Mangels durch den vom Besteller gestellten Stoff bedeute. Dies ist aber, wie die Entstehungsgeschichte (Umsetzung des Art. 2 III 2.Var. VbrKfRL) zeigt, nicht gewollt.[1272] Da bereits nach bisherigem Recht galt, daß ein Mangel dem Unternehmer nicht anzulasten ist, wenn der Mangel durch den vom Besteller gelieferten Stoff verursacht ist (s. S. 332 f.) handelt, es sich bei § 651 S. 2 BGB n.F. lediglich um eine gesetzliche Klarstellung.

Ferner legt die Verweisung auf § 442 Abs. 1 S.1 BGB n.F. „sind ausgeschlossen“ nahe, daß diese Rechtsfolge auch bei einem Zusammentreffen mit einem Mangel von Zutaten des Auftragnehmers, fehlerhafter Verarbeitung oder einer Verletzung von den Unternehmer treffenden Prüfungs- und Hinweispflichten hinsichtlich des Stoffes gilt. Man wird wohl, auch ohne daß der Wortlaut dies klarstellt und obgleich diese Frage in den Gesetzesentwürfen nicht angesprochen wurde, von einer Beibehaltung der bisherigen Rechtslage ausgehen können. Den Unternehmer kann eine Mitverantwortung treffen, so daß er nicht von der Einstandspflicht für Mängel freigestellt wird, sondern die mitwirkende Verursachung gemäß § 254 BGB bzw. § 254, 242 BGB dem Besteller entgegenhalten werden kann.[1273]

[1271] Reinkenhof, Jura 2002, S. 433 (434); Schudnagies, NJW 2002, S. 396 (398); Hk-BGB/Ebert (2.Aufl.), § 651 Rn. 3

[1272] Sienz, BauR 2002, S. 181 (191)

[1273] so auch Staudinger/Peters (2003), § 651 Rn. 18

Schließlich ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine Haftungsminderung nicht ebenso eintritt, wenn die Mängel des Stoffes zu einem Rechtsmangel führen oder einer der anderen von § 645 Abs.1 BGB n.F. erfaßten Tatbestände, wie die fehlerhafte Anweisung bei der Ausführung, vorliegt. Hier erscheint eine analoge Anwendung des § 651 S.2 BGB n.F. notwendig. [1274] Für Rücktritt und Minderung kommt dieses Prinzip bereits in § 323 Abs. 6 BGB n.F. zum Ausdruck.

III. Fortbestehende Probleme des alten Rechts

Die Frage, für welche Verträge der ***Begriff des Werklieferungsvertrages*** verwendet wird (s.S. 331 f.), ist weiterhin streitig.

Der Diskussions-[1275] und der Regierungsentwurf[1276] äußern sich diesbezüglich explizit: Durch die Angleichung von Kauf- und Werkvertragsrecht sei das „Bedürfnis nach einem gesonderten Typus des Werklieferungsvertrages“ entfallen. Dieser Ansicht ist auch Schlechtriem[1277] gefolgt.

Die überwiegende Literaturansicht[1278] zum neuen Recht verwendet hingegen den Begriff Werklieferungsvertrag für den gesamten Anwendungsbereich des § 651 BGB n.F., d.h. für alle Verträge, die auf die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen gerichtet sind. Dieser Terminologie kann nur gefolgt werden, wenn man „Lieferung“ wirtschaftlich und nicht rechtlich im Sinne einer Übereignung an den Auftraggeber gemäß §§ 929 ff. BGB versteht. Denn für den *Werklieferungs*vertrag ist gerade die Gemengelage typisch, daß zum einen die Übereignung (Werk*lieferungs*vertrag), zum anderen die Herstellung des Werkes (*Werk*lieferungsvertrag) geschuldet ist: Liefert jedoch der Besteller den Stoff, so erwirbt er Eigentum an dem Werk gemäß § 950 I BGB

[1274] Staudinger/Peters (2003), § 651 Rn. 18
[1275] DiskE: in Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 311
[1276] RegE: in Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 914
[1277] Jauernig/Schlechtriem (10. Aufl.), § 651 Rn. 1;
[1278] Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 356 Rn. 628; ebenso Palandt/Bassenge (62. Aufl.), § 951 Rn. 10; Huber/Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 427 Rn. 3 ff.; Dauner-Lieb/Heidel/ Lepa/Ring/Niehuus (1. Aufl.), § 651 Rn. 6 ff.; Jauernig/Jauernig (10. Aufl.) (Letzterer legt offenbar noch die alte Rechtslage zu Grunde; denn Jauernig zitiert § 651 II, der im neuen Recht nicht mehr existiert)

a.F., da der Besteller gemäß der Verkehrsanschauung regelmäßig als „Hersteller“ i.S.d. Norm anzusehen ist.[1279] Die Übereignungsverpflichtung des § 433 I BGB a.F. ist bei solchen Verträgen sinnwidrig.

Vorzuziehen wäre es jedoch, mit der Begründung zu den Gesetzesentwürfen den Terminus ganz fallen zu lassen. Auch die amtliche Überschrift verwendet ihn im Gegensatz zu derjenigen des alten Rechts nicht mehr, sondern formuliert allgemeiner: „Anwendung des Kaufrechts“.

Die bisher beim Bauträgervertrag diskutierte Frage, ob auf die ***Veräußerung eines neu errichteten Gebäudes*** Kaufrecht oder Werkvertragsrecht zur Anwendung komme, ist entgegen dem Vorschlag von Keilholz (s.S. 282) keiner gesetzlichen Regelung zugeführt worden. Mit der Harmonisierung des Kauf- und Werkvertragrechtes – insbesondere im Hinblick auf die Einführung des Nacherfüllungsanspruches und -rechtes, §§ 437 Nr.1., 439 BGB n.F., den Ausschluß der sofortigen Wandelung oder Minderung im neuen Kaufrecht und die einheitliche Verjährungsfrist von 5 Jahren, § 438 I Nr.2 a bzw. § 634 a I Nr.2 BGB n.F. – dürfte diese Frage nicht mehr eine solch entscheidende Rolle spielen wie bisher.

Jedoch bleiben Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht in der Bedeutung der Abnahme, in den Auswirkungen der Mitwirkungshandlung des Bestellers und der Möglichkeit zur sofortigen Kündigung des Vertrages nach § 649 BGB n.F bestehen.[1280] Ob die Rechtsprechung daher von der dogmatisch schwer begründbaren Anwendung des Werkvertragsrechtes auf die Mängel des Bauwerkes künftig abrücken wird, bleibt abzuwarten.[1281] Bei teilweise hergestellten Bauwerken wäre zwar eine Aufspaltung in einen nach Kaufrecht zu beurteilenden, bereits hergestellten und einem noch zu errichtenden Teil, auf den

---

[1279] BGHZ 14, 114 (117)

[1280] Teichmann, ZfBR 2002, S. 13 (20)

[1281] Ebenso Hertel, DNotZ 2002, S. 6 (18 f.) mit einem Beispielsfall; Lorenz/Riehm, Neues SchR, S. 356 Rn. 628; a.A. offenbar: Hk-BGB/Ebert (2.Aufl.), § 651 Rn. 5, der weiterhin die alte Rechtsprechung, d.h. die gemischte Anwendung von Kauf- und Werkvertragsrecht, für einschlägig hält.

Werkvertragsrecht Anwendung findet, denkbar. Eine solche Rechtsprechung wäre jedoch in der Praxis nur schwer zu handhaben.[1282]

Vorzugswürdig erscheint es, mit Peters[1283] von einer einheitlichen Anwendung von Kaufrecht auszugehen, wobei ergänzend das Recht zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuß gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB n.F. anzuwenden ist, da diese im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht fehlen. Im übrigen kann die im Werkvertragsrecht bedeutsame Abnahme durch die Annahme als Erfüllung ersetzt werden, wobei der Erwerber die Leistung bei Mängeln auch gemäß § 363 BGB zurückweisen kann. An die Stelle des § 640 II BGB n.F. tritt der ebenso sachgerechte § 442 BGB n.F. Hierbei kommt es zu einer hinzunehmenden Haftungserleichterung für den Bauträger, da die Haftung bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Erwerbers ausgeschlossen ist, es sei denn, es liegt eine Garantie oder ein arglistiges Verschweigen des Bauträgers vor.

IV. Systemwechsel oder behutsame Weiterentwicklung ?

Die Neufassung des § 651 BGB n.F. geht im Wesentlichen auf den Diskussionsentwurf (s.S. 341 ff.) zurück, der sich wiederum an die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s.S. 334 ff.) anlehnte. Sie führt zu einer Verschiebung des Schwerpunktes im Bereich der Grenzfälle zwischen Kauf- und Werkvertrag hin zum Kaufvertrag. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Weiterentwicklung einer bereits im alten Recht angelegten Tendenz, sondern um einen Bruch mit dem bisherigen System. § 651 BGB a.F. lag eine nach dem Inhalt der Leistungspflicht differenzierende Systematik zu Grunde: Während beim Kauf die Beschaffung, d.h. die Besitz- und Eigentumsübertragung, der – in der Regel – bereits fertigen Sache geschuldet wird, § 433 I BGB (a.F./n.F.), steht beim Werkvertrag die erfolgsbezogene Herstellungspflicht im Mittelpunkt, § 631 I BGB (a.F./n.F.). Folgerichtig wurde die Herstellung einer beweglichen Sache aus vom Besteller zu beschaffenden Stoff ebenso als Werkvertrag eingestuft, wie der Fall, daß der Besteller lediglich „Zutaten“ oder

[1282] So auch Hertel DNotZ 2002, S. 6 (19); Teichmann, ZfBR 2002, S. 13 (20)
[1283] Staudinger/Peters (2003), § 651 Rn. 5

„sonstige Nebensachen“ liefert, § 651 II BGB a.F (es geht um die Herstellung einer Sache, nicht um deren Übereignung). Bei Herstellung nicht vertretbaren Sache aus einem Stoff des Unternehmers, z.B. Maßanfertigung eines Anzuges, kam ebenfalls überwiegend Werkvertragsrecht zur Anwendung, § 651 I S. 2 HS 1 BGB a.F. (hier geht es ebenfalls vorrangig um die in der Regel zeitaufwendige Herstellung für eine bestimmte Person; der Warenumsatz tritt in den Hintergrund, da bei Nichtabnahme durch den Besteller kein oder nur ein sehr beschränkter Absatzmarkt vorhanden ist). Bei der Herstellung vertretbarer Sachen aus Stoff des Unternehmers war Kaufrecht anzuwenden (hier geht es primär um Besitz- und Eigentumsverschaffung; bei Nichtabnahme durch den Kunden ist ein Absatzmarkt vorhanden). Diese Systematik wird im neuen Recht aufgegeben. Das neue Recht wendet auf alle Verträge über die Herstellung beweglicher Sachen Kaufrecht – teils ergänzt durch werkvertragliche Normen – an, § 651 BGB n.F. Ob die Herstellungsverpflichtung oder die Verpflichtung zur Besitz- und Eigentumsverschaffung den Schwerpunkt bildet, ist unerheblich.

V. Stimmigkeit der Konzeption des neuen Rechts ?

Die Neukonzeption der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag vermag nicht zu überzeugen.

Daß sich insgesamt der Schwerpunkt der Einordnung der Grenzfälle zwischen Kauf und Werkvertrag in Richtung Kaufrecht verschoben hat, erklärt sich zwar in gewisser Weise daraus, daß der Grund Werkvertragsrecht statt Kaufrecht anzuwenden (die Schwächen der alten kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts wie kein Nacherfüllungsanspruch und nadelöhrartiger Zugang zum Schadensersatz), nunmehr entfallen ist. Da infolgedessen nun Kauf und Werkvertrag im Hinblick auf die Gewährleistungsrechte weitgehend gleichwertig nebeneinander stehen, hätte um so mehr Anlaß bestanden, nicht mehr im Hinblick auf die Rechtsfolgen, sondern unter dogmatischen Gesichtspunkten die Abgrenzung zu treffen. Anknüpfungspunkt einer dogmatisch stimmigen Abgrenzung muß dabei, wie oben dargelegt (s.S.), die Leistungspflicht sein.

Wenig passend erscheint daher zunächst die Zuordnung der Herstellung einer beweglichen neuen Sache ***aus Stoffen des Kunden*** zum Kaufrecht**.** Hier muß die Sache zum einen nicht übereignet werden – geht doch das Eigentum gemäß § 950 BGB durch die fremdnützige Verarbeitung auf den Kunden über[1284] –, zum anderen steht die erfolgsbezogene Herstellungspflicht im Vordergrund. Der Kunde, der einen feinen Wollstoff kauft und anschließend aus ihm einen Anzug fertigen läßt, wird sich wundern, wenn er erfährt, daß er den zu einem Anzug verarbeitenden Stoff vom Schneider erneut „kauft". Hier wäre ein Festhalten an der bisherigen werkvertraglichen Lösung vorzugswürdig gewesen. Dem stand auch nicht die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen, obgleich sie einheitlich „Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter" als Kaufvertrag wertet. Denn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verlangt keine Eins-zu-eins-Umsetzung, sondern lediglich, daß die von ihr vorgesehenen Verbraucherrechte eröffnet werden. Da die werkvertraglichen Verbraucherrechte ohnehin an die Richtlinie angepaßt wurden, wäre eine Anwendung der werkvertraglichen Regelung, ergänzt durch Sondernormen für den Fall des Zurückbleibens des Werkvertragsrechts hinter den Richtlinienvorgaben (so z.B. fehlende Gewährleistungshaftung für Werbeangaben), vorzugswürdig gewesen.

Ebenso vermag die generelle Zuordnung des ***Kaufs mit Montageverpflichtung*** zum Kaufrecht nicht zu überzeugen. Stellt nämlich die Montage den Schwerpunkt der geschuldeten Leistung dar, so spricht die dargestellte Systematik für eine Anwendung des Werkvertragsrechts. Auch vermag die Begründung des Regierungs- sowie Diskussionsentwurfes (s.S. 343 ff.) nicht zu überzeugen, da sich diese auf die Entscheidung BGH NJW 1998, S. 3197 bezieht, die einen Fall betrifft, in dem die Montage nicht den Schwerpunkt der geschuldeten Leistung darstellt.[1285] Nicht gefolgt werden kann gleichwohl Westermanns[1286] Forderung einer berichtigenden

[1284] BGHZ 14, 114 (116)
[1285] Westermann, NJW 2002, S. 241 (244); ebenso Jauernig/Berger (10. Aufl.), § 434 Rn. 18
[1286] Westermann, NJW 2002, S. 241 (244); ebenso Jauernig/Berger (10. Aufl.), § 434 Rn.

Auslegung des § 434 II S.1 BGB n.F. dahingehend, daß, wenn die Montage den Schwerpunkt der geschuldeten Leistung bildet, nach wie vor Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt. Zwar erscheint diese Auffassung sachgerecht, jedoch ist sie weder mit dem Wortlaut des § 434 II S.1 BGB n.F., noch der Begründung des Diskussions- und Regierungsentwurfes, die eine solche Differenzierung nicht enthalten, zu vereinbaren.[1287]

In der Sache ist zwar eine Schmälerung der Gewährleistungsrechte wegen ***Mängeln des vom Kunden gelieferten Stoffes***, wie sie § 651 I S. 1 BGB n.F. vorsieht, sachgerecht und systemkonform. Sie ist Ausdruck des in § 254 BGB zum Ausdruck kommenden Gedankens der Begrenzung der Haftung entsprechend den Verursachungsbeiträgen der anderen Seite. Aufgrund des mißverständlichen Wortlautes und der fehlenden Einbeziehung der übrigen von § 645 I BGB n.F. erfaßten Tatbestände sowie der Haftung für Rechtsmängel erscheint § 651 I S. 1 BGB n.F. dennoch kritikwürdig.

18

[1287] ebenso: Dauner-Lieb/Heidel/ Lepa/Ring-Raab (1. Aufl.), § 651 Rn. 6 ff.; Roth JZ 2001, S.543 (547); Zimmer/Eckhold, Jura 2002, S. 145 (147); Zerres, JA 2002, S. 713 (717); HK-BGB/Saenger (2. Aufl.), § 434 Rn. 18; Hk-BGB/Ebert, § 651 Rn. 5; Oechsler, SchR BT S. 70 Rn. 103; Huber/Faust/Huber, S. 306 Rn. 52; Lorenz/Riehm, Neues SchR,

Schlußbetrachtung

S. 261 Rn. 449

Die vorliegende Arbeit versteht sich als ein grundlegender Beitrag zu einem besseren Verständnis des neuen Werkvertragsrechts. Sie verfolgt dabei im Wesentlichen drei Ziele: Zum einen hat sie sich zum Ziel gesetzt, das neue Recht aus seiner Genese heraus zu erklären und hierbei der Frage nachzugehen, ob das neue Recht in seiner Gesamtheit überwiegend eine behutsame Weiterentwicklung des alten Rechts oder einen Systembruch darstellt und ob, und wenn ja, in welcher Weise das neue Recht die unterschiedlichen Konzeptionen des alten Rechts, der Gutachten und Gesetzesentwürfe kombiniert (A.). Darüber hinaus sollte die Schuldrechtsreform an ihren eigenen Zielsetzung, der Vereinfachung der Rechtsanwendung, gemessen werden und untersucht, ob die Streitfragen des alten Rechts behoben sind sowie ob und inwiefern sich gerade aus der Beseitigung von Differenzierungen des alten Rechts neue Probleme ergeben (B.). Schließlich sollte nach der Stimmigkeit des neuen Rechts in seiner Gesamtkonzeption gefragt werden (C.).

A. Behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel?

Betrachtet man das neue Werkvertragsrecht in seiner Gesamtheit, so läßt sich ein grundlegender Systemwechsel nicht feststellen.[1288] Auf den ersten Blick erscheinen zwar die Neuerungen umfassend, da alle Normen des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts umgestaltet wurden. Eine genauere Untersuchung des alten Rechts und der Entwicklungslinien zum neuen Recht hat jedoch gezeigt, daß es sich in der Regel nur um eine klärende Fortschreibung des alten Rechts, um die Entscheidung von Streitfragen, um „guten Wein in gar nicht so alten Schläuchen“[1289] handelt.

Dies gilt – was verwundern mag – auch für die gravierendste Änderung des neuen Werkvertragsrechts, die *Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungsrecht.* Auf den ersten Blick ist man geneigt, von einem grundlegenden Systemwechsel zu sprechen. Das alte Recht regelte die Sachmängelhaftung abweichend von der allgemeinen Haftung für Leistungsstörungen in Form eines unverbundenen Neben-

[1288] so auch Medicus, in: Dauner-Lieb/Konzen, S. 61 (61, 70)
[1289] Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 15 (133)

einanders in §§ 633 ff. BGB a.F.: Nach Abnahme des Werkes konnte der Besteller nicht mehr Erfüllung in Form der Neuherstellung des Werkes verlangen; statt dessen gab es eigenartige, verschuldensunabhängige Ansprüche auf Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung des Werklohnes (Minderung). Diese Regelungen hatten historische kaufrechtliche Wurzeln, die der Gesetzgeber auch dem Werkvertragsrecht zugrundelegte.[1290] Das neue Recht ist demgegenüber durch die Rückführung der Rechtsbehelfe des Bestellers auf die Rechtsinstitute des allgemeinen Leistungsstörungsrechts geprägt: Die Wandelung wird zu Rücktritt gemäß §§ 323 ff., 346 ff. BGB n.F., die Minderung zum Gestaltungsrecht, und die Schadensersatzansprüche richten sich nach den §§ 280 ff. BGB n.F. Ausgangspunkt der Ankoppelung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts an das allgemeine Leistungsstörungsrecht ist dabei die Pflicht zur sachmangelfreien Lieferung gemäß § 633 Abs. 1 BGB n.F. sowie der Verzicht auf eigenständige, spezielle Rechtsbehelfe im Werkvertragsrecht – mit Ausnahme der Selbstvornahme und der Minderung . Dies führt dazu, daß jede sachmangelhafte Leistung ein Fall der Verzögerung der mangelfreien Leistung oder der anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung darstellt – Gewährleistungsrecht wird als Unmöglichkeits- bzw. Verspätungsrecht definiert.[1291] Gleichwohl ist diese Denkkategorie nicht völlig neu, hatte doch der historische Gesetzgeber[1292] des BGB im Anschluß an Mommsen[1293] die Schlechtleistung ebenfalls als teilweise Unmöglichkeit

---

[1290] Motive II, § 569, S. 486; sie basierten auf den Edikten der kurulischen Ädilen, den Trägern der Marktpolizei in Rom, die wegen des oftmals betrügerischen Verhaltens von Sklaven- und Viehhändlern diese verpflichteten, bestimmte Mängel des verkauften Stücks zu deklarieren, und berechtigten bei deren Nichtvorhandensein zur Rückgängigmachung des Kaufvertrages mittels actio redhibitoria oder zur Anpassung des Kaufpreises an den Minderwert der Kaufsache im Wege der actio quanti minoris (Kaser, RPR, S. 558 ff., § 131; Haymann, Haftung des Verkäufers, S. 22 ff.)

[1291] Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 5 (65)

[1292] Motive II, S. 27 f. § 240, S. 49: „Wird die Leistung zufolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder (quantitativ oder *qualitativ*) theilweise unmöglich, so ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden zu ersetzen."

[1293] Der Gesetzgeber knüpfte an die Unmöglichkeitslehre von Mommsen an, der die Unmöglichkeit („Unmöglichkeit der Leistung", 1853) zur zentralen Figur seines ganzen Systems der Leistungsstörung erhob. Eine „theilweise Unmöglichkeit" besteht nach Mommsen auch darin, daß „der Schuldner [..] den Gegenstand seinem äußeren Umfange nach leisten [Anm.: kann]; er [...] aber eine Verpflichtung, die ihm in Betreff der Qualität der zu leistenden Sache obliegt, nicht erfüllen" kann. (Mommsen, Unmöglichkeit der

gesehen. Auch kannte das alte Werkvertragsrecht im Gegensatz zum Kauf bereits die Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung als Hauptleistungspflicht, §§ 631 I, 633 I BGB a.F., verfügte mithin bereits über den Anknüpfungspunkt für das Verständnis des Gewährleistungsrechts als Nichterfüllungsrecht.[1294] Ferner wichen die Regelungen der Mängelhaftung im Werkvertragsrecht, im Gegensatz zu denjenigen beim Kauf, von den Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nicht grundlegend ab: Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB a.F. setzte ebenso wie im allgemeinen Leistungsstörungsrecht (§§ 325, 326 BGB a.F.) *Vertretenmüssen* i.S.d. § 276 ff. BGB a.F. sowie eine *Nachfristsetzung* – es sei denn, es lag Unmöglichkeit vor – voraus.[1295] Die Wandelung, § 634 BGB a.F., war ebenso wie der Rücktritt im allgemeinen Schuldrecht, § 326 BGB a.F., nur unter der Voraussetzung der *Nachfristsetzung* möglich.[1296] Pointiert könnte man daher das alte werkvertragliche Gewährleistungsrecht wie folgt charakterisieren: Es „handelt sich dabei um nichts, als um das allgemeine System des Rechts der Nichterfüllung, mit einigen Anpassungen an die Besonderheiten des Falls“.[1297]

Auch lassen sich im Bereich der zentralen Voraussetzung der Sachmängelhaftung, dem *Sachmangelbegriff*, kaum grundlegende Neuerungen ausmachen. Der *Sachmangelbegriff* in § 633 Abs. 2 S. 1, 2 BGB n.F. entspricht weitgehend dem seit geraumer Zeit ohnehin bereits herrschenden subjektiven Fehlerbegriff, wenngleich dieser im alten Werkvertragsrecht in

---

Leistung, S. 193 ff.)

[1294] Soergel/Teichmann, Vor § 633 Rn. 1; die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, wenn das Werk nicht rechtzeitig hergestellt worden ist, wäre also konsequent gewesen. Den hier entstehenden Konflikt zwischen Gewährleistungsrecht und allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen hat der historische Gesetzgeber nicht entschieden und in dieser Schärfe wohl auch nicht erkannt (Motive II, S. 478 ff.).

[1295] Demgegenüber war im Kaufrecht für den Schadensersatzanspruch weder erforderlich noch ausreichend, daß der Verkäufer den Sachmangel im Sinne des allgemeinen Schuldrechts zu vertreten hatte. Ferner war beim Kauf die dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht fremde Unterscheidung zwischen schlichtem Fehler und zugesicherter Eigenschaft maßgeblich. Im ersteren Fall war der Käufer zur Wandelung und Minderung berechtigt, im zweiten Fall stand ihm statt dessen wahlweise auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Ebenso bedurfte es für den Schadensersatzanspruch auch keiner Fristsetzung, selbst dann nicht, wenn der Mangel durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu beseitigen war.

[1296] Im Kaufrecht dagegen setzte die Wandelung keine Nachfristsetzung voraus.

der Rechtsprechung nicht ganz so konsequent wie im Kaufrecht durchgehalten wurde (s.S. 11). Im Rahmen der Bestimmung der Sollbeschaffenheit kommt wie bisher den *allgemein anerkannten Regeln der Technik* auf der Ebene ausdrücklicher, stillschweigender Beschaffenheitsvereinbarungen bzw. der vertraglich vorausgesetzten Verwendungen sowie der gewöhnlichen Verwendungen weiterhin Bedeutung zu (s.S. 71). Auch die Streichung der *„zugesicherten Eigenschaften“* aus dem Sachmangelbegriff ist nur eine Reaktion auf den sich bereits im alten Recht abzeichnenden Bedeutungsverlust dieser Kategorie aufgrund der Anerkennung des subjektiven Fehlerbegriffes (s.S. 104). Da das minus im alten Recht bereits zumindest teilweise dem Gewährleistungsrecht unter-stellt wurde (s.S. 139), stellt ebenso § 633 II S. 3, 2.Var. BGB n.F. nur eine Fortentwicklung einer bereits im alten Recht angelegten Tendenz dar. Wirklich neu, so daß man von einem Systemwechsel sprechen kann, ist lediglich die Einbeziehung des aliud in den Sachmangelbegriff, § 633 II S. 3, 1. Var. BGB n.F.: Statt wie bisher Nichterfüllungsrecht kommt nunmehr Gewährleistungsrecht zu Anwendung.

Ein ähnliches Bild der Fortführung bereits vorhandener Entwicklungen zeichnet sich auf der *Rechtsfolgenseite* ab: So waren etwa die Einordnung des Nacherfüllungsanspruches als modifizierter Erfüllungsanspruch, die Frage nach dem Inhalt des Mängelbeseitigungsanspruches und das Wahlrecht im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches bereits im alten Recht angelegt (s.S. 170). Gleiches gilt beispielsweise für die Einordnung von Rücktritt und Minderung als Gestaltungsrechte (s.S. 230) sowie bei der Minderung für die Berechnungsmethode, die Möglichkeit der Schätzung und den für die Wertbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt (s.S. 266). Im Bereich des Schadensersatzes haben sich insbesondere hinsichtlich der Kumulation von Rückgängigmachung des Vertrages bzw. Minderung und Schadensersatz, hinsichtlich der einschränkenden Voraussetzung der Erheblichkeit des Mangels und hinsichtlich der Beweislast beim Verschulden die bereits im alten Recht hierzu vertretenen (Minder-) Ansichten durchgesetzt (s.S. 314).

[1297] Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 1 Rn. 1

Demgegenüber stellt die Neufassung des *§ 651 BGB a.F.* einen Bruch mit dem bisherigen an den Leistungspflichten orientierten Abgrenzungssystem im Grenzbereich zwischen Kauf- und Werkvertrag dar (s.S. 352 f.). Alle Verträge, die auf die Herstellung einer beweglichen Sache gerichtet sind, werden nunmehr dem Kaufrecht unterstellt.

Steht damit fest, daß bei einer Gesamtbetrachtung ein grundlegender Systemwechsel zu verneinen ist – angesichts der Vielzahl der Neuerungen fallen der Systembruch beim aliud sowie § 651 BGB n.F. nicht so sehr ins Gewicht – und daß das neue Recht eine Kombination von Lösungsansätzen zu im alten Recht bestehenden Problemen und Streitfragen darstellt, so bleibt noch resümierend festzuhalten, daß diese Lösungsansätze keiner Gesamtkonzeption entstammen. Der Gesetzgeber ist weder einheitlich dem Ansatz der Rechtsprechung oder einer bestimmten Literaturansicht zum alten Recht, etwa einzelnen Kommentarwerken, gefolgt, noch hat sich eines der gesetzesvorbereitenden Gutachten durchgehend durchsetzen können – festgestellt werden kann lediglich, daß insbesondere die Gutachten von Weyers, Basedow, Teichmann und Huber das neue Recht entscheidend mitgeprägt haben. Der Gesetzgeber hat sich bei der Lösung der Probleme des alten Rechts von den vorgetragenen Argumenten leiten lassen und versucht, jeweils eine dogmatisch passende, interessengerechte und / oder praktikable Lösung herbeizuführen. Dabei wurde die Diskussion insbesondere auf der Ebene der Interessenwertung sowie der dogmatischen Stimmigkeit geführt.

B. Vereinfachung der Rechtsanwendung?

Motor der Schuldrechtsreform war von Anfang an die Formel, daß „die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Leistungsstörungsrecht in wichtigen Teilen nicht als gelungen bezeichnet werden können“[1298], da sie vielfach zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Unklarheiten bei der Rechtsanwendungen führten. Die Schuldrechtsreform zielte damit insbesondere auch auf eine Verbesserung der Praktikabilität des neuen

[1298] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 71

Rechts, auf Modernisierung durch Vereinheitlichung und Vereinfachung ab.[1299] Daß dieses Vorhaben überwiegend als gelungen bezeichnet werden kann, hat die vorliegende Arbeit gezeigt.[1300] Eine Reihe von Streitfragen des alten Rechts wurde einer kodifikatorischen Lösung zugeführt und damit die „Schere zwischen Gesetzestext und tatsächlich praktiziertem Recht“[1301] mit der Folge eines Zugewinnes an Rechtssicherheit und Transparenz geschlossen.

Hervorgehoben werden soll hier lediglich nochmals ein Themenkomplex, der dem Gesetzgeber besonders am Herzen lag: Die Abgrenzung von pVV und § 635 BGB n.F. Zwar muß im neuen Recht weiterhin zwischen Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz abgegrenzt werden. Da die Abgrenzung durch die Vereinheitlichung der Verjährung in § 634 a BGB n.F. erheblich an Schärfe verloren hat und die Abgrenzung zwischen engem und weitem Mangelfolgeschaden entfallen ist, kann das neue Recht gleichwohl als ein Fortschritt bezeichnet werden.

C. Stimmigkeit des neuen Rechts in seiner Gesamtkonzeption ?

Eine Vereinfachung der Rechtsanwendung muß nicht notwendig zu einer in sich stimmigen Gesamtkonzeption des neuen Rechts führen. Ein einfaches Gesetz kann dogmatisch widersprüchlich sowie äußerst ungerecht und interessenwidrig sein.

Die Güte eines Gesetzes zeigt sich insbesondere darin, inwiefern es über den zu erfassenden Regelungsgegenstand hinaus allgemeinen Rechts-

---

[1299] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 76 ff.

[1300] Ebenso: Graf v. Westphalen, ZIP 2005, S. 51, der dem Gesetzgeber im Rückblick von drei Jahren eine „große Leistung“ attestiert und feststellt, „daß sich die Praxis per Saldo ganz gut mit den neuen Erfordernissen der Rechtsfindung und der Rechtsanwendung zurechtgefunden hat“; Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung, S. 5 (137) , der „aus einer reichhaltigen Lehrpraxis an der Deutschen Richterakademie und vielen Sonderveranstaltungen sowohl in der Anwaltschaft als auch in der Richterschaft“ berichtet, die zeige, „daß sich das eben doch gar nicht so neue Recht auch bei `Praktikern´ erstaunlich schnell vermitteln lasse.“

[1301] Dauner/Lieb, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 3 (13)

prinzipien der jeweiligen Materie Geltung verleiht.[1302] Dem „Gesetzgeber muß die vollständigste Anschauung des organischen Rechtsinstituts vorschweben, wenn das Gesetz seinem Zweck entsprechen soll, und er muß durch künstlichen Prozeß auf diese Totalanschauung die abstracte Vorschrift des Gesetzes bilden.“[1303] Daß der Gesetzgeber dieser Maxime gefolgt und es ihm daher gelungen ist, eine auch in ***rechtsdogmatischer*** Hinsicht weitgehend überzeugende Lösungen zu präsentieren, wurde gezeigt. Ein „substantieller Verlust an Niveau“[1304] konnte nicht konstatiert werden. Ganz im Gegenteil kommen im neuen Recht für das Zivil- und Werkvertragsrecht bedeutsame Grundprinzipien weitaus stärker als bisher zum Ausdruck, so daß sogar von einem rechtsdogmatischen Fortschritt gesprochen werden kann.

Zunächst wäre hier der Grundsatz der ***Privatautonomie*** zu nennen. Sie überläßt es dem einzelnen, seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung durch Rechtsgeschäft eigenverantwortlich zu gestalten. Für das Zivilrecht ist ein entscheidender Maßstab, in welchem Maß das Gesetz die Privatautonomie der Vertragspartner wahrt, in welchem Umfang es also der Gestaltungsbefugnis den Primat zuerkennt.[1305] Dieser Grundsatz kommt in der *subjektiven Bestimmung* des Sachmangels voll zur Geltung. Die Sollbeschaffenheit des Werkes wird in erster Linie durch die Vereinbarung der Parteien bestimmt – hat sich der Besteller eine bestimmte Beschaffenheit mittels vertraglicher Vereinbarung nicht gesichert, so kann er bei deren Fehlen nicht einwenden, das Werk weise einen Mangel auf. Dieser Gedanke wird auf der Ebene der Werbeangaben – keine Haftung für nicht in den Vertrag aufgenommene *Werbeangaben* (s.S. 55) –, der allgemein anerkannten Regeln der Technik – Haftung für ein den *allgemein anerkannten Regeln der Technik* entsprechendes, aber vertragswidriges Werk (s.S. 71) –, sowie des *aliud* und *minus* – die Herstellung eines anderen oder quantitativ minderen Werkes ist vertragswidrig und damit mangelhaft (s.S. 121, 140) konsequent fortgeführt.

[1302] Schmidt, Rechtspolitik, S. 9 (15 ff., 30 f.)
[1303] Savigny, System Römischen Rechts, S. 44
[1304] Altmeppen, DB 2001 , S. 1131
[1305] Picker, JZ 2003, S. 1035

Andererseits sollte nicht verschwiegen werden, daß es im neuen Recht auch gegenläufige Tendenzen der Einschränkung der Privatautonomie gibt, wie sie sich in § 635 III BGB n.F. zeigen (s.S. 179 f.).

Ferner gehört das Prinzip der ***Vertragsbindung –*** pacta sunt servanda –, zu den unverzichtbaren Grundstrukturen des Vertragsrechts. Die Vertragsparteien müssen sich an ihren Erklärungen festhalten lassen, die Verträge sind entsprechend der Vereinbarung durchzuführen und können nicht durch einseitige Erklärung gelöst werden. Dieses kommt nicht nur im Bestehenbleiben des ursprünglichen Erfüllungsanspruches auf Herstellung eines mangelhaften Werkes in modifizierter Form zum Ausdruck (s.S. 171), sondern auch in dem Nebeneinander von Neuherstellungs- und Nachbesserungsanspruch (s.S. 176 f.). Ferner entspricht diesem Prinzip der Vorrang der Nacherfüllung vor allen anderen anderen Sekundärrechten. Insofern erscheinen auch die Verortung des Selbstvornahmerechts auf der Sekundärebene (s.S. 196) und das Fristsetzungserfordernis beim Schadensersatz (s.S. 316) konsequent.

Ebenso liegt dem deutschen Privatrecht das ***Verschuldensprinzip*** zugrunde, welches besagt, daß der Schuldner für Leistungsstörungen nur haftet, wenn er die Störung durch ein vorwerfbares Verhalten verursacht oder zumindest mitverursacht hat. Dieses ist, wie der historische Gesetzgeber bereits feststellte, beim Werkvertrag von besonderer Bedeutung, da der Besteller wegen der Zukunftsbezogenheit des Werkes das Risiko des Auftretens eines Sachmangels weniger sicher einzuschätzen vermag als der Verkäufer, der die bereits produzierte Kaufsache auf etwaige Mängel prüfen kann. Dem hat der Gesetzgeber durch sein Festhalten am verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch sowie die Streichung der Kategorie der zugesicherten Eigenschaft und die klare Verortung der Garantie als qualifizierte Zusicherung im Rahmen des § 276 Abs. 1 BGB n.F. (s.S. 105) Rechnung getragen.

Schließlich ist noch das werkvertragliche Prinzip der „***Erfolgshaftung***“ zu nennen. Das Wesensmerkmal der werkvertraglichen Verpflichtung des

Unternehmers besteht in der Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges. Im Gegensatz zum Dienstvertrag ist nicht nur ein Tätigwerden geschuldet. Kennzeichnend für den Werkvertrag ist die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmers; er übt seine Tätigkeit in eigener Verantwortung und unter Einsatz eigener Arbeitsmittel und Fachkenntnisse aus und trägt das unternehmerische Risiko für das Gelingen des geschuldeten Arbeitsergebnisses. Dieser Grundsatz kommt insbesondere im Plädoyer des Gesetzgebers für die Tragung des Risikos von Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik durch den Unternehmer (s.S. 73) zur Geltung, ebenso aber auch etwa in der Entscheidung für den Neuherstellungsanspruch als Bestandteil des Nacherfüllungsanspruches (s.S. 176), dem Festhalten an dem Recht zur Rückgängigmachung des Vertrages (s.S. 233 f.) sowie der Beweislast bezüglich des Verschuldens des Unternehmers (s.S. 316 f.).

Gleichwohl hat die Untersuchung gezeigt, daß im Detail auch dogmatische Unstimmigkeiten begegnen. Insbesondere die Neuregelung des § 651 BGB n.F. vermag in dogmatischer Hinsicht nicht zu überzeugen (s.S. 353 f.).

Darüber hinaus kann festgehalten werden, daß das neue Werkvertragsrecht in ***rechtspolitischer*** Hinsicht weitgehend zu interessengerechten Ergebnissen führt. Insbesondere die konsequente Durchführung des *sub-jektiven Fehlerbegriffes* ist geeignet, hierzu einen Beitrag zu leisten: Die Parteien haben es in der Hand, ihren Vorstellungen und Interessen im Vertrag Ausdruck zu verleihen und so die Sollbeschaffenheit des Werkes zu bestimmen. Ferner ist hier vor allem die neugeschaffene Möglichkeit der *Kumulation von Rücktritt bzw. Minderung und Schadensersatz* (s.S. 315) sowie die Einführung einer *Erheblichkeitsgrenze beim Schadenser-satz statt der Leistung* (s.S. 316) hervorzuheben. Kein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen von Besteller und Unternehmer ist dem Gesetzgeber hingegen bei seiner Entscheidung gegen eine *Bagatellegrenze* im Rahmen des Fehlerbegriffes (s.S. 36, 30 f.) sowie derjenigen gegen die Haftung für Werbeaussagen gelungen (s.S. 55 f.).

Anhang:

Überblick über die Geschichte der Schuldrechts-reform

I. Die Anfänge der Reformbestrebungen

Die Ursprünge des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts gehen in die 70er Jahre zurück. Erste konkrete Überlegungen zur Neuordnung des Schuldrechts kamen in Zusammenhang mit den Vorbereitungen des AGB-Gesetzes auf.[1306] So schlug der bayerische Justizminister Hillermeier im Jahre 1976 vor, zu prüfen, inwieweit das Vertragsrecht „veraltet, unzulänglich, lückenhaft und reformbedürftig“ sei und regte die Einsetzung einer Kommission beim Bundesminister der Justiz an.[1307] Auch die Justizverwaltungen der Länder Bayern, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein–Westfalen und Schleswig-Holstein hatten sich im gleichen Sinne geäußert.[1308] Entscheidend war jedoch die Initiative des Bundesjustizministers Hans-Jochen Vogel: Dieser teilte in der Bundestagssitzung vom 25.1.1978 mit, daß im Bundesjustizministerium bereits Überlegungen zur Überarbeitung des Schuldrechts angestellt würden.[1309] Die Idee einer Schuldrechtsreform trug der Bundesjustizminister ebenso auf dem 55. Deutschen Juristentag vor.[1310]

II. Die Gutachten zur Schuldrechtsreform

Das Bundesministerium der Justiz leitete im Jahre 1979 die Vorprüfungen für eine Schuldrechtsreform ein, indem es von 24 Wissenschaftlern und Praktikern Gutachten einholte. Sie sind als „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“ in den Jahren 1981 (Band I und II) und 1983 (Band III) veröffentlicht worden. Die Gutachten hatten den Auftrag, jeweils einen Teilbereich des Schuldrechts auf seine Reformbedürftigkeit hin zu untersuchen. Hierbei sind für die vorliegende Arbeit insbesondere die Gutachten von Ulrich Huber, „Leistungsstörungen“[1311], Hans-Leo Weyers, „Werkvertrag“[1312], und von Kurt Keilholz, „Baurecht“[1313], von Bedeutung.

[1306] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 14
[1307] Hillermeier, BB 1976, S. 725 (727)
[1308] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 14; Kötz, 60. DJT/ II/1, S. K 9 (K 11)
[1309] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 14
[1310] Auszug aus der Rede Vogels auf der Eröffnungssitzung des 55. DJT in: Wolf, ZRP 1978, S. 249 (249); ebenso Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 1 (13)
[1311] Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 - 909
[1312] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1115 - 1207

Diese Gutachten fanden in der wissenschaftlichen Diskussion ein lebhaftes Echo.[1314] Insbesondere die Zivilrechtslehrervereinigung widmete dem Thema Schuldrechtsreform eine Sondertagung.[1315] Dabei konstatierte der Diskussionsbericht zu dem einleitenden Grundsatzreferat eine Stimmung „skeptischer Aufgeschlossenheit".[1316]

III. Die Schuldrechtskommission

Im Anschluß an die Veröffentlichung der Gutachten setzte der Bundesminister der Justiz, Hans A. Engelhard, eine Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts ein, die sich am 2.2.1984 konstituierte. Ihre Mitglieder wurden nach Beteiligung der Länder sowie der Bundesrechtsanwaltskammer und der Bundesnotarkammer vom Bundesminister der Justiz ernannt.[1317] Der von der Schuldrechtskommission erarbeitete ***Kommissionsentwurf*** (***KE***)[1318], der im Dezember 1991 vom Bundesminister der Justiz, Klaus Kinkel, veröffentlicht wurde, unterbreitete einen Vorschlag zur Änderung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts sowie des Verjährungsrechts. Für die Reform des Kauf- und Leistungsstörungsrechts orientierte sich die Kommission stark am UN-Kaufrecht (CISG: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods).

Nach der Auflösung der Schuldrechtskommission wurde das Thema nochmals auf dem 60. Deutschen Juristentag im September 1994

[1313] Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III, S. 241 - 333

[1314] Vgl. die Beiträge von Heinrichs, Reform des Verjährungsrechts, NJW 1982, S. 2021 (2021 ff.); Schünemann, Wandlungen des Vertragsrechts, NJW 1982, S. 2027 (2027 ff.); Hübner, Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung, in: NJW 1982, S. 2041 (2041 ff.)

[1315] Zu Grundfragen der Schuldrechtsreform: Lieb, AcP 183 (1983), S. 327 (327 ff.); zu pVV und cic: Picker, AcP 183 (1983), S. 369 ff.; zu Konkurrenzen allgemeines Leistungsstörungsrecht – Gewährleistungsrecht: Vollkommer, AcP 183 (1983), S. 525 (525ff.) , zu Delikts- und Gefährdungshaftung: Leser, AcP 183 (1983), S. 568 (568 ff.); zu Nichtvertraglicher Haftung außerhalb des Schadens- und Bereicherungsrechts: Hopt, AcP 183 (1983), S. 608 (608 ff.)

[1316] Hönn, in AcP 183 (1983), S. 366

[1317] Ihre Mitglieder sind aufgeführt in: KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 14 f.

[1318] KE, Abschlußbericht der Kommission, S. 42 ff.

behandelt[1319], führte dann jedoch ein Schattendasein. Weder kam es zu einer breiten Diskussion in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit, noch wurde der Kommissionsentwurf zum Gegenstand einer Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung. Dies lag wohl daran, daß alsbald der Eindruck entstand, mit einer Umsetzung des Kommissionsentwurfes sei nicht mehr zu rechnen. Die Aufbruchsstimmung war einer „diffusen Gleichgültigkeit“ gewichen.[1320]

IV. Der Diskussionsentwurf, der Konsolidierte Diskussionsentwurf und die Neufassung des Verjährungsrechts

Diese Gleichgültigkeit endete am ***4.8.2000*** „mit einem Paukenschlag“[1321], als das Bundesministerium der Justiz den ***„Diskussionsentwurf*** eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ (DiskE) der Öffentlichkeit zugänglich machte[1322]. Anlaß für das Wiederaufgreifen des Reformprojektes war der Erlaß von zwei Richtlinien der Europäischen Union, welche in deutsches Recht umzusetzen waren: Die Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999 (sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) und die Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29.6.2000. Für deren Transformation in deutsches Recht war eine Frist bis zum Ablauf des 31.12.2001 bzw. 7.7.2002 gesetzt worden.

Der Diskussionsentwurf verfolgte somit eine doppelte Zielsetzung: Zum einen sollten die Richtlinien umgesetzt werden, zum anderen die

---

[1319] Der Kommissionsentwurf war Gegenstand der Beratung der zivilrechtlichen Abteilung. Dabei hatte der Juristentag keine neuen Gutachten eingeholt, sondern stellte den Abschlußbericht der Kommission zur Diskussion: Zu dem Thema „Empfiehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?“ äußerten sich die Referenten, Kötz, 60. DJT/ II/1, S. K 9- K 26; Joussen, 60. DJT/II/1, S. K 29 - 44 und Brüggemeier 60. DJT/II/1, S. K47 - K 96; die zusammenfassenden Tagungsberichte zum 60. DJT stellen im Grundsatz weitgehende Zustimmung zu dem Kommissionsentwurf fest (vgl. 60. Dtsch. Juristentag: Der Tagungsverlauf, NJW 1994, S. 3069 (3070); und Frielé, JZ 1995 S. 189 (190)

[1320] Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 1 (15 f.)

[1321] Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 1 (16)

Modernisierung des Schuldrechts in wesentlichen Teilen vorangetrieben werden.[1323] Als Grundlage des Diskussionsentwurfes dienten die Vorschläge der Schuldrechtskommission, welche teilweise in Gesetzeswortlaut und Begründung unverändert übernommen wurden, teilweise aber auch einer grundlegenden Änderung unterzogen wurden[1324].

Von Anfang an war der Diskussionsentwurf erheblicher Kritik ausgesetzt. Insbesondere auf dem von Ernst und Zimmermann organisierten Symposium in Regensburg vom 17. und 18. November 2000 wurde von Seiten der Wissenschaft die Notwendigkeit einer umfangreichen Überarbeitung des Diskussionsentwurfes festgestellt.[1325] Dieser Ansicht schlossen sich auch die Teilnehmer des im Januar 2001 am Zentrum für Europäische Privatrechtsgeschichte in Münster stattfindenden Symposiums mit dem Thema „Die Schuldrechtsform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts“ an.[1326]

Das Bundesministerium der Justiz reagierte auf die Kritik mit der Einsetzung einer Expertenkommission[1327] für das Leistungsstörungsrecht, die im Zeitraum vom 17.1.2001 bis 29.8.2001 tagte. Ihre Beschlüsse dienten als Grundlage für die am ***6.3.2001*** vorgelegte „***Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes*** eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ (KonDiskE).[1328]

Diese konsolidierte Fassung wurde auf einer Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30. und 31.3.2001 in Berlin erneut

---

[1322] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 3 - 347
[1323] DiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 66
[1324] Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. IX
[1325] Die Beiträge des Symposiums sind veröffentlicht in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform; für die vorliegende Arbeit sind insbesondere die Referate von Seiler, „Das geplante Werkvertragsrecht I“, ebd., S. 263 ff., und Peters, „Das geplante Werkvertragsrecht II“, ebd., S. 277 ff. von Interesse; zur Tagung selbst: Gsell/Rüfner, NJW 2001, S. 424 (424 ff.); Jakobs, JZ 2001, S. 27 (27 ff.)
[1326] Die Beiträge des Symposiums sind veröffentlicht in: Schulze/Nöltke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts; hierzu der Tagungsbericht, Link JZ 2001, S. 453 (453 f.)
[1327] Ihre Mitglieder sind in Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. X Fn. 8 aufgezählt.
[1328] KonDiskE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 349 – 419

kontrovers diskutiert.[1329] Im Anschluß an die Tagung forderten am 12.4.2001 acht Hochschullehrer zu einer gemeinsamen Erklärung auf, in welcher die Reform in der bisherigen Form abgelehnt werden sollte. Dieser Aufforderung kamen über 250 Zivilrechtslehrer nach. Sie fand aber auch deutlichen Widerstand.[1330]

Parallel zu der Expertenkommission für das Leistungsstörungsrecht tagte in der Zeit zwischen dem 15.1.2001 und dem 29.8.2001 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe[1331]. Sie beschäftigte sich mit allen Themen des Reformprojekts einschließlich des Leistungsstörungs- und Verjährungsrechts. Dieser Bund-Länder-Arbeitsgruppe legte das Bundesministerium der Justiz am 22.3.2001 eine „***Neufassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Verjährungsrecht –***“ (NeuFDiskVR) vor.[1332] Sie war ursprünglich nur als Tischvorlage gedacht, alsbald aber an die Öffentlichkeit gelangt und im Internet zugänglich.[1333]

V. Der Regierungsentwurf, der Entwurf des Rechtsausschusses und die Verabschiedung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

Ohne daß der Protest der Wissenschaft Beachtung fand, wurde das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet. Die Bundesregierung verabschiedete am ***9.5.2001*** den nochmals überarbeiteten „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“, den sog. ***Regierungsentwurf (RE)***[1334], und übersandte diesen am 11.5.2001 dem Präsidenten des Bundesrates. Parallel dazu wurde ein gleichlautender Fraktionsentwurf von SPD und

---

[1329] so die Beiträge von: Roth JZ 2001, S. 475 (475 ff.); Ulmer, JZ 2001, S. 491 (491ff.); Canaris, JZ 2001, S. 499 (499 ff.); Westermann, JZ 2001, S. 530 ff.; Roth JZ 2001, S. 543 (543 ff.);Leenen, JZ 2001, S. 552 (552 ff.)

[1330] Canaris, DB 2001, S. 1815 (1820)

[1331] Ihre Mitglieder sind in Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. X, Fn. 9 u. 10 aufgeführt.

[1332] NeuFDiskVR, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 421 - 425

[1333] vgl. dazu Zimmermann/Mansel/Ernst, JZ 2001, S. 684 (685 f.)

[1334] RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 429 – 565; Begründung des RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 569 – 934 [BT-Drucks 14/6857 = BR-Drucks 338/01]

BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in den Deutschen Bundestag eingebracht.[1335]

Der Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens schloß sich am 2. und 4.7.2001 eine Sachverständigenanhörung durch den Rechtsausschuß des Bundestages an.[1336] Am ***13.7.2001*** unterbreitete der Bundesrat in seiner „***Stellungnahme des Bundesrates***" (***StellBR***) weitere Änderungsvorschläge.[1337] Diesen Änderungen stimmte die Bundesregierung in ihrer „***Gegenäußerung der Bundesregierung***" (***GÄBReg***) im wesentlichen zu.[1338]

Es folgte eine erneute Überarbeitung des Regierungsentwurfes unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung durch den federführenden 6. Ausschuß. Zur Mitberatung wurden der „Ausschuß für Wirtschaft und Technologie", der „Ausschuß für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft", der „Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung" sowie der „Ausschuß für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen" hinzugezogen. Am ***25.9.2001*** verabschiedete der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages seine Beschlußempfehlung und seinen „***Bericht des Rechtsausschusses***" (***RA***) an den Deutschen Bundestag.[1339]

Schließlich verabschiedete der Bundestag das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz am 11.10.2001 in der Fassung des Rechtsausschusses (BerRA) in zweiter und dritter Beratung mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen und der PDS gegen die Stimmen der CDU/CSU und FDP. [1340] Der Bundesrat stimmte diesem am 9.11.2001 zu.[1341] Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde am 26.11.2001 verkündet und trat am 1.1.2002 –

[1335] FrE, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 429, Fn. 2 [BT-Drucks 14/6040]
[1336] Dauner/Lieb, DStR 2001, S. 1572 (1574 f.)
[1337] StellBR, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 935 – 993 [BR-Drucks 338/01 = BT-Drucks 14/ 6857, 6 (Anlage 2)]
[1338] GÄBReg, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 995 – 1049 [BT-Drucks 14/6857 (Anlage 3)][BT-Drucks. 14/6857, 42 (Anlage 3)]
[1339] RA, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1051 – 1127 [BT-Drucks 14/7052]
[1340] BT-Prot. 14/192, S. 18765 A

unter Wahrung der Umsetzungsfrist der Richtlinie 1999/44/EG – in Kraft.

[1341] BR-Drucks. 819/01

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AblEG	Amtsblatt EG
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BerRA	Bericht des Rechtsausschusses
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-DiskE	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Diskussionsentwurfes
BGB-KE	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Kommissionenwurfes
BGB-KonDiskE	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Konsolidierten Diskussionsentwurfes
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGB-RA . . . . . des	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Rechtsauschusses deutschen Bundestages
BGB-RE	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Regierungsentwurfes

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrats- Drucksache
BSchR	Schuldrecht, Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BT-Prot.	Bundestags-Protokolle
bzw.	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
cm	Zentimeter
D.	Digesta
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DIN	Norm des Deutschen Instituts für Normung e.V.
DiskE	Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dok.	Dokumente
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E I/II	Entwurf I oder II
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EKG	Einheitliches Gesetzbuch über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen
EP	Europäisches Parlament
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FrE	Fraktionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
FS	Festschrift
FG	Festgabe
GÄBReg	Gegenäußerung der Bundesregierung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk-BGB	Handkommentar BGB
h.L.	herrschende Lehre
HS	Halbsatz
i.S.d.	im Sinne des
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KE	Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1992
kg	Kilogramm
KfZ	Kraftfahrzeug
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KonDiskE	Konsolidierter Diskussionsentwurfes
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mm	Millimeter
MünKomm . . .	Münchener Kommentar
NeuFDiskVR . .	Neufassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechts-modernisierungsgesetzes - Verjährungsrecht -
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtssprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgericht in Zivilsachen
pr.	principium
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
pVV	Positive Vertragsverletzung
qm	Quadratmeter
RA	Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rn.	Randnummer
RE	Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Rechtsgerichts in Strafsachen
RGRK	Reichsgerichtskommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie

Rn.	Randnummer
röm.	römisch(e)
RPR	Römisches Privatrecht
RsprBau	Schäfer/Finnen/Hochstein, Rechtsprechung zum privaten Baurecht
S.	Satz
SchR	Schuldrecht
SchR BT	Schuldrecht, Besonderer Teil
SEK	Dokumente des Generalsekretariats der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutsche Staaten
StellBR	Stellungnahme des Bundesrates zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
s.S.	siehe Seite
UN	United Nations
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VDE	Verein Deutscher Elektrotechniker
VDI	Verein Deutscher Ingenieure
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VOB/A und B . . .	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A und B
VbrKfRL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
Vorbm.	Vorbemerkungen
VuR	Verbraucher und Recht
WarnR	Warneyer, Die Rechtssprechung des Reichsgerichts
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht, Wertpapiermitteilungen Teil IV
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäische Praxis
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

MATERIALIEN- UND LITERATURVERZEICHNIS

I) MATERIALIEN

1) MATERIALIEN DES DEUTSCHEN GESETZGEBERS

MUGDAN II

Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zit.: Mugdan II)

MOTIVE II

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Leipzig 1888 (zit.: Motive I)

PROTKOLLE I

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichs-Justizamts, bearbeitet von Achilles, Spahn, Gebhard, Band I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897 (zit.: Protokolle I)

GUTACHTEN HUBER

Huber, Ulrich, Leistungsstörungen, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetztes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich ergeben?, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647 – 909 (zit.: Huber, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. I)

GUTACHTEN PETERS/ZIMMERMANN

Peters, Frank/Zimmermann, Reinhard, Verjährungsfristen, Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 77 – 373 (zit.: Peters/Zimmermann, in:

Gutachten und Vorschläge, Bd. I)

GUTACHTEN WEYERS

Weyers, Hans-Leo, Werkvertrag, Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten?,
in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, S. 1115 – 1207 (zit.: Weyers, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II)

GUTACHTEN KEILHOLZ

Keilholz, Kurt, Baurecht, Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten eines Bauvorhabens, soweit sie die Planung und Herstellung eines Bauwerks oder die Veräußerung eines für den Erwerber errichteten Bauwerks zum Gegenstand haben? Sollten baurechtliche Sonderentwicklungen des Zivilrechts außerhalb des BGB in die Kodifikation eingearbeitet werden?, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, S. 241 – 333 (zit.: Keilholz, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III)

ABSCHLUSSBERICHT KE

Bundesminister der Justiz Klaus Kinkel (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992 (zit.: KE, Abschlußbericht der Kommission)

DiskE

Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungs-gesetzes vom 4.8.2000,
in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 3 – 347 (zit.: DISKE, in: Canaris, Schuldrechts-modernisierung 2002)

KonDiskE

Bundesministerium der Justiz, Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf der Grundlage des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der hierzu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Beratungen der Arbeitsgemeinschaften zu den einzelnen Komplexen und der Kommission Leistungsstörungsrecht vom 6.3.2001, in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 349 – 419 (zit.: KonDiskE, in: Canaris, Schuldrechts-modernisierung 2002)

NeufDiskVR

Bundesministerium der Justiz, Neufassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Verjährungsrecht - vom 22.3.2001, in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 421 – 426 (zit.: NeufDiskE, in: Canaris, Schuldrechts-modernisierung 2002)

RE

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.5.2001 in: BT-Drucks. 14/7052 bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 429 – 565 (zit.: RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002)

Mit Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts in: BT-Drucks. 6857 = BR-Drucks. 338/01 bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 569 – 934 (zit.: RE, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002)

FrE

Entwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90 / Die Grünen eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts in: BT-Drucks. 14/7052 bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 429 – 565 (zit.: FrE, in: Canaris, Schuldrechts-modernisierung 2002)

StellBR

Stellungnahme des Bundesrates vom 13. 7.2001 in: Analage 2 zu BT-Drucks 14/6857 bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 935 – 993 (zit.: StellBR., in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002)

GÄBReg

Gegenäußerung der Bundesregierung in: Anlage 3 zu BT-Drucks. 14/6857 bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 995 – 1049 (zit.: GÄBReg, in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002)

RA

Bericht des Rechtsausschusses
in: BT-Drucks. 14/7052
bzw. in: Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente, München 2002, S. 1051 –1127 (zit.: RA , in: Canaris, Schuldrechts-modernisierung 2002)

2) MATERIALIEN DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT

GRÜNBUCH

Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15.11.1993,in: Dok. KOM (93) 0509, S, 1 - 120

ENTSCHLIEßUNG DES EP ZUM GRÜNBUCH

Entschließung des Europäischen Parlaments zum Grünbuch der Kommission über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, in: Abl. 1994/C 205 vom 25.7.1994, S. 526 - 565

STELLUNGNAHME DES WIRTSCHAFTS- U. SOZIALAUSSCHUSSES ZUM GRÜNBUCH

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, in: Abl. 1994/C 295 vom 22.10.1994, S. 14- 16

RICHTLINIENVORSCHLAG DER KOMMISSION VON 1996

Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, in: Abl. 1996/C 307 vom 16.10.1996, S. 8 – 11; mit Begründung, in: Dok. KOM (95) 520

STELLUNGNAHME DES WIRTSCHAFTS- U. SOZIALAUSSCHUSSES ZUM RICHTLINIENVORSCHLAG VON 1996

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“, in: Abl. 1997/C 66 vom 3.3.1997, S. 5-10

ENTSCHLIEßUNG DES EP ZUM RICHTLINIENVORSCHLAG VON 1996

Legislative Entschließung mit Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 10.3.1998 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und – garantien, in: Abl. 1998/C104 vom 6.4.1998, S. 30 - 40

RICHTLINIENVORSCHLAG DER KOMMISSION VON 1998

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und – garantien, in: Abl. 1998/C 148 vom 14.5.1998, S. 12 - 20

mit Begründung, Dok. KOM (98) 217

MITTEILUNG DER KOMMISSION ÜBER DEN GEMEINSAMEN STANDPUNKT
Mitteilung der Kommission über den gemeinsamen Standpunkt vom 25.9.1998, in: Dok SEK (98) 1552

GEMEINSAMER STANDPUNKT VON 1998
Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 51/ 98 vom Rat festgelegt am 24.9.1998 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: Abl. 1998/C 333, S. 46 - 55

BESCHLUSS DES EP ÜBER DEN GEMEINSAMEN STANDPUNKT VON 1998
Beschluß des Europäischen Parlaments vom 17.12.1998 über den gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. 1999/C 98 vom 9.4.1999, S. 226 - 230

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION VON 1999
Stellungnahme der Kommission vom 19.1.1999 gemäß Art. 189 b II d zur Abänderung des Gemeinsamen Standpunktes, in: Dok. KOM (99), 16

BESCHLUSS DES EP VON 1999
Beschluß des Europäischen Parlaments vom 5.5.1999 über den vom Vermittlungsausschuß gebilligten Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: Abl. 1999/C 279 vom 1.10.1999, S. 195 f.

RICHTLINIE 1999/44/EG
Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: Abl. 1999/L 171 vom 7.7.1999, S. 12 -16

II) LITERATURVERZEICHNIS

Acker, Wendelin/Konopka, Silvia Veronika, Schuldrechtsmodernisierung: Wandelung weicht Rücktritt im Werkvertragsrecht – Folgen für den Bauvertrag, in: BauR 2002, S. 1307 – 1314

Andres, Ingrid, Kaufrecht, in: Roland Schimmel, Dirk Buhlmann (Hrsg.), Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Neuwied 2002 (zit.: Andres, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch)

Armbrüster, Christian, Ein Schuldvertragsrecht für Europa, Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach „Maastricht“ und „Keck“, in: RabelsZ 69 (1996), S. 72 – 90

Atembrink, Fabian/ Schneider, Claudia, Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und – garantien, VuR 1996, S. 367 - 380

Atembrink, Fabian/Schneider, Claudia, Europäische Vorgaben für ein neues Kaufrecht und deutsche Schuldrechtsreform, in: VuR 1999, S. 293 – 301

Aue, Joachim, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung stillschweigender Zusicherungen, Dissertation Universität Heidelberg, Frankfurt, Bern, New York, Paris 1989 (zit.: Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht)

Aurnhammer, Hans Eberhard, Verfahren zur Bestimmung von Wertminderungen bei (Bau-) Mängeln und (Bau-)Schäden, in: BauR 1978, S. 356 – 367

Aurnhammer, Hans Eberhard, Wert und Bewerten; einige grundsätzliche Gedanken zum Wert-Problem, in: BauR 1981, S. 139 –151

Ballerstedt, Kurt, Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, in: Gotthard Paulus, Uwe Diedrichsen, Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Festschrift für Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 715 – 739 (zit.: Ballerstedt, FS Larenz)

Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Hubert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, München 2003 (zit.: Bamberger/Roth/ Bearbeiter)

Bären, Christian, Die Auslegung der überschießenden Umsetzung von Richtlinien am Beispiel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in: DB 2002, S. 375 - 376

Barmbring, Günter, AGB-Gesetz und Gewährleistungsregelungen im

Bauträgervertrag, in NJW 1978, S. 777 – 783

Basedow, Jürgen, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, Köln 1988 (zit.: Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts)

Basedow, Jürgen, Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht, in: FS Brandner, 1996, S. 651 ff.

Bauch, Fritz, Die dem Käufer und dem Verkäufer bei einem Quantitätsmangel der Kaufsache zustehenden Ansprüche, Dissertation an der Universität Weimar, Weimar 1906 (zit.: Bauche, Quantitätsmangel)

Behrendts, Okko, Das Bündnis zwischen Gesetzgebung und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen, in: Okko Behrendts/ Wolfram Hencke (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge Nr. 178 (1989) (zit.: Behrendts, Bündnis)

Berekoven, Ludwig, Grundlagen der Absatzwirtschaft: Darstellung: Darstellung, Kontrollfragen und Lösungen, 4. Auflage, Herne/Berlin 1989, (zit.: Berekoven, Absatzwirtschaft)

Biermann, Wilhelm, Die Klage des wandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB, in: AcP 95 (1904), S. 315 – 337

Bindhardt, Walter/Jagendburg, Walter, Die Haftung des Architekten, 8.Aufl. Düsseldorf 1981 (zit.: Bindhardt/Jagendburg, Haftung des Architekten)

Blaese, Dietrich, Der Erfüllungsanspruch und seine Konkretisierung im Werkvertrag, Düsseldorf 1988 (zit.: Blaese, Erfüllungsanspruch)

Blomeyer, Arwed, Der „Anspruch“ auf Wandelung und Minderung, in AcP 151 (1950/1), S. 97- 121

Boerner, Dietmar, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, in ZIP 2001, S. 2264 – 2273

Bötsch, Klaus/Jovicic, S., Erhöhter Schallschutz und die anerkannten Regeln der Technik, in: BauR 1984, S. 564 – 569

Bötticher, Eduard, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938 (zit.: Bötticher; Wandlung)

Brandner, Hans Erich, Referat : Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts, in: Ständigen Deputation des Deutschen

Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Abteilung I, Hamburg 1984, Band II (Sitzungsberichte), S. I 7- I 26 (zit.: Brandner, 55. DJT/ II, S. I 7 – I 26)

Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994 (zit.: Brechmann, Richtlinienkonforme Auslegung)

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, 26. Aufl., München 2001 (zit.: Brox/Walker, BSchR)

Brox, Hansx/Elsing, Siegfried, Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, in: JuS 1976, S. 1 – 8

Brüggemeier, Gert, Referat zu: Empfiehlt sich die von der Schulrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages, Abteilung K, Münster 1994, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), S. K 47- K 102 (zit.: Brüggemeier, 60. DJT/ II/1, S. K 47- 102)

Brüggemeier, Gert, Zur Reform des deutschen Kaufrechts – Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: JZ 2000, S. 529 – 538

Burow, Die ökonomische Analyse des Rechts, JuS 1993, S. 8 ff.

Caemmerer, Ernst von, Falschlieferung, in: Ernst von Caemmerer, Walter Hallstein, F.A. Mann, Ludwig Raiser, Festschrift für Martin Wolf, Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, S. 1- 22 (zit.: v. Caemmerer, FS Wolf)

Canaris, Claus-Wilhelm, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuld-rechtsmoderni- sierungsgesetz, in ZRP 2001, S. 329- 336

Canaris, Claus- Wilhelm, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte –, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum, 2002, 2003, S. 5 – 100 (zit.: Canaris, Neuregelung Leistungsstörungsrecht), S. 5 - 100

Canaris, Claus-Wilhelm, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechts-modernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, S. 1815 – 1821

Coase, Ronald, The Problem fo the Social Costs, deutsch: in Assmann/ Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 129 ff. (zit.: Coase, The Problem)

Coester-Waltjen, Dagmar, Die nichtvertragsgemäße Ware im Kaufrecht, in:

Jura 1997, S. 637 –641

Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, Frühzeit und Mittelalter, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1954

Cosack, Konrad/ Mitteis, Heinrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., Jena 1927 (Cosack/Mitteis, I)

Craushaar, Götz von, Der Liefer- und Montagevertrag, in: Walter Pastor (Hrsg.), Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, S. 17- 38 (zit.: Craushaar, FS Korbion)

Crome, Das System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1902 (zit.: Crome II)

Cuypers, Manfred, Zur Berechnung des Minderungsbetrages beim Bauvertrag, in: BauR 1993, S. 541- 557

Dauner-Lieb, Barbara, Arnold, Arndt, Noch einmal: Die Falschlieferung beim Stückkauf, in JuS 2002, S. 1175 – 1176

Dauner-Lieb, Barabara, Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer, DStR 2001, S. 1572 ff.

Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Lepa, Manfred/Ring, Gerhard, Anwaltskommentar Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Miet-recht, Bonn 2002 (zit.: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring)

Dauner-Lieb, Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechts-reform, in: ZIP 2002, S. 108 - 114

Deller, Patrick, Der „nach dem Vertrage“ vorausgesetzte Gebrauch (§ 459 Absatz 1 Satz 1 BGB), Eine kaufrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung rechtshistorischer wie rechtsvergleichender Grundlagen, Dissertation Universität Saarbrücken, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 2000 (Deller, Der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch)

Dernburg, Heinrich, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2, Halle 1915 (zit.: Dernburg II)

Diedrichsen, Uwe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschäden, in: AcP 165 (1965), S. 150 – 168

Diedrichsen, Uwe, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, in: AcP 182 (1982), S. 101- 125

Döbereiner, Walter, Schallschutz im Hochbau: Regeln der Technik und Literatur und Rechtsprechung (unter Berücksichtigung der DIN 4109

Entwurf Februar 1979), in: BauR 1980, S. 296 – 302

Dubischar, Roland, Grundsätze der Beweilastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: JuS 1971, S. 385 – 394

Ehmann, Horst/ Rust, Ulrich, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung der deutschen Schuldrechtskommission, in: JZ 1999, S. 853 – 864

Eidenmüller, Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, AcP 1997, S. 80 ff.

Eimer, Edgar, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Werkunternehmers bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften, in NJW 1973 S. 590 – 597

Emmerich, Heinrich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1899 (zit.: Emmerich, Kauf und Werklieferungsvertrag)

Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, Tübingen 1958 (zit.: Enneccerus/Lehmann)

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 7. bzw. 10. Auflage, Köln 2000 (zit.: Erman/Bearbeiter, (... Aufl.))

Erman, Walter, Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache, in JZ 1960, S. 41- 47

Ernst, Wolfgang, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZRP 2001, S. 1- 11

Ernst, Wolfgang/ Gsell, Beate, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, Gesetzesentwurf für eine „kleine“ Lösung bei der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichlinie, in: ZIP 2000, S. 1410 – 1427

Ernst, Wolfgang/ Gsell, Beate, Nochmals für die „kleine Lösung“, in: ZIP 2000, S. 1812 – 1816

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 8. Auflage, Heidelberg 1998 (zit.: Esser/Weyers, SchR II/1)

Fabricius, Fritz, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, 1. Teil, Vertragswidrige Lieferung beim Spezieskauf, in: JuS 1964, S. 1-11

Festge, Karsten-Heinrich, Die Blasbachtalbrücke und die VOB, ZfBR 1984, S. 6 – 8

Finkentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York 1997

(zit.: Finkentscher, SchR)

Fischer, Frank O., Probleme der Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bei Verweigerung der Nachbesserung (§ 634 Abs. 2 BGB), zit.: BauR 1995,S. 452 – 458

Fischer, Rudolf, Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, Düsseldorf 1985 (zit.: Fischer, Regeln der Technik)

Flessner, Axel, Richtlinie und Reform – Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: Stefan Grundmann, Dieter Medicus und Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln 2000, S. 233 – 249 (zit.: Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht)

Flume, Werner, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Darmstadt 1975 (zit.: Flume, Eigenschaftsirrtum)

Freiburg, Nina, Das Recht der Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlußgründe, Dissertation an der Universität Münster, Berlin 2001 (Freiburg, Recht der Vertragsaufhebung)

Freund, Ferdinand/Barthelmess, Jochen, Eigentumsverletzung durch Baumängel? In: NJW 1975, S: 281 – 289

Frielé, Reinhold, Der 60. Deutsche Juristentag in Münster vom 20.- 23. September 1994, S. Jz 1995, S. 189 –191

Funke, Gabriele, Kurzdarstellung der Änderungen des Werkvertragsrechts im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in der vom Bundestag am 11. Oktober 2001 beschlossenen Fassung, in: Klaus Kappellmann, Klaus Vygen (Hrsg.), Jahrbuch Baurecht 2003, S. 217 – 235 (zit.: Funke, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2002)

Gaier, Reinhard, Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: WM 2002, S. 1- 14

Gaier, Reinhard, Die Minderungsberechnung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 336 – 340

Ganten, Hans, Der Neuherstellungsanspruch des Bauherrn nach dem BGB unter besonderer Berücksichtigung der Fälle „bauseitiger“ Lieferung untauglichen Materials, in: BauR 1971, S. 161 – 171

Gierke, Klaus von/Paschen, Uwe, Mängelgewährleistung beim Unernehmenskauf, GmbHR 2002, S. 457 – 464

Gierke, Klaus von/ Reinersdorff, Wolfgang von, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln – BGHZ 67, 1 -, JuS 1978, S. 817 – 825

Gillig, Franz-Peter, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, Tübingen 1984 (zit.: Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung)

Greiner, Stefan, Ideelle Unzumutbarkeit Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollision im Zivilrecht, Berlin 2004 (zit.: Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit)

Grimm, Dieter, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung in: NJW 1968, S. 14 –18

Grimm, Jacob, Deutsche Rechtsaltertümer 1 (1899), Ludwig Erich Schmitt (Hrsg.), Jakob Grimm und Wilhelm Grimm, Werke, Forschungsausgabe, Abteilung I, Die Werke Jakob Grimm, Bd. 17, Hildesheim, Zürich, New York 1992

Gronstedt, Sebastian/Jörgens, Stefan, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, in : ZIP 2002, S. 52 - 65

Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts, ZEuP 1996, S. 399 ff.

Grunewald, Barbara, Eigentumsverletzung im Zusammenhang mit fehlerhaften Werkleistungen, in: JZ 1987, S. 1098 – 1104

Gsell, Beate, Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, in JZ 2001, S. 65 – 76

Gsell, Beate/ Rüfner, Thomas, Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001, in: NJW 2001, S. 424 – 426

Haas, Lothar, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertragsrecht, in: NJW 1992, S. 2389 – 2395

Haas, Lothar, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf – und Werkvertrags-recht, in: BB 2001, S. 1313 – 1321

Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/ Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, München 2002 (zit.: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Bearbeiter)

Hamann, C.A., Der Begriff der „allgemein anerkannten Regeln der Baukunst“ im Licht der Musterbauordnung, DB 1961, S. 701 f.

Handkommentar, Dörner, Heinrich/Eckert, Jörn/Hoeren, Thomas/Kemper,

Rainer/ Saenger, Ingo/ Schulte-Nölke, Hans, Schulze, Reiner/Staudinger, Ansgar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Baden Baden 2002 (HK-BGB/Bearbeiter)

Hänlein, Andreas, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, DB 1999, S. 1641 – 1647

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Mit Preisangabenverordnung, München 2004 (zit.: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearbeiter)

Haymann, Franz, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Erster Band, Studien zum klassischen römischen Recht, Berlin 1912 (zit.: Haymann, Haftung des Verkäufers)

Haymann, Franz, Fehler und Zusicherung beim Kauf, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1.Oktober 1929), Dritter Band: Zivil- und Handelsrecht (Fortsetzung), S. 317- 349 (zit.: Haymann, FG RG)

Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin/Schwaab, Fritz, Handkommentar zur VOB, Teil A und B, 4. Auflage, Wiesbaden , Berlin 1986 (zit.: Heiermann/Riedl/Rusam/ Schwaab/ Bearbeiter, VOB/A bzw. B)

Heilmann, Jan, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen interneren Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Dissertation Universität Hamburg, Berlin 1994 (zit.: Heilmann, UN- Kaufrecht)

Heinrich, Martin, Die Einwirkung der VOB auf den BGB-Bauvertrag im Bereich des Mängelrechts, in: BauR 1982, S. 224 – 235

Heinrichs, Helmut, Reform des Verjährungsrechts, in NJW 1982, S. 2021 – 2027

Henkel, Heinrich, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in: Engisch, Karl (Hrsg.) u.a., Festschrift für Mezger (1954), S. 249 ff. (zit.: Henkel, FS Mezger)

Hensche, Detlef, Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung, Dissertation an der Universität Bonn, Bonn 1975 (zit.: Hensche, Schadensersatz wegen Nichterfüllung)

Henssler, Martin, Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollision, in: AcP 190 (1990), S. 538 ff.

Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Kommentar, München 1991 (zit.: Herber/Czerwenka, CISG)

Herberger, Klaus, Rechtsnatur und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dissertation an der Universität Heidelberg, Berlin 1974 (zit.: Herberger, Rechtsnatur)

Hermann, Marc, Garantien beim Unternehmens- und Anteilskaufvertrag – Gestaltungs-möglichkeiten und Formulierungsvorschläge, in: ZIP 2002 S. 696 - 700

Herschel, Wilhelm, Rezension zu: Peter Marburger: Die Regeln der Technik im Recht, Köln, 1979, in: AcP 180 (1980), S. 611 – 618

Hertel, Christian, Werkvertrag und Bauträgervertrag nach der Schuldrechtsreform, in: DNotZ 2002, S. 6 –23

Heyers, K., Nachwirkungen des Mängelbeseitigungsanspruches nach seiner Verjährung, BauR 1970, S. 135 – 144

Hiddemann, Hans-Joachim, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, in: WM 1977, S. 1242 – 1255

Hilgard, Mark/Kraayvanger, Jan, Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantieversprechens nach der Reform, in: MDR 2002, S. 678 -683

Hillermeier, Karl, Freiheit und soziale Verantwortung im Vertragsrecht, in BB 1976, S. 725 – 727

Hirner, Matthias, Der Rechtsbehelf der Minderung nach dem UN-Kaufrecht (CISG), Dissertation Universität Freiburg, Frankfurt 2000 (zit.: Hirner, Rechtsbehelf der Minderung)

Hoche, Ulrich, Unstimmigkeiten im Verjährungsrecht, in: Kurt Kuchinke (Hrsg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag 25. März 1970, S. 241 –258 (zit.: Hoche, FS Lange)

Hochstein, Reiner, Werkvertragliche Gewährleistung bei der Veräußerung „gebrauchter“ oder für den privaten Eigenbedarf errichteter Immobilien? in: Peter Löffelmann, Hermann Korbion (Hrsg.), Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, S. 77 – 91 (zit.: Hochstein, FS Locher)

Höffe, Sybille, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf, Dissertation Universität Tübingen, Frankfurt 2002 (zit.: Höffe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)

Hommelhoff, Peter, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe für die Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 889 - 925

Hondius, Ewoud, Kaufen ohne Risiko – der europäische Richtlinienentwurf zum Verbrauchsgüterkauf und – Garantien, ZEuP 1997, S. 130- 140

Hönn, Günther, Diskussionsbericht zu: Lieb, Manfred, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, in: AcP 1983, (183), S. 327 – 366, in: AcP 183 (1983), S. 366 – 368

Honsell, Heinrich, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung im BGB, in: JZ 2001, S. 278 – 283

Hopt, Klaus J., Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsrecht, - Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung -, in: AcP 183 (1983, S. 608 - 720)

Huber, Peter/ Faust, Florian, Schuldrechtmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002 (zit.: Huber/Faust/Bearbeiter, Schuldrechtsmodernisierung)

Hübner, Ulrich, Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung, in: NJW 1982, S. 2041 –2048

Hutter, Max, Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware, nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, Regensburg 1988 (zit.: Haftung des Verkäufers)

Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann, VOB, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A und B, DIN 1960/61 (Fassung Dezember 1992) mit EG-Sektionenrichtlinie, Kommentar, 12. Auflage, Düsseldorf 1993 (zit.: Ingenstau/Korbion, VOB/A bzw. B))

Jagenburg, Walter, Die Entwicklung des privaten Baurechts im Jahre 1981, NJW 1982, S. 2412 – 2421

Jagenburg, Walter, Die Rechtssprechung zum privaten Bau- und Bauvertragsrecht im Jahre 1970, NJW 1971, S. 1425 – 1433

Jakobs, Heinrich, Tagungsbericht, Schuldrechtsmodernisierung, Impressionen von einem Symposium, in: JZ 2001, S. 27 – 30

Jakobs, Horst Heinrich, Die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zur Wandlung und Minderung, in: JuS 1974, S. 341 – 351

Jakobs, Horst Heinrich, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht, Otto

Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, S. 67 – 88 (zit.: Jakobs, FS Beitzke)

Jakobs, Horst Heinrich, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht, Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB und nach dem Einheitlichen Kaufrecht, München, Wien, Zürich, 1985 (zit.: Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht)

Jaques, Henning, Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf – zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n.F., in: BB 2002, S. 417 - 423

Jansen, Nils, Gewährleistung trotz Annahmeverzuges und Untergangs der Kaufsache?, in: ZIP 2002, S. 877 – 880

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2003 (zit.: Jauernig/Bearbeiter)

Jorden, Simone/Lehmann, Michael, Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, Zur geplanten Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG im Rahmen eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in: JZ 2001, S. 952 – 965

Joussen, Peter, Referat zu: Empfiehlt sich die von der Schulrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages, Abteilung K, Münster 1994, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), S. K 29- K 44 (zit.: Joussen, 60. DJT/ II/1, S. K 29-44)

Junker, Abbo, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch – Der Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, DZWiR 1997, S. 271 – 281

Kaiser, Gisbert, Aktuelle Rechtsfragen im privaten Baurecht – Teil 2 -, in: ZfBR 1985, S. 55 – 61

Kaiser, Gisbert, Das Mängelhaftungsrecht der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, Ein Lehr- und Handbuch für die Praxis mit einer Einführung in das VOB-Recht, 5.Aufl., Heidelberg 1986 (zit.: Kaiser, Mängelhaftungsrecht)

Kaiser, Gisbert, Der Begriff des „Fehlers“ und der „zugesicherten Eigenschaft“ im gesetzlichen Werkvertragsrecht, in: BauR 1983, S. 19 – 29

Kaiser, Gisbert, Der richtige Beurteilungszeitpunkt bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, BauR 1983, S.203 –210

Kamphausen, Andreas, Der optische Bau- und Wohnungsmangel, in: BauR 1995, S. 343 – 351

Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971 (zit.: Kaser RPR)

Keilholz, Kurt, Zur Neukonzeption des Werkvertragsrechts, in: Walter Pastor, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, S. 207 – 213 (zit.: Keilholz, in: FS Korbion)

Kemper, Ralf, Die Neuregelung der Mängelansprüche in § 13 VOB/B – 2002 – Kurze Darstellung der erfolgten und versäumten Änderungen und ihrer praktischen Konsequenzen, in: BauR 2002, S. 1613 – 1620

Kirchner, Wolfgang, Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, in: ZRP 1997, S. 290 – 294

Kleine-Möller, Nils/Merl, Heinrich/Oelmaier, Winfried, Handbuch des privaten Baurechts, München 1992 (zit.: Kleine-Möller/Merl/Oelmaier/Bearbeiter, Handbuch privates Baurecht)

Klingmüller, Ernst, Technischer Fortschritt in rechtlicher Wertung, in: Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 121 ff. (zit.: Klingmüller, FS Oftinger)

Knöpfle, Robert, Aliud-Lieferung beim Gattungskauf-, Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrecht ?, in: NJW 1989, S. 871 – 875

Knöpfle, Robert, Der Begriff des Fehlers im Sinne des § 459 I BGB, in: AcP 180 (1980), S. 462-506

Knöpfle, Robert, Fehler beim Kauf, München 1989 (zit.: Knöpfle, Fehler beim Kauf)

Knöpfle, Robert, Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, in JZ 1979, S. 11- 16

Knöpfle, Robert, Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht, in: JZ 1978, S. 121-128

Knott, Hermann J., Unternehmenskauf und Schuldrechtsreform, in: NZG 2002, S. 249 - 256

Knütel, Christian, Zur „Selbstvornahme“ nach § 637 Abs. 1 BGB n.F.: in BauR 2002, S. 689 – 694

Knüttel, Werner, Minderungsberechnung, in: Bauen, Planen, Recht,

Aktuelle Beiträge zum privaten Baurecht, Alfons Schulze-Hagen, Marcus Brößkamp,(Hrsg.) Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, S. 311 –318 (zit.: Knüttel, FS Vygen)

Kohte, Wolfhard, Anmerkung zu BAG AP § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

Köhler, Helmut, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 14.4.1983 – VII ZR 258/82 -, in: JZ 1983, S. 706 - 707.

Köhler, Helmut, Juristentag und Reform des Werkvertragsrechts – eine kurze Bilanz, in: NJW 1985, S. 945 – 948

Köhler, Helmut, Reform des Werkvertragsrechts – notwendig oder entbehrlich ?, in: NJW 1984, S. 1841 –1848

Köhler, Helmut, Zur Rechtsnatur der Mängelhaftung bei der Veräußerung neuerrichteter Bauwerke, in: NJW 1984, S. 1321 – 1324

Koller, Ingo, Aufgedrängte Bereicherung und Wertersatz bei der Wandlung im Werkvertrags- sowie Kaufrecht, in: DB 1974, S. 2385 – 2389

Korbion, Hermann, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22.10.1970, VII ZR 1990/68 – Kammergericht LG Berlin, in: BauR 1971, S. 59 – 60

Korbion, Hermann, Grundbegriffe des Bauvertragsrechts, in: Jura 1979, S. 393 –401

Korbion, Hermann/Hochstein, Reiner, Der VOB-Vertrag, Handbuch zum System der VOB-Vertragsbedingungen, 3. Auflage, Düsseldorf, 1982 (zit.: Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag)

Korintenberg, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Dissertation Köln 1927 (Korintenberg, Mängelbeseitigungsanspruch)

Kornmeier, Udo, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 3.11.1977 – 24 U 131/77, in: NJW 1978, S. 2035 – 2036

Kothe, Gewissenskonflikt am Arbeitsplatz – Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen, NZA 1989, S. 161 ff.

Kötz, Hein, Referat zu: Empfiehlt sich die von der Schulrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages, Abteilung K, Münster 1994, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), S. K 9- K 26 (zit.: Kötz, 60. DJT/ II/1, S. K 9- 26)

Kraft, Alfons, Anmerkung zu BAG EzA E 1 KschG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 43

Kramer, Ernst A., Für eine gewährleistungsrechtliche Behandlung des „Identitäts- aliud“, NJW 1979, S. 2023 – 2024

Kraus, Steffen, Da wird sich noch manch einer die Augen reiben..., Die 6 auffälligsten Negativauswirkungen der Schuldrechtsreform auf das private Baurecht, in: BauR 2002, S. 524 – 529

Krebs, Peter, Die große Schuldrechtsreform, in: DB 2000, Beilage Nr.14, S. 1-28

Kuhn, G., Zur Frage der Wandelung bei Bauleistungen nach der VOB, in: NJW 1955, S. 412

Kupisch, Berthold, Konstruktionsprobleme der Wandlung im BGB, in: AcP 170 (1970), S. 479- 501

Lampe, Holger/Wieberneit, Bernd, Werkvertragsrecht §§ 633 – 651 BGB, in: Roland Schimmel, Dirk Buhlmann, Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, S. 626 – 662 (zit.: Lampe/Wieberneit, in: Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch)

Landau, Peter, Bemerkungen zu Methode der Rechtsgeschichte, in: ZNR 1980, S. 117 - 131

Langen, Werner, Die Gestaltung von Bauträgerverträgen – Überlegungen und erste Erfahrungen zum neuen Recht, in: Klaus Kappellmann, Klaus Vygen (Hrsg.), Jahrbuch Baurecht 2003, S. 159 – 205 (zit.: Langen, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht)

Langen, Werner, Vortrag zu dem Thema „Die Gestaltung von Bauverträgen“, Zusammenfassung in dem Tagungsbericht der Freiburger Baurechtstage 2002, BauR 2003, S. 1094 (1095 f.)

Langenbucher, Katja, Europarechtliche Methodenlehre, in: Katja Langenbucher (Hrsg.), Europa-rechtliche Bezüge des Privatrechts, S. 25 – 65 (zit.: Langenbucher, Europarechtliche Methodenlehre)

Larenz, Karl, Derogierende Kraft des Gerichtsbrauchs ?, in: NJW 1951, S. 497 – 500

Larenz, Karl, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht, München, Berlin 1951 (zit.: Larenz, Geschäftsgrundlage)

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986 (zit.: Larenz, SchR II/1)

Larenz, Karl/Wolff, Manfred, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl., München 1997 (zit.: Larenz/Wolff, BGB AT)

Lebrun, A., La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Dissertation, Paris 1932 (zit.: Lebrun, Droit privé)

Leenen, Detlev, Die Neugestaltung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmoderni-sierungsgesetz, DStR 2002 S. 34 ff.

Leenen, Detlef, Die Neuregelung der Verjährung, in JZ 2001, S. 552 –560

Lehmann, Michael, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, in: JZ 2000, S. 280- 293

Lehmann, Michael, Vertragsanbahnung durch Werbung, Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbrauchter, München 1981 (Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung)

Lehning, Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (Fassung 1952), in: NJW 1953, S. 772 –773

Lehr, Wolfgang/Wendel, Heiko, Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und –garantien: Auswirkungen auf Handel und Produzenten, EWS 1999, S. 321 –327

Lenkeit, Olaf, Das modernisierte Verjährungsrecht, in: BauR 2002, S. 196 – 230

Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, Berlin 1931 (zit.: Leonhard, BSchR)

Leser, Hans G., Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungs-haftungsrecht, in: AcP 183 (1983), S. 568 – 602

Lettl, Tobias, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, in: JuS 2002, S. 866 – 872

Lieb, Manfred, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, in: AcP 183, (1983), S. 327 – 366

Link, Mathias, Tagungsbericht, Symposium „ Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts“ am 22.1.2001 in Münster, in: JZ 2001, S. 453 – 455

Littbarski, Sigurd, Die Auswirkungen der Rechtsprechung zu den „weiterfressenden Mängeln“ auf das Haftpflicht- und Haftpflichtversicherungsrecht, in: Walter Pastor (Hrsg.) Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, S. 269 –282

(zit.: Littbarski, FS Korbion)

Locher, Horst, Anmerkung zu: OLG München, Urteil vom 31.07.1984 - 9 U 1679/84 - in: BauR 1985, S. 455 - 456

Locher, Horst, Das private Baurecht, 4.Auflage, München 1988 (zit.: Locher, Private Baurecht)

Locher, Horst, Zur Beweislast des Architekten, BauR 1974, S. 293 – 300

Locher, Horst/Koeble, Wolfgang, Baubetreuungsrecht, Unter Einfluß des Rechts der Bauträger-schaft, 1. Aufl., Düsseldorf 1973 (zit.: Locher/Koeble, Baubetreuungsrecht)

Looschelders, Dirk, Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsaus-schluß, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 395 - 410

Lorenz, Stepahn/Riehm, Thomas, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 (zit.: Lorenz/Riehm, Neues SchR)

Lorenz, Stephan, Rechtsgrundlagen des Anspruchs „aus Minderung“, in: JuS 1993, S. 727 – 731

Lorenz Stephan, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, Mit Vorträgen von Stephand Lorenz und Peter Reiff und Dokumentation der Diskussion, S. 5 - 138

v. Looschelders, Dirk, Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsaus-schluss, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmid, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 394 - 410

Mansel, Heinz-Peter, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, in: NJW 2002, S. 89 –99

Mansel, Heinz-Peter/Budzikiewicz, Christine, Das neue Verjährungsrecht, Bonn 2000 (zit.: Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht)

Marbach, M, Auswirkungen des Urteils OLG Frankfurt v. 27.5.1983 – zum sogenannten Blasbachtalbrückenfall, in: ZfBR 1984, S. 9 – 14

Marburger, Peter, Die Regeln der Technik im Recht, Köln 1979 (zit.: Marburger, Regeln der Technik)

Marburger, Peter, Die Sachmängelhaftung bei Handelskauf, in: JuS 1983, S. 1-12

Matthiesens, Holger/ Lindner, Beatrix, EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf- Anlaß für eine Reform des deutschen Schuldrechts, in: NJ 1999, S. 617 – 622

Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 18. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (zit.: Medicus, BR)

Medicus, Dieter, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, in: ZIP 1996, S. 1925-1930

Medicus, Dieter, Kaufvertrag und Werkvertrag, in: JuS 1992, S. 273 – 278

Medicus, Dieter, Mängelhaftung trotz Beachtung der anerkannten Regeln der Technik beim Bauvertrag nach der VOB/B ? in: ZfBR 1984, S. 155 – 161

Medicus, Dieter, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System – Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: Stefan Grundmann, Dieter Medicus, Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München, S. 219 – 231 (zit.: Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht)

Medicus, Dieter, Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts, in: AcP 188 (1988), S. 168 – 182

Medicus, Dieter, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel ?, in: Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen, Karsten Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln u.a. 2003, S. 61 – 70 (zit.: Medicus, in: Dauner-Lieb/Konzen)

Medicus, Vertragliche und Deliktische Ansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität Tübingen (Hrsg.), Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 313 – 334 (zit.: Medicus, FS Kern)

Michalski, Lutz, Die Systemwidrigkeit der Differenzierung nach Mangel- und Mangelfolgeschäden im werkvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrecht, in: NJW 1988, S. 793 – 800

Micklitz, Fritz, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? – Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 757 – 771

Micklitz, Hans-W., Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, in: EuZW 1999, S. 485 – 493

Micklitz, Hans-W., Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, in: EuZW 1997, S. 229- 237

Misera, Karlheinz, Anmerkung zu BAG v. 22.12.1982, SAE 1983, S. 271 ff.

Müller, Klaus, Die haftungsrechtliche Bedeutung des Gütezeichens im Kaufvertrag mit dem Endabnehmer als Käufer, in: DB 1987, S. 1521 – 1526

Müller, Klaus, Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, in: AcP 165 (1965), S. 286 –331

Müller, Klaus, Unternehmenskauf, Garantie und Schuldrechtsreform – ein Sturm im Wasserglas ?, in: NJW 2002 , S. 1026 - 1027

Müller, Martin, Die Bedeutung der Funktionsgarantie im klimatechnischen Anlagenbau, BauR 1985, S. 517 – 521

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München 1997 (zit.: MünKomm/Bearbeiter, (... Aufl.))

Mundt, Achim, Baumängel und der Mängelbegriff des BGB-Werkvertragsrechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: NZBau 2003, S. 73- 80

Neuhaus, Kai-Jochen, Dreißig Jahre Gewährleistungshaftung im Baurecht – Vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung, in: MDR 2002, S. 131 – 135

Nicklisch, Fritz, Die Schadensersatzhaftung für Eigenschaftszusicherung im Werkvertragsrecht und der Einschränkbarkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1979, S. 89 – 108 (zit.: Nicklisch, FS Beitzke)

Nicklisch, Fritz, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts ? – Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge – in: JZ 1984, S. 757 –771

Nicklisch, Fritz, Konkretisierung wissenschaftlich-technischer Standards bei der Genehmigung komplexer Großanlagen, in: BB 1981, S. 505 –512

Nicklisch, Fritz/Weick, Günter, VOB, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, 2. Auflage, München 1991 (zit.: Nicklisch/Weick/Bearbeiter, VOB/B)

Obernhaus, Werner/ Kuckuck, Bernd, Funktion und Strukturmerkmale des Begriffes „Stand von Wissenschaft und Technik“ für die erforderliche Schadensvorsorge im Atomrecht (Beispiel: § 7 Abs. 2 Nr.3 AtomG – AtG-), in: DVBl 1980, S. 154 – 157

Oechsler, Jürgen, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003 (zit.: Oechsler, SchR BT)

Oertmann, Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906 (zit.: Oertmann)

Ortlepp, Hans-Peter, Anmerkung zu BAG AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung

Ott, Sieghart, Neues Werkvertrags- und Darlehensrecht, in: MDR 2002, S. 361-365

Ott, Andreas, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Bauträgervertrag und andere aktuelle Fragen des Bauträgerrechts, in: NZBau 2003, S. 233- 242

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. bzw. 55. bzw. 56. bzw. 60. bzw. 61. bzw. 62. bzw. 63 Auflage, München 2002 (zit.: Palandt/Bearbeiter, (... Aufl.))

Pauly, Holger, Zur Frage der Berechnung des Minderungsbetrages und des Minderwertes beim Bauvertrag am Beispiel von Schallschutzmängeln, in: BauR 2002, S. 1321 – 1324

Pfeifer, Karl-Nikolaus, Die Haftung des Verkäufers für Werbeangaben, in: JR 2001, S. 265 – 270

Peters, Frank, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.4.1979 – VII ZR 308/77, in: NJW 1979, S. 1820 – 1821

Peters, Frank, Das geplante Werkvertragsrecht II, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 277-275 (zit.: Peters, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechts- reform)

Peters, Frank, Das Bauchrecht im modernisierten Schuldrecht, NZBau 2002, S. 113 - 122

Peters, Frank, Die Schuldrechtsmodernisierung und das private Baurecht, in: ZfBR 2002, S. 108 -112

Peters, Frank, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB a.F., in: JZ 1977, S. 458 – 463

Peters, Frank, Die Wandelung des Werkvertrages, in: JR 1979, S. 265 – 271

Peters, Frank, Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers?, in: JZ 1978, S. 92 - 98

Peters, Frank, Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, in NJW 1978, S. 665 - 671

Peters, Frank, Praktische Probleme der Minderung bei Kauf und Werkvertrag, in: BB 1983, S. 1951- 1955

Petri, Konrad, Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, in: AcP 109 (1912), S. 202 - 218

Picker, Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, in: AcP 183 (1983), S. 369 – 520

Picker, Eduard, Schuldrechtsreform und Privatrechtsautonomie, Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, in: JZ 2003, S. 1035 - 1048

Pieper, Helmut, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: JuS 1962, S. 409 - 417

Pietsch, Matthias, Die Abnahme im Werkvertragsrecht – geschichtliche Entwicklung und geltendes Recht, Dissertation an der Universität Hamburg, Hamburg 1976 (zit.: Pietsch, Abnahme)

Piltz, Burghard, Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980), in praxisorientierter Darstellung, München 1993 (zit.: Pilz, Internationales Kaufrecht)

Planck, B., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1907 (zit.: Planck)

Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 1992 (zit.: Posner, Economic Analysis)

Preis, Die (Un-)Zumutbarkeit – ein tauglicher Gesetzesbegriff ?, ZG 1988, S. 319 ff.

Quack, Friedrich, Vom Interesse des Bestellers an der Nachbesserung, in: Bauen – Planen – Recht- Aktuelle Beiträge zum privaten Baurecht - Festschrift Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf 1999, S. 368 – 373 (zit.: Quack, FS Vygen)

Preussner, Mathias, Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, in: BauR 2002, S. 231- 242

Prössl, Jürgen, Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in: VersR 1964, S. 991 – 906

Raape, Leo, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, Zugleich ein Beitrag zur Überlassung bei Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit, in: AcP 147 (1947), S, 217 - 289

Raiser, Gottfried, Modernisierung des Schuldrechts: Werkvertragsrecht, in: AnwBl 2001, S. 402 – 408

Reich, Norbert, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, in: NJW 1999, S. 2397- 2403

Reich, Norbert, Micklitz, Hans-Wolfgang, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Studie im Auftrag der EG Kommission, New York 1980 (Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht)

Reich, Norbert/ Tonner, Klaus, Werbung, zugesicherte Eigenschaften und Verbraucherschutz – BGH NJW 1975, 1693, in: JuS 1976, S. 576 - 581

Reinicke, Dietrich/ Tiedtke, Klaus, Kaufrecht einschließlich Abzahlungsgeschäfte, AGB-Gesetz, Eigentumsvorbehalt, Factoring, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Time-sharing, UN-Kaufrecht und Verbraucherkreditgesetz, 6. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1997 (zit.: Reinicke/Tiedtke, KaufR)

Reinkenhof, Michaela, Das neue Werkvertragsrecht, in: Jura 2002, S. 433 - 438

Rieble, Volker, Ausgleichsansprüche bei unzulässiger Ersatzvornahme nach § 633 Abs.3 BGB, in: DB 1989, S. 1759 - 1761

Ringel, Gustav Kilian, Zum Problem der anerkannten Regeln der Technik, in: BlGBW 1971,S. 41 - 43

Roth, Herbert, Die Reform des Werkvertragsrechts, in: JZ 2001, S. 543 –551

Roth, Herbert, EG-Richtlinie und Bürgerliches Recht, in: JZ 1999, S. 529 - 538

Roth, Wulf-Henning, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, in: JZ 2001, S. 475 – 491

Roth, Wulf-Henning, Europäisches Recht und nationales Recht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, Frankfurt 2000, S. 847 – 888 (zit.: Roth, FG Wissenschaft)

Röper, Burkhardt, Zur Manipulation von Bedürfnissen, in: Reichert-Facilides, Fritz/ Rittner, Fritz/ Sasse, Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 37 – 54 (zit.: Röper, Manipulation)

Ruckdeschel, Hermann, Die vertragswidrige Leistung beim Werkvertrag unter Berücksichtigung der vertragswidrigen Leistung beim Kauf, Dissertation an der Universität Leipzig, Leipzig 1936 (zit.: Ruckdeschel, Vertragswidrige Leistung)

Savigny, Friedrich Karl von, Rezension zu: R. Th. v. Gönner, über die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, in: Friedrich Karl von Savigny, C.F. Eichhorn (Hrsg.), Zeitschrift für Geschichte der Rechtswissenschaft, 1. Bd. Berlin 1815, S. 373- 423

Savigny, Friedrich Karl von, System des heutigen Römischen Rechts, erster Band, Berlin 1840 (zit.: Savigny, System Römischen Rechts)

Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über die juristische Methodologie 1802- 1842, Aldo Mazzacane (Hrsg.), Frankfurt 2004

Schack, Haimo, Die Zusicherung beim Kauf, in: AcP 185, (1985), S. 333 - 361

Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2000 (Schäfer/Ott, Lehrbuch)

Schäfer, Peter/ Pfeiffer, Karen, Die EG-Rechtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, gesetz-geberische Alternativen und wirtschaftliche Folgen ihrer Umsetzung in deutsches Recht, in ZIP 1999, S. 1829- 1837

Schlechtriem, Peter H., Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, in: VersR 1973, S. 581 – 595

Schlechtriem, Peter, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann, Zivilrechts-wissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechts-modernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 205 – 224 (zit.: Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechts-reform)

Schlechtriem, Peter, Gewährleistung und allgemeine Verantwortlichkeit des Unternehmers, JZ 1971, S. 449 - 452

Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG -, München 2000 (zit.: Schlechtriem/Bearbeiter, CISG)

Schlechtriem, Peter, Verbrauchsgüterkaufverträge – ein neuer Richtlinienent-wurf, JZ 1997, S. 441- 447

Schlechtriem, Peter, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt 1972 (zit.. Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung)

Schlosser, Peter, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Dissertation an der Universität Würzburg, Bielefeld 1966 (Schlosser, Gestaltungsklagen)

Schmalzl, Max, Zur Verjährung des Vergütungsanspruches der Bauhandwerksversicherung nach der VOB/B in NJW 1971, 2015 - 2017

Schmalzl, Max, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, 4. Aufl., München 1980 (zit.: Schmalzl, Haftung)

Schmidt, Karsten, Zivilistische Rechtsfiguren zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Exemplarisches zum Programm der Ringvorlesung, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger Ringvorlesung, S. 9 – 32 (Schmidt, Rechtspolitik)

Schmidt, Rudolf, Die Falschlieferung beim Kauf, in: NJW 1962, S. 710 – 716

Schmidt, Rudolf, Gewährleistung nach § 13 VOB Teil B, in: MDR 1963, S. 263 - 269

Schmidt-Morsbach, Jürgen, Wertminderung bei Betonflächen, in: BauR 1982, S. 328 - 336

Schmidt-Räntsch, Jürgen, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZIP 2000, S. 1639- 1645

Schmitz, Günther, Die Verjährung von Mangelfolgeansprüchen im Kauf- und Werkvertragsrecht, in: NJW 1973, S. 2081 – 2085

Schmitz, Peter, Die Mängelbeseitigung vor Abnahme nach dem BGB, in: BauR 1979, S. 195 – 204

Schnyder, Anton K./Straub, Ralf Michael, Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgarantien und Kundendienst: Erste Schritte zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?. In: ZEuP 1996, S. 8-74

Schön, Die Auslegung europäischen Steuerrechts, 1993 (zit.: Schön, Auslegung)

Schubert, Werner, Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, in: JR 1975, S. 179 - 184

Schubert, Werner, Einheitsverjährung oder Beibehaltung besonderer

Verjährungsfristen, in: JR 1984, S. 315 - 322

Schudnagies, Jörg, Das Werkvertragsrecht in der Schuldrechtsreform, in: NJW 2002, S. 396 – 400

Schultz, Michael, Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und in CISG, in: Internationale Studien – Beiträge zum internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, Bd. 19, Frankfurt 2002 (zit.: Ersatzlieferungsanspruch)

Schultz, Dietrich, Aliud und Gewährschaftsrecht, in NJW 1980, S. 2173 – 2174

Schünemann, Wolfgang B., Wandlungen des Vertragsrechts, in: NJW 1982, S.2027 - 2033

Schurr, Francesco, Die neue Richtlinie 99/44 EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für das deutsche Kaufrecht, ZfVR 1999, S. 222 – 229

Schwenger, Arvid, Der Ersatz von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei lästigen Verträgen, Eine Darstellung der Entwicklung des Schadensersatzanspruches im Gewährleistungsrecht unter Berücksichtigung der maßgeblichen geschichtlichen Grundlagen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Universität Heidelberg, Frankfurt 1977 (zit.: Schwenger, Ersatz von Mangelfolgeschäden)

Schwenzer, Ingeborg, Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten, in: JZ 1988, S. 525 - 531

Schintowski, Ökonomische Theorie des Rechts, in JZ 1998, S. 581 ff.

60. Deutscher Juristentag: Der Tagungsverlauf, in NJW 1994, S. 3069 - 3075

Seibt, Christopher H., Rechtssicherheit beim Unternehmens-, Beteiligungs- und Anlagenverkauf: Analyse der Änderungen bei § 444, 639 BGB, in: NZG 2004, S: 801 – 803

Seibt, Christopher H./Raschke, Thorsten/Reiche, Felix, Rechtsfragen der Haftungsbegrenzung bei Garantien (§ 444 BGB n.F.) und M & A Transaktionen, in: NZG 2002, S. 256 - 263

Seiler, Hans Hermann, Das geplante Werkvertragsrecht I und II, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussions-entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 263 ff. (zit.: Seiler, in: Ernst/Zimmermann,

Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform)

Selow, Michael, Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nach § 634 Abs. 2 BGB, Dissertation an der Universität Hamburg, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1993 (zit.: Entbehrlichkeit der Fristsetzung)

Siegburg, Peter, Anerkannte Regeln der Bautechnik – DIN- Normen, BauR 1985, S. 367 - 388

Sienz, Christian, Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmoderni-sierungsgesetz, in: BauR 2002, S. 181- 196

Spiro, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, 1975 (zit.: Spiro, Begrenzung)

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 10. bzw. 11. bzw. 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1986 bzw. 1998 (zit.: Soergel/Berabeiter, Aufl.))

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 13 Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Stuttgart 2000 (zit.: Soergel/Lüderitz/Bearbeiter, CISG)

Soergel, Carl, Referat : Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hamburg 1984, Band II (Sitzungsberichte), S. I 27- I 44 (zit.: Soergel, 55. DJT/ II, S. I 27 – I 44)

Springer, Paul, Der Abnahmebegriff beim Werkvertrag, Dissertation an der Universität Bielefeld, Frankfurt, Bern, New York, Paris 1988 (zit.: Springer, Abnahmebegriff)

Staudenmayer, Dirk, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: NJW 1999, S. 2393 –2397

Staudenmayer, Dirk, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, in: Stefan Grundmann, Dieter Medicus, Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln 2000, S. 27- 47 (zit.: Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht)

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung von Ulrich Magnus, Berlin 1999 (zit.: Staudinger/Magnus, CISG)

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit

Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 11. bzw. 13. Auflage bzw. Neuauflage, Berlin 1994 (zit.: Staudinger/Bearbeiter, (... Aufl. bzw. 2003))

v. Stebut, Dietrich, Anmerkung zu BAG v. 21.5.1993, S. 150

Steiner, Peter, Der Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Verbrauchsgüterkauf und- garantien und das geltende österreichische Recht, in: Martin Josef Schermaier (Hrsg.), Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung – studentische Beiträge zur Rechtsvergleichung und Rechtspolitik, Frankfurt am Main 1998, S. 243 – 291 (zit.: Steiner, in: Schermaier, Reform des Gewährleistungsrechts)

Stoll, Heinrich, Aus dem Rechtsleben, Rücktritt und Schadensersatz, in: AcP 131 (1929), S. 141 - 185

Stürner, Rolf, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.4.1979 – VII ZR 308/77 (OLG Nürnberg), in: JZ 1979, S. 758 – 759

Stütz, Manfred, Mangelhafte Werkherstellung und Neuherstellungsanspruch, Dissertation an der Universität München, München 1997 (zit.: Stütz, Mangelhafte Werkherstellung)

Teichmann, Arndt, Gutachten zu: Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Abteilung A, Hamburg 1984, Band I (Gutachten), S. A 1 - 111 (zit.: Teichmann, 55.DJT/ I, S. A 1 – 111)

Teichmann, Arndt, Kauf- und Werkvertragsrecht in der Schuldrechts-modernisierung, in: ZfBR 2002, S. 13 – 20

Teichmann, Arndt/Schröder, Friedo, Anmerkung zu BGH Urteil vom 16.7.1998 – VII ZR 350/96 (OLG Rostock), in JZ 1999, S. 799- 800

Teichmann, Christoph, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht, in: JuS 2002, S. 417 – 424 ?

Tempel, Otto, Der Bauprozeß, JuS 1979, S. 800 - 805

Thiele, Wolfgang, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzung in das Haftungssystem des Zivilrechts in: JZ 1967, S. 649 – 656

Thode, Reinhold, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechts-modernisierungsgesetz und erste Probleme - Teil I, NZBau 2002, S. 297 – 305 und 330 - 366

Thomas, Heinz G., Das Werkvertragsrecht in der Reformdiskussion, in: ZIP

1984, S. 1046 -1052

Tiedtke, Klaus, Der Einfluß der Wandelung auf die Wechselforderung des Verkäufers, zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 30.1.1986 – II ZR 257/85, ZIP 1986, 650, in: ZIP 1986, S. 953 – 959

Todt, Günther, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln, Eine Untersuchung über den Anwendungsbereich der §§ 463, 635 BGB und ihre Abgrenzung zur positiven Vertragsverletzung, Dissertation an der Universität Heidelberg, Heidelberg 1970 (zit.: Todt, Schadensersatzansprüche)

Tonner, Klaus, Verbrauchsgüterkauf- Richtlinie und Europäisierung des Zivilrechts, in BB 1999, S. 1769 – 1774

Trieble, Volker/ Hölzle, Gerit, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, in: BB 2002, S. 521 -537

Trümmer, Martina, Anmerkung zu BAG v. 21.5.1992, ArbuR 19993, S. 155

Ulmer, Peter, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, in: JZ 2001, S. 491 –497

Ulmer, Peter, Vom deutschen und europäischen Privatrecht, in: JZ 1992, S. 1-8

Vollkommer, Max, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, in: AcP 183 (1983) S. 525 – 561

Voppel, Reinhard, Das Gesetz zu Modernisierung des Schuldrechts und das Leistungsstörungsrecht beim Werkvertrag, in: BauR 2002, S. 843 - 857

Vorsmann, Martin, Gesetzliche Mängelhaftung gemäß der Europäischen Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Bürgerliches Gewährleistungsrecht, Dissertation an der Universität Bonn, Bonn 2001 (zit.: Vorsmann, Gesetzliche Mängelhaftung)

Vorwerk, Volkert, Kaufrecht und Werklieferungsvertrag, in: BauR 2002, S.165 - 181

Vorwerk, Volkert, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, in: BauR 2003 S. 1 - 13

Weber, H., Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und BGB, in: NJW 1958, S. 1710 – 1712

Weber, Harald, Das Verhältnis von DIN-Normen zu zugesicherten Eigenschaften und anerkannten Regeln der Technik, in: ZfBR 1983 S. 151 – 155

Weiler, Frank, Haftung für Werbeangaben nach neuem Kaufrecht, in: WM 2002, S. 1784-1794

Weiß, Hubert, Einführung in den Diskussionsentwurf, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussions-entwurf eines Schuldrechtsmoderierungsgesetztes des Bundesministeriums der Justiz, S. 25- 30 (zit.: Weiß, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechts-reform)

Welser, Rudolf, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbrauchs-güterkauf, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Recht in Österreich und Europa – Festschrift für Karl Hempel zum 60. Geburtstag, Wien 1997, S. 323 – 331 (zit.: Welser, FS Hempel)

Werneburg, Die Ansprüche des Bestellers bei Mängeln des Bauwerks, in: JR 1930, S. 210 - 212

Werner, Ulrich/Pastor, Walter, Der Bauprozeß, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 4. Auflage, Düsseldorf 1983 (zit.: Werner/Pastor, Bauprozeß)

Westerholt, Margot Gräfin von/ Graupner, Rudolf, Zur Haftung für die Echtheit von Kunstgegenständen, in: NJW 1978, S. 794 - 796

Westermann, Harm Peter, Das neue Kaufrecht, in: NJW 2002, S. 241 – 253

Westermann, Harm Peter, Kaufrecht im Wandel, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 109 –129 (zit.: Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor Hintergrund des Gemeinschaftsrecht)

Westermann, Harm Peter, Vorschläge für eine Einpassung der Kaufgewähr-leistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: Stefan Grundmann, Dieter Medicus, Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewähr-leistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München, S. 251 – 280 (zit.: Wester-mann, in: Grund-mann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewähr-leistungsrecht)

Westermann, Harm-Peter, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchs-güterkaufs, in: JZ 2001, S. 530 – 543

v. Westphalen, Friedrich Graf von, „Garantien“ bei Lieferung von Maschinen und Anlagen – Todesstoß für Haftungsbegrenzungen durch §§ 444, 639 BGB ?, in: ZIP 2002, S. 545 - 550

v. Westphalen, Friedrich Graf von, Nach der Schuldrechtsreform: Neue

Grenzen für Haftungs-freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungs-klauseln, in: BB 2002, S. 209 - 216

Wetzel, Thomas, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, - Der große Wurf zum 1.1.2002 ?, in: ZRP 2001, S. 117 – 126

Weyer, Friedhelm, Werkvertragliche Mängelhaftung und Verjährung nach neuem Recht: Auswege aus der kurzen Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr.2 BGB ?, in: Klaus Kapellmann, Klaus Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003, S. 209 –233 (zit.: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2003)

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklungen, 2. Aufl., Göttingen 1967 (zit.: Wieacker, Privatrechtsgeschich-te)

Wilt, Walter, § 635 BGB und Deliktsansprüche, in: VersR 1967, S. 817 - 820

Windscheid, Bernhard/Knipp, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1906 (zit.: Windscheid/Knipp)

Winter, Jochen, Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht, Dissertation an der Universität Tübingen, Tübingen 1979 (zit.: Winter, Distinktion)

Winterfeld, Rosemarie, Anmerkung zu BAG 20.5.19888, SAE 1990, S. 261 ff.

Wolf, Ernst, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, in: AcP 153 (1954) S. 97 - 144

Wolf, Max, Sachmängel beim Kauf, in: JherJb 56 (1910), S. 1- 85

Wolf, Sabine, Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie – ein Vorteil für die Wirtschaft, RIW 1997, S. 899 - 904

Wolfsteiner, Hans, Bauherrenmodelle in der notariellen Praxis, in: DNotZ 1979, S. 579 - 596

Wussow, Hansjoachim, Die Baumängelhaftung nach der VOB, Ein Beitrag zur Problematik des § 13 VOB Teil B, in: NJW 1967, S. 953 - 958

Zahrnt, Christoph, Anmerkung zu Landgericht Trier, Urteil vom 3.11.1978 – 2 O 34/77, in: BB 1980, S. 754

Zerres, Thomas, Der Begriff des Sachmangels im neuen Kaufrecht, in: JA 2002, S. 713 - 718

Zerres, Thomas, Stand des europäischen Verbrauchervertragsrechts - Entwicklungslinien bis zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in JA 2002, S. 166-172

Zimmer, Daniel, Das geplante Kaufrecht, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetztes des Bundesministeriums der Justiz, S. 191 – 204 (zit.: Zimmer, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform)

Zimmer, Daniel/Eckhold, Thomas, Das neue Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf, in: Jura 2002, S. 145 – 154

Zimmermann, Die Haftung nach § 378 BGB. Dissertation, Leipzig 1911 (zit.: Zimmermann, Haftung)

Zimmermann, Reinhard, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmoderierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, S. 1- 24 (zit.: Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform)

Zimmermann, Reinhard/Leenen, Detlef/Mansel, Heinz-Peter, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, S. 684 – 699

Zöller, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen, 22. Auflage, Köln 2001 (zit.: Zöller, ZPO)