

# Die Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers im BGB-Bauvertrag

Eine Untersuchung der dogmatischen Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der Fallgruppe fehlerhafter Auftraggeberanordnungen

von  
Dr. Christian Stretz

1. Auflage

Die Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers im BGB-Bauvertrag – Stretz

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65525 8

Abs.1 S.1 BGB die bloße Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes, so könnte hieraus ein untragbarer Wertungswiderspruch mit dem Werkvertrag folgen:

(α) Der Wertungswiderspruch selbst kann an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

(αα) Beauftragt der Eigentümer eines Wohnhauses ein Unternehmen mit der Herstellung von Photovoltaikplatten, die der Eigentümer später selbst auf seinem Wohnhaus installieren will, so handelt es sich um einen Vertrag, der die Lieferung einer herzustellenden beweglichen Sache zum Gegenstand hat, mithin um einen *Werklieferungsvertrag* im Sinne des § 651 S.1 BGB. Sind diese Photovoltaikplatten nach dem Vertrag mit Hilfe vom Besteller gelieferter Stoffe herzustellen und weisen die Platten später – nach der Eigenmontage durch den Eigentümer – Mängel auf, die auf die gelieferten Stoffe zurückzuführen sind, so hat der Besteller nach §§ 651 S.2, 442 Abs.1 S.1 BGB keinerlei Gewährleistungsansprüche. Auf eine Verletzung oder Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmers kommt es nicht an.

(ββ) Haben die Parteien aber nicht nur die bloße Herstellung der Platten zum Vertragsgegenstand gemacht, sondern hat der Auftragnehmer diese auch selbst auf dem Dach anzubringen und stellt diese Montage einen nicht unbedeutenden Umfang der Gesamtleistung dar,<sup>712</sup> so finden die Regelungen des *Werkvertrages* Anwendung. Legt man die hier diskutierte Möglichkeit eines Haftungsausschlusses nach §§ 242 BGB, 13 Abs.3, 4 Abs.3 VOB/B zugrunde, so würde der Auftragnehmer nur dann von seiner Mängelhaftung frei werden, wenn er auf die – ihre Erkennbarkeit unterstellt – Fehlerhaftigkeit der gelieferten Stoffe hingewiesen hätte.

(γγ) Im Ergebnis zeigt sich also ein gravierender Widerspruch im Haftungssystem beider Fallkonstellationen.<sup>713</sup>

(β) Kann dieser Widerspruch ohne weiteres hingenommen werden oder ist er untragbar und muss einer Korrektur zugeführt werden?

(αα) Der Widerspruch zwischen Werkvertrag und Werklieferungsvertrag wird teilweise in der Literatur als sachgerecht hingenommen.<sup>714</sup> Zur Begründung mag man etwa anführen, der Lieferant im Werklieferungsvertrag verpflichtete sich eben nur zu einem einmaligen Leistungsaustausch, wohingegen sich der Auftragnehmer zur Erreichung eines funktionalen Erfolges verpflichtete. Diese weitergehende Leistungspflicht spiegelte sich also nur fort in dem zur Haftungsfreistellung zusätzlich erforderlichen Umstand eines Bedenkenhinweises.

(ββ) Dies kann jedoch bei genauerer Betrachtung nicht überzeugen. Hält man sich obiges Beispiel der Photovoltaikplatten vor Augen, so ist in beiden Fällen der Vorwurf der gleiche. In beiden Fällen hat der Auftragnehmer mangelhafte Platten geliefert. Die Montage in der Fallkonstellation des Werkvertrages ist hingegen ordnungsgemäß erfolgt. Wenn aber der Auftragnehmer das „Mehr“ seiner Leistungsverpflichtung im Werkvertrag mangelfrei erfüllt hat und der zu einem Mangel führende Vorwurf in

---

<sup>712</sup> Andernfalls dürfte der Vertrag wegen der untergeordneten Bedeutung der Montagepflicht ebenfalls unter die Regelungen des Kaufvertrages fallen; vgl. BGH, Urt. v. 3.3.2004 – VIII ZR 76/03, NZBau 2004, 326, 327; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 651 Rn. 15; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 651 Rn. 10; PWW/Halfmeier/Leupertz, § 651 Rn. 6; Rudolph, BauR 2012, 557, 566 ff.

<sup>713</sup> Jansen, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 651 Rn. 36; Erman/Schwenker, § 651 Rn. 15.

<sup>714</sup> Kniffka, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 13 mit dem Argument, eine anderweitige Beschränkung der werkvertraglichen Gewährleistungshaftung entspräche nicht der „deutschen Rechtstradition“.

beiden Fällen der gleiche ist, dann ist nicht recht einzusehen, wieso der Auftragnehmer in einem Fall (Werklieferungsvertrag) von der Haftung befreit sein soll und im anderen (Werkvertrag) hingegen nicht. Beide Fälle sollten vielmehr sinnvollerweise gleich behandelt werden.<sup>715</sup>

Dies folgt nicht zuletzt auch aus der Absicht des Gesetzgebers im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, die Haftungsregelungen für Kaufverträge und Werkverträge inhaltlich weitestgehend anzugleichen.<sup>716</sup>

(γγ) Der oben beschriebene Wertungswiderspruch zwischen §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB einerseits und der hier diskutierten Lösung über §§ 242 BGB, 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B andererseits kann daher nicht hingenommen werden und ist auszugleichen.

(cc) *Behebbarkeit des Widerspruchs.* Damit stellt sich die Anschlussfrage, wie ein solcher Wertungswiderspruch im Gesetz ausgeglichen werden soll:

(α) Zunächst könnte man versuchen, den oben dargelegten Widerspruch dergestalt zu beseitigen, dass der Haftungsausschluss im Werklieferungsvertrag nach §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB von der Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht abhängig gemacht wird.<sup>717</sup>

(αα) Zur Begründung einer solchen Lösung wird auf den Widerspruch zwischen dem Werklieferungsvertrag betreffend vertretbare und unvertretbare Sachen hingewiesen. Im letztgenannten Fall findet über § 651 S. 3 BGB auch § 645 Abs. 1 S. 1 BGB für den Werklieferungsvertrag Anwendung. Dieser würde aber den Auftragnehmer nur dann von seiner Verantwortung für den Mangel befreien, wenn er seine Bedenkenhinweispflicht erfüllt habe. Um einen Widerspruch zwischen der Lieferung noch herzustellender unvertretbarer und der Lieferung vertretbarer Sachen zu vermeiden, sei es daher angebracht, auch bei vertretbaren Sachen die Wertung des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB in die Regelung der §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB hineinzulesen und einen Haftungsausschluss in teleologischer Reduktion der Norm nur dort anzunehmen, wo die Bedenkenhinweispflicht erfüllt wurde.<sup>718</sup>

(ββ) Dieser Argumentation ist aber entgegenzuhalten, dass es sich bei der Vorschrift des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Regelung der Vergütungsgefahr handelt und ihr gerade keine Rechtsfolgen im Hinblick auf die Leistungsgefahr entnommen werden können.<sup>719</sup> § 442 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen regelt alleine einen Gewährleistungsausschluss, mithin also den Bereich der Leistungsgefahr. Die Normen haben somit einen unterschiedlichen Regelungsbereich. Darüber hinaus findet § 645 Abs. 1 S. 1 BGB nach seinem Wortlaut nur vor der Abnahme Anwendung. § 442 Abs. 1 S. 1 BGB regelt hingegen den Ausschluss der Gewährleistung, betrifft also gerade den Zeitpunkt nach der Übergabe der Sache. Im Hinblick auf diese Unterschiede muss bezweifelt werden, ob der § 645 Abs. 1 S. 1 BGB zugrundeliegende Rechtsgedanke auch im Rahmen der §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anwendung kommen kann.

Weiter bedarf eine teleologische Reduktion als Instrument der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung einer planwidrigen Regelungslücke.<sup>720</sup> Deren Vorliegen ist aber

<sup>715</sup> Wohl auch: *Preussner*, BauR 2002, 231, 241; *Raiser*, NZBau 2001, 598, 599.

<sup>716</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 94f., 216, 219; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 160.

<sup>717</sup> *Staudinger/Peters/Jacoby* (2008), § 651 Rn. 21; *MünchKommBGB/Busche*, 6. Aufl., § 651 Rn. 15; *Bamberger/Roth/Voit*, § 651 Rn. 16.

<sup>718</sup> *NK-BGB/Raab*, § 651 Rn. 36; *Bamberger/Roth/Voit*, § 651 Rn. 16.

<sup>719</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter a)bb).

<sup>720</sup> BGH, Urt. v. 13.11.2001 – X ZR 134/00, GRUR 2002, 238, 241; *Larenz/Canaris*, Methoden-

mehr als zweifelhaft. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Einführung des § 651 S. 2 BGB die Umsetzung von Art. 2 Abs. 3 VerbrKRL.<sup>721</sup> Die Vorschrift der VerbrKRL nimmt indes keinerlei Bezug auf eine Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmers im Sinne des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit ist aber das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zumindest zu bezweifeln. Betrachtet man in diesem Zusammenhang dann die Vorschrift des § 651 S. 3 BGB, mit der der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 645 BGB nur in der Sonderkonstellation der unvertretbaren Sachen vorschreibt, wird der Wille des Gesetzgebers deutlich, im Regelfall des § 651 S. 1 und S. 2 BGB gerade keine Anwendbarkeit des § 645 BGB zu statuieren. Eine Berücksichtigung der Wertung des § 645 BGB im Rahmen des § 651 S. 2 BGB würde damit dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen und kann damit keine zulässige teleologische Reduktion darstellen.<sup>722</sup>

(β) Als Weg zur Beseitigung des oben beschriebenen Wertungswiderspruchs zwischen werklieferungsvertragsrechtlichem und werkvertragsrechtlichem Haftungssystem bleibt daher nur die Möglichkeit, das Haftungssystem des §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB in den Werkvertrag zu implementieren. Greift der Haftungsausschluss nach §§ 651 S. 2, 442 Abs. 1 S. 1 BGB ein, so bedeutet dies nämlich noch lange nicht den Ausschluss jedweder Haftung des Auftragnehmers. Dieser bleibt vielmehr auch im Werklieferungsvertrag wegen Verletzung seiner Hinweispflicht nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>723</sup> Eine solche Haftung kann auch in das Werkvertragsrecht übernommen werden.<sup>724</sup> Will man diese Übernahme aber rechtsdogmatisch parallel gestalten, so darf die Bedenkenhinweispflichtverletzung gerade nicht im Rahmen eines Haftungsausschlusses nach § 242 BGB, 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B verankert werden, sondern müsste konsequenterweise ausgegliedert werden.<sup>725</sup> Eine Lösung über § 242 BGB und über einen Haftungsausschluss scheiden dann aus.

(dd) *Zwischenergebnis.* Will man einen Wertungswiderspruch im Haftungssystem zwischen Werklieferungsvertrag einerseits und Werkvertrag andererseits vermeiden, so kann eine Beschränkung der Funktionalitätshaftung bei fehlerhaften Auftragnehmeranordnungen nicht über einen Haftungsausschluss nach §§ 242 BGB, 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B erfolgen.

(b) *Systematischer Widerspruch zu den Zielen der Schuldrechtsmodernisierung.* Abschließend würde eine Lösung, die auf dem Modell eines Ausschlusses der Mangelhaftung bei hinreichendem Bedenkenhinweis aufbaut, auch zu Brüchen mit der durch die Schuldrechtsreform eingeführten Systematik des Leistungsstörungenrechts führen.

(aa) Vor der Schuldrechtsreform wurde die dogmatische Grundlage der Prüfungs- und Hinweispflicht in der Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers und den Grundsätzen von Treu und Glauben gesehen.<sup>726</sup> Eine eigenständige Prüfungs- und

---

lehre der Rechtswissenschaft, S. 191 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 472 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4 Rn. 78 m. w. N.

<sup>721</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 268.

<sup>722</sup> Erman/*Schwenker*, § 651 Rn. 15.

<sup>723</sup> *Jansen*, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 651 Rn. 37.

<sup>724</sup> A. A.: *Kniffka*, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 13.

<sup>725</sup> Ähnlich: *Vorwerk*, BauR 2003, 1, 7.

<sup>726</sup> BGH, Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85, NJW 1987, 643, 643; Urt. v. 24.2.2005 – VII ZR 328/03, NZBau 2005, 400, 401 („Bedeutung im Hinblick auf die vertragsgemäße Erfüllung“); OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.1992 – 22 U 113/92, NJW-RR 1993, 405, 405; so wohl auch bereits: BGH, Urt. v. 28.2.1956 – VI ZR 354/54, NJW 1956, 787; ähnlich heute: MünchKommBGB/*Busche*, 6. Aufl., § 634 Rn. 81; EMW/*Fuchs*, § 634 BGB Rn. 20.

Hinweispflicht war im Gesetz nicht verankert und würde von der Rechtsprechung auch nicht angenommen.<sup>727</sup> Insoweit dürfte es auch ohne weitere dogmatische Brüche möglich gewesen sein, die Bedenkenhinweispflicht mit der Frage der Mangelhaftung – aus der erstere ja ihre eigentliche Geltung erfuhr – zu verknüpfen und zum Anlass eines Ausschlusses dieser Haftung zu nehmen.

(bb) Ausdrückliches Ziel der Schuldrechtsreform ist es gewesen, ein allgemeines Leistungsstörungenrecht zu entwickeln und durch die Integration der vertragspezifischen Gewährleistungsrechte aus Kauf- und Werkvertrag ein einheitliches Leistungsstörungenrecht zu schaffen.<sup>728</sup> Konsequenz der Vereinheitlichung des Leistungsstörungenrechts im BGB muss es dann aber sein, dass auch die Haftung für Hinweispflichtverletzungen einem einheitlichen Haftungsregime unterworfen ist.<sup>729</sup> Als Grundlage dieser Haftung kommen nach der Schuldrechtsreform vorrangig die §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>730</sup> Es würde daher dem System des Leistungsstörungenrechts und der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die Bedenkenhinweispflicht nach wie vor im Zusammenhang mit der Frage der Mangelhaftung und ihres Ausschlusses zu prüfen.<sup>731</sup>

Soweit der Bundesgerichtshof sich über diese Bedenken mit dem Hinweis hinwegsetzt, ein solches Verständnis ginge „von dem fehlerhaften Ansatz aus, wonach die Verletzung der Hinweispflicht die Sach- und Rechtsmängelhaftung begründe“,<sup>732</sup> so erhebt er das von ihm entwickelte und oben ausführlich aufgezeichnete Konzept der Funktionalitätshaftung und ihrer Beschränkung in seiner – durchaus interessengerechten – tatsächlichen Ausgestaltung in den Rang eines Gesetzesrechts. Es ist jedoch strikt zwischen dem wünschenswerten Konzept der Haftung einerseits und seiner rechtstechnischen Umsetzung andererseits zu differenzieren. Mit Blick auf die Umsetzung muss aber festgehalten werden, dass sie – soweit sie über §§ 242 BGB, 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B den Bedenkenhinweis zum Anknüpfungspunkt für einen Ausschluss der Mängelhaftung erhebt – einen Bruch mit dem System des Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsreform bewirkt.

Einen solchen Bruch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründen zu wollen, erscheint zumindest bedenklich.

**(4) Ergebnis.** Eine Befreiung des Bauunternehmers von seiner Leistungspflicht bei erfolgtem Bedenkenhinweis über § 242 BGB i. V. m. §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B lässt sich entgegen der herrschenden Meinung nicht ohne systematische und rechtsdogmatische Bedenken begründen.

**cc) Insbesondere: Systemwidrige Herleitung der Mehrvergütungsansprüche.** Soweit der Ausschluss einer Gewährleistung nach § 242 BGB wegen Verletzung der Bedenkenhinweispflicht schließlich nicht greift, muss die dargestellte Lösung im Rahmen

<sup>727</sup> BGH, Urt. v. 3.7.1969 – VII ZR 132/67, NJW 1969, 1710, 1711.

<sup>728</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 94f., 216, 219; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 160.

<sup>729</sup> Vorwerk, BauR 2003, 1, 6.

<sup>730</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 125; Vorwerk, BauR 2003, 1, 6; Peters, NZBau 2008, 609, 611; Markus, NZBau 2010, 604, 605; Schwenker, BGH-Report 2008, 178, 179; Popescu, NZBau 2012, 137, 139; siehe aber auch: Merkens, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 4 VOB/B, Rn. 68f., der die Prüfungspflicht in § 241 Abs. 2 BGB verankert, aber die Folgen ihrer Verletzung dennoch im Rahmen der Mangelgewährleistung behandelt.

<sup>731</sup> Vorwerk, BauR 2003, 1, 6.

<sup>732</sup> BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 121 Tz. 23.

der Gewährleistungspflicht des Bauunternehmers einen angemessenen Ausgleich für die von diesem zu erbringenden Mehrleistungen auf der Kostenebene suchen.<sup>733</sup> Insbesondere die Lösung dieses Problems führt aber zu dogmatisch nur schwer zu begründenden Konstruktionen:

(1) **Beteiligung an den „Sowieso-Kosten“.** Betreffend die Sowieso-Kosten<sup>734</sup> soll der Bauherr nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) über die Prinzipien der Vorteilsausgleichung stets verpflichtet sein, diese im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht vollständig zu tragen.<sup>735</sup>

Hierbei gilt es zu beachten, dass es sich bei der Vorteilsausgleichung grundsätzlich um ein Prinzip des Schadensersatzrechts handelt.<sup>736</sup> Im Rahmen von werkvertraglichen Gewährleistungsansprüchen könnte es systemkonform insoweit nur dann angewendet werden, wenn auch dem konkreten Gewährleistungsanspruch ein Entschädigungscharakter zukommt.<sup>737</sup>

Dies mag bei einem Gewährleistungsanspruch in Gestalt eines Schadensersatzanspruches nach §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB der Fall sein.<sup>738</sup> Die Beteiligung des Bauherrn an den Sowiesokosten einer Nacherfüllung im Sinne des §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB über die Grundsätze der Vorteilsausgleichung erscheint aber fragwürdig.<sup>739</sup> Zwar mag die Vorteilsausgleichung eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben sein, sie setzt jedoch voraus, dass dem Gläubiger – hier dem Bauherrn – Vorteile zufließen, die ihm ursprünglich nach dem Vertrag nicht geschuldet waren. Wenn die herrschende Meinung indes einen Mangel annimmt und den Weg der Gewährleistung einschlägt, so erhält der Bauherr durch die Nacherfüllung nicht mehr, sondern genau das, was ursprünglich vom Bauunternehmer geschuldet war. Der Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung ist in einem solchen Fall nicht eröffnet.<sup>740</sup>

(2) **Beteiligung an den übrigen Mängelbeseitigungskosten.** Soweit die übrigen Mängelbeseitigungskosten betroffen sind,<sup>741</sup> soll die Tatsache der Mitverursachung des Mangels durch die verbindliche Vorgabe des Bauherrn über § 254 Abs. 1 BGB auch auf der Kostenebene Berücksichtigung finden.<sup>742</sup>

Ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hat die Vorschrift jedoch nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruches. Dies folgt nicht zuletzt aus der Stellung der Norm im Kontext der den Schadensersatz regelnden §§ 249 ff. BGB und dem klaren Wortlaut

<sup>733</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter Kap. 2 D.

<sup>734</sup> Siehe zum Begriff oben unter Kap. 1 B.II.3.a)bb)(1)(a)(aa).

<sup>735</sup> BGH, Beschl. v. 25.1.2007 – VII ZR 41/06, NJW-RR 2007, 597, 598 Tz. 17; Urt. v. 20.4.1989 – VII ZR 80/88, NJW-RR 1989, 849, 851; Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 210f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.12.2001 – 21 U 92/01, BauR 2002, 802, 804; *Leupertz*, in: FS für Kapellmann, S. 253, 261; *Brandt*, BauR 1982, 524, 533.

<sup>736</sup> Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 76; Erman/*Ebert*, Vor §§ 249–253 Rn. 85; *Groß*, NJW 1971, 648, 649; *Früb*, BauR 1992, 160, 162.

<sup>737</sup> Erman/*Ebert*, Vor §§ 249–253 Rn. 85.

<sup>738</sup> *Groß*, in: FS für Korbion, S. 123, 123 f.

<sup>739</sup> A. A.: Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 76.

<sup>740</sup> *Glöckner*, BauR 2009, 302, 317; kritisch auch: *Gross*, in: FS für Korbion, S. 123, 131.

<sup>741</sup> Siehe zum Begriff oben unter Kap. 1 B.II.3.a)bb)(1)(a)(bb).

<sup>742</sup> BGH, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 88/70, NJW 1973, 518, 518; Urt. v. 29.11.1971 – VII ZR 101/70, NJW 1972, 447, 447 f.; Urt. v. 15.12.1969 – VII ZR 8/68, BauR 1970, 57, 59; Urt. v. 23.6.1960 – VII ZR 71/59, NJW 1960, 1813; *Leupertz*, in: FS für Kapellmann, S. 253, 261; *Kaiser*, BauR 1981, 311, 319; einen Sorgfaltsverstoß des Bestellers fordernd und damit eine engere Ansicht vertretend: NK-BGB/*Raab*, § 633 Rn. 54.

der jeweiligen Absätze, der auf Entstehung und Verursachung bzw. Abwendung oder Minderung eines konkreten Schadens gerichtet ist.<sup>743</sup> Der als Schaden in der Regel geltend gemachte Geldbetrag kann hierbei problemlos über § 254 Abs. 1 BGB angemessen nach Verschuldensbeiträgen gekürzt werden.

Problematisch erscheint die Anwendung der Norm jedoch im Rahmen eines Erfüllungsanspruchs wie dem Anspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Die Kürzung eines als Schadensersatz geltend gemachten Geldbetrages kommt hier nicht ohne weiteres in Betracht; der Anspruch ist seinem Inhalt nach auf Erfüllung in Form einer Naturalleistung gerichtet. § 254 Abs. 1 BGB stellt aber eine haftungsausfüllende Norm im Rahmen eines Schadensersatzanspruches dar. Eine Begrenzung der übrigen Gewährleistungsansprüche, insbesondere des Nacherfüllungsanspruches, lässt sich aus ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht ableiten.<sup>744</sup> Aber auch in diesem Fall soll § 254 Abs. 1 BGB nach herrschender Meinung als weiterer Ausdruck von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Kostenbeteiligung des Bauherrn an den eigentlichen Kosten der Nacherfüllung begründen.<sup>745</sup> Im Ergebnis steht dem zur Mangelbeseitigung verpflichteten Bauunternehmer dann über §§ 242, 254 Abs. 1 BGB ein Anspruch gegen den Bauherrn auf einen angemessenen Zuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten zu.<sup>746</sup> Auch diese Lösung könnte sich dogmatischen Bedenken aussetzen:

(a) *Treu und Glauben als Mittel der Verschleierung einer Analogie.* Die herrschende Meinung bekennt sich im Grundsatz dazu, dass § 254 BGB an sich nicht auf Erfüllungsansprüche anwendbar sein soll.<sup>747</sup> Um diese Aussage im Rahmen der Nacherfüllungsansprüche nicht vollständig zu unterlaufen, wird § 242 BGB als Anknüpfungspunkt einer Kostenbeteiligungspflicht des Bauherrn bemüht;<sup>748</sup> innerhalb dieser Anspruchsgrundlage wird aber wiederum allein nach den Kriterien des § 254 BGB abgewogen.<sup>749</sup> Mithin werden über § 242 BGB die gleichen Ergebnisse wie bei einer Anwendung von § 254 BGB herbeigeführt.<sup>750</sup> Berücksichtigt man die Tatsache, dass § 254 BGB nur eine

<sup>743</sup> Peters, JZ 1995, 754, 754.

<sup>744</sup> Kraus, Planungsverantwortung bei partnerschaftlichen Bauvertragsmodellen, S. 124.

<sup>745</sup> BGH, Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676, 1677; Urt. v. 26.2.1981 – VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449; Urt. v. 29.11.1971 – VII ZR 101/70, NJW 1972, 447, 447; Krause-Allenstein, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rn. 82; EMW/Fuchs, § 634 BGB Rn. 32; Früh, BauR 1992, 160, 161; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 1531; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 634 Rn. 132.

<sup>746</sup> Je nachdem ob der Einwand der Mitverursachung des Mangels durch den Bauherrn außerprozessual oder im Prozess erhoben wird, kann der Bauunternehmer vorprozessual einzig eine ausreichende Sicherheitsleistung durch den Bauherrn verlangen (BGH, Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344, 350) oder im Prozess eine Verurteilung zur Nacherfüllung Zug um Zug gegen Zahlung des Zuschusses beantragen (BGH, Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344, 349).

<sup>747</sup> BGH, Urt. v. 14.11.1966 – VII 112/64, NJW 1967, 248, 250 m. w. N.; Urt. v. 20.3.1986 – III ZR 236/84, NJW 1986, 2104, 2106; Urt. v. 16.11.2005 – IV ZR 120/04, NJW-RR 2006, 394, 396 Tz. 27; Palandt/Grüneberg, § 254 Rn. 4; Erman/Ebert, § 254 Rn. 19; PWW/Medicus, § 254 Rn. 4.

<sup>748</sup> BGH, Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676, 1677; Urt. v. 26.2.1981 – VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449; Urt. v. 29.11.1971 – VII ZR 101/70, NJW 1972, 447, 447; vgl. auch: BGH, Urt. v. 11.5.1988 – VIII ZR 96/87, NJW 1988, 2665, 2666 (§ 242 BGB i. R. v. § 557 Abs. 1 S. 1 BGB a. F.); Urt. v. 14.10.1971 – VII ZR 313/69, NJW 1972, 36, 40 (§ 242 BGB i. R. v. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB).

<sup>749</sup> Peters, JZ 1995, 754, 757; ähnlich: Herr, NJW 1972, 250, 251.

<sup>750</sup> Staudinger/Schiemann (2004), § 254 Rn. 24; MünchKommBGB/Oetker, 6. Aufl., § 254 Rn. 22 f.

besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist<sup>751</sup> und ihm damit an sich als speziellerer Norm gegenüber § 242 BGB ein Vorrang einzuräumen ist,<sup>752</sup> so wird Folgendes deutlich: Das dogmatische Konstrukt eines Anspruchs auf Beteiligung an den Mängelbeseitigungskosten ist nichts anderes als eine verschleierte Analogie des § 254 BGB auf Erfüllungsansprüche in Form des Nacherfüllungsanspruches.<sup>753</sup> Der Rückgriff auf § 242 BGB ist überflüssig und macht in der Sache keinen Unterschied,<sup>754</sup> die Lücke muss über eine analoge Anwendung des § 254 BGB geschlossen werden.<sup>755</sup> Hieran – an der Zulässigkeit einer Analogie – hat sich das dogmatische Konstrukt der herrschenden Meinung messen zu lassen.

(b) *Analoge Anwendung des Mitverschuldensgedankens auf den Nacherfüllungsanspruch.* Nimmt die herrschende Meinung nichts anderes als eine analoge Anwendung des Mitverschuldensgedankens auf den Erfüllungsanspruch in Gestalt des §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB an, so müssen deren Voraussetzungen in Form einer planwidrigen Regelungslücke und einer Vergleichbarkeit der Interessenlage beim Gedanken des Mitverschuldens und bei dem hier zu erörternden Problem einer Beteiligung des Schuldners an den Kosten der Nacherfüllung gegeben sein.

(aa) *Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.* Was das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke betrifft, so zeigt sich deutlich, dass der Gedanke des Mitverschuldens – wie er in § 254 BGB eine grundlegende Kodifizierung erfahren hat – nicht nur dem eigentlichen Schadensersatzrecht innewohnt,<sup>756</sup> sondern grundsätzlich auch im Rahmen vertraglicher Erfüllungsansprüche zur Geltung kommt:

So hält § 645 Abs. 1 S. 1 BGB eine Regelung zum Mitverschulden des Unternehmers bereit.<sup>757</sup> Sein durch das Fehlverhalten des Bestellers entstandener Vergütungsanspruch aus § 645 Abs. 1 S. 1 BGB – in seiner Gestalt ein echter Erfüllungsanspruch<sup>758</sup> – entfällt vollständig, soweit der Umstand der Verschlechterung am Bauwerk auch auf ein Fehlverhalten des Unternehmers zurückzuführen ist. Weiter weisen auch die §§ 326 Abs. 2 S. 2, 615 S. 2, 649 S. 2 Hs. 2 BGB eine Art Mitverschuldensregelung in Anlehnung an § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB auf, die den Fall der böswillig unterlassenen Minderung der aus §§ 326 Abs. 2 S. 1, 615 S. 1, 649 S. 2 Hs. 1 BGB folgenden Vergütungsansprüche regelt.<sup>759</sup>

<sup>751</sup> BGH, Urt. v. 18.4.1997 – V ZR 28/96, NJW 1997, 2234, 2235 m. w. N.; Palandt/*Grüneberg*, § 254 Rn. 1, Erman/*Ebert*, § 254 Rn. 4; MünchKommBGB/*Oetker*, 6. Aufl., § 254 Rn. 4; kritisch: *PWW/Medicus*, § 254 Rn. 1.

<sup>752</sup> Erman/*Ebert*, § 254 Rn. 4; a. A.: *Roth*, AcP 180 (1980), 263, 268.

<sup>753</sup> *Peters*, JZ 1995, 754, 757 f.

<sup>754</sup> *Roth*, AcP 180 (1980), 263, 296, dort Fn. 214.

<sup>755</sup> MünchKommBGB/*Oetker*, 6. Aufl., § 254 Rn. 4; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 257, 262; ähnlich auch: *Lange*, in: *Lange/Schiemann*, S. 542 („§ 254 BGB versteckt in § 242 BGB“).

<sup>756</sup> Soweit *Peters*, JZ 1995, 754, 755 in diesem Zusammenhang nicht nur § 254 BGB erwähnt, sondern auch in §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 BGB bzw. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. eine gesetzliche Ausprägung des Mitverschuldens sieht, so kann dem nicht gefolgt werden. Die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis führt lediglich zum Wegfall des die Anspruchsgrundlagen rechtfertigenden Vertrauenssubstrats und ist keine Ausprägung eines Mitverschuldens.

<sup>757</sup> *Peters*, JZ 1995, 754, 755.

<sup>758</sup> *Staudinger/Peters/Jacoby* (2008), § 645 Rn. 23; *Messerschmidt/Voit/Merkens*, § 645 BGB Rn. 18.

<sup>759</sup> *Peters*, JZ 1995, 754, 755. Nicht gefolgt werden kann *Peters*, JZ 1995, 754, 755 jedoch, soweit er auch die Wertungen der §§ 326 Abs. 1 S. 2, 615 S. 2, 649 S. 2 Hs. 1 BGB hinsichtlich der



Dies zeigt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich auch ein Mitverschulden außerhalb des Schadensersatzrechts als berücksichtigungsfähig betrachtet. Legt man den weiteren Ausführungen die Hypothese zugrunde, der Gesetzgeber habe wegen der Vielzahl der zu erfassenden Fälle keine abschließende Regelung zum Mitverschulden außerhalb des Schadensersatzes treffen können, so kann eine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf eine Berücksichtigung des Mitverschuldens im Rahmen von Erfüllungsansprüchen angenommen werden.<sup>760</sup>

(bb) *Vergleichbarkeit der Interessenlage.* Fraglich ist jedoch, ob sich aus den ein Mitverschulden regelnden Vorschriften ein Grundgedanke entnehmen lässt, der auf die vergleichbare Interessenlage des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts übertragen werden kann.<sup>761</sup>

(a) Hierbei könnte zunächst an die *Regelung des § 254 BGB* und das dort enthaltene Prinzip einer gerechten Schadensverteilung angeknüpft werden.

(aa) Legt man hierbei mit der herrschenden Meinung einen natürlichen Schadensbegriff zugrunde, so setzt die Anwendbarkeit des § 254 BGB eine unfreiwillige Vermögenseinbuße voraus, die auf der Beeinträchtigung von Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen beruht.<sup>762</sup> § 254 BGB findet seinen Geltungsbereich also dort, wo es darum geht, die Vermögenseinbuße eines Betroffenen auf den Verursacher dieser Beeinträchtigung zu verlagern. Trifft den Betroffenen selbst eine Verantwortlichkeit an der unfreiwilligen Vermögenseinbuße, so soll § 254 BGB eine gerechte Verteilung der Belastung bewirken.<sup>763</sup> Eine Anwendbarkeit des Mitverschuldensgedankens von § 254 BGB setzt also immer einen Anspruch mit Kompensationscharakter voraus, dessen Inhalt darauf gerichtet ist, eine unfreiwillige Vermögenseinbuße auf ihren Verursacher zu verlagern.

(bβ) Berücksichtigt man vorstehende Ausführungen, so muss dann aber zunächst eine Anwendung des Grundgedankens von § 254 BGB auf *primäre Erfüllungsansprüche* unterbleiben.

Solchen Ansprüchen liegt gerade nicht das Element der Unfreiwilligkeit zugrunde, wurden sie doch von den Parteien durch den bewussten Vertragsschluss freiwillig erst begründet.<sup>764</sup> Primären Erfüllungsansprüchen wohnt damit nicht der für § 254 BGB entscheidende Kompensationscharakter für eine unfreiwillige Vermögenseinbuße inne.<sup>765</sup>

Auch der in § 254 BGB verkörperte Gedanke der Vernachlässigung des eigenen Interessenkreises haftet einer schuldhaften Mitverursachung des Gläubigers an dem für den Schuldner nachteiligen Erfüllungsanspruch nicht an; es ist vielmehr so, dass das Fehlverhalten des Gläubigers den eigenen Interessenkreis verlässt und auf den Rechtskreis des Schuldners übergreift.<sup>766</sup>

---

Anrechnung realen Erwerbs als „Anspruchsminderungspflicht“ begreift. Insoweit dürfte es sich eher um den Gedanken einer Vorteilsausgleichung handeln.

<sup>760</sup> Peters, JZ 1995, 754, 755.

<sup>761</sup> Siehe zur Vergleichbarkeit der Interessenlage: Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4 Rn. 80; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 889.

<sup>762</sup> Erman/Ebert, Vor §§ 249–253 Rn. 14; Palandt/Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 9; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 256.

<sup>763</sup> Ähnlich: Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 257.

<sup>764</sup> Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 258 f.

<sup>765</sup> Roth, AcP 180 (1980), 263, 269; vgl. auch: Keuk, Vermögensschaden und Vermögensinteresse, S. 164.

<sup>766</sup> Roth, AcP 180 (1980), 263, 298; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 259.