

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 DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65525 8

beck-shop.de

Münchener Universitätschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

von

Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin

Band 243

beck-shop.de

beck-shop.de

Die Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers im BGB-Bauvertrag

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

von

Dr. Christian Stretz, LL.M. (NYU)



Verlag C. H. Beck München 2013

beck-shop.de

www.beck.de

D 6

ISBN 978 3 406 65525 8

© 2013 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Fotosatz H. Buck
Zweikirchener Str.7, 84036 Kumhausen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

beck-shop.de

*Meinen Eltern
Traudi und Bernd Stretz*

beck-shop.de

beck-shop.de

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Nach Abgabe der Arbeit erschienene Veröffentlichungen mit Themenbezug wurden vor Drucklegung noch eingearbeitet. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Januar 2013 berücksichtigt werden.

Das Dissertationsvorhaben wurde von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Johannes Hager, mit wertvollen Ratschlägen und Hinweisen betreut. Hierfür, für die Freiräume, die er mir während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München beließ, und nicht zuletzt für die wunderschöne Zeit an seinem Lehrstuhl möchte ich mich sehr herzlich bedanken.

Mein Dank gilt zudem Herrn Professor Dr. Helmut Köhler, der das Zweitgutachten innerhalb kürzester Zeit erstellt hat, und Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, der einer Aufnahme der Arbeit in diese Reihe zugestimmt hat.

Meinen Eltern zu danken, erscheint mir zu wenig. Sie haben mich nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit, sondern bei jeder Entscheidung in meinem Leben liebevoll unterstützt. Erst durch ihre uneingeschränkte Förderung wurde diese Arbeit ermöglicht. Sie soll ihnen daher gewidmet sein.

München, im Februar 2013

Christian Stretz

beck-shop.de

beck-shop.de

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einführung	1
A. Hintergrund der Arbeit	1
I. Reformbemühungen im (Bau-)Werkvertragsrecht	1
II. Hintergrund der Reformbemühungen	2
III. Frage nach der Notwendigkeit der Reformbemühungen	8
B. Gegenstand der Untersuchung	8
I. Arbeitsthese	8
II. Konkretisierung des Prüfungsumfangs	9
C. Gang der Untersuchung	9
Kapitel 1: Konzept der Funktionalitätshaftung und ihrer Beschränkung ..	11
A. Dilemma der Bestimmung des Leistungsumfangs im Bauvertrag	11
I. Begriff des Erfolges und Funktionalitätserwartung der Parteien	12
II. Langzeitcharakter und Komplexität des Bauvertrages	13
III. Leistungsbeschreibung als Vertragsgegenstand	14
IV. (In-)Kongruenz von Leistungsbeschreibung und Funktionalität	15
V. Zusammenfassung	18
B. Gestaltungsfreiheit, Planungsverantwortung und Haftungsumfang ...	18
I. Grundmodell: Alleinige Planungsverantwortung des Bauunter- nehmers	19
II. Verlagerung der Planungsverantwortung auf den Bauherrn	20
C. Zusammenfassung	44

Kapitel 2: Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers bei einseitiger Planungsverantwortung	47
A. Vorüberlegungen	47
B. Dogmatische Herleitung des funktionalen Mangelbegriffs	49
I. Anwendung eines normativen Mangelbegriffs?	49
II. Leistungsbeschreibung als „aliud“ zur Beschaffenheitsvereinbarung? ..	51
III. Umgehung des Stufenverhältnisses in § 633 Abs.2 BGB	58
IV. Anpassung des konkreten Inhalts der Beschaffenheitsvereinbarung ...	78
C. Ergebnis	103
D. Anhang: Mehrvergütungsanspruch des Bauunternehmers	104
I. Ansprüche wegen Überschreitung der vertraglichen Leistungspflicht? ..	105
II. Ergänzende Vertragsauslegung?	109
III. Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs.1, Abs.2 BGB	111
IV. Ergebnis	120
Kapitel 3: Einstandspflicht des Bauunternehmers bei Verlagerung der Planungsverantwortung	121
A. Potentielle rechtsdogmatische Modelle der Haftungsbeschränkung	121
I. Unbeschränkte Funktionalitätshaftung und Ausschluss im Einzelfall ..	122
II. Beschränkung des Leistungsinhalts „ab initio“	122
B. Dogmatische Herleitung der Einstandspflicht und ihrer Beschränkung	123
I. Funktionalitätshaftung und Ausschluss durch Haftungsbefreiung	123
II. Beschränkung der Haftung „ab initio“	155
III. Dogmatische Würdigung der Haftungsbeschränkung „ab initio“	168
C. Ergebnis	175
Kapitel 4: Gefahr einer Haftungszersplitterung?	177
A. Bedenkenhinweispflicht und dogmatische Herleitung	177
I. Rechtlicher Ursprung der Bedenkenhinweispflicht	178
II. Rechtsnatur der Bedenkenhinweispflicht	188

B. Schadensersatz in Gestalt der Gewährleistungsrechte	208
I. Tatbestandliche Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches	209
II. Mögliche Rechtsfolgen der Einstandspflicht	209
III. Ergebnis	229
C. Vergleich mit dem Gewährleistungsrecht	230
I. Anforderungen an die Gewährleistungspflicht des Bauunternehmers . .	230
II. Schadensersatzrechtliche Einstandspflicht im Vergleich	234
III. Ergebnis	240
D. Schlussbetrachtung	241
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	243
Literaturverzeichnis	247

beck-shop.de

beck-shop.de

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einführung	1
A. Hintergrund der Arbeit	1
I. Reformbemühungen im (Bau-)Werkvertragsrecht	1
II. Hintergrund der Reformbemühungen	2
1. Funktionalitätshaftung bei fehlerhafter Leistungsbeschreibung	3
a) Funktionalitätshaftung vor der Schuldrechtsreform	3
b) Funktionalitätshaftung nach der Schuldrechtsreform	4
c) Erste dogmatische Bedenken	5
2. Haftungsbeschränkung bei fehlerhafter Auftraggeberanordnung	6
a) Beschränkung der Funktionalitätshaftung vor der Schuldrechtsreform	6
b) Beschränkung der Funktionalitätshaftung nach der Schuldrechtsreform	7
c) Erste dogmatische Bedenken	7
III. Frage nach der Notwendigkeit der Reformbemühungen	8
B. Gegenstand der Untersuchung	8
I. Arbeitsthese	8
II. Konkretisierung des Prüfungsumfangs	9
C. Gang der Untersuchung	9
Kapitel 1: Konzept der Funktionalitätshaftung und ihrer Beschränkung ..	11
A. Dilemma der Bestimmung des Leistungsumfangs im Bauvertrag	11
I. Begriff des Erfolges und Funktionalitätserwartung der Parteien	12
II. Langzeitcharakter und Komplexität des Bauvertrages	13
III. Leistungsbeschreibung als Vertragsgegenstand	14
1. Funktionale Leistungsbeschreibung	14
2. Detaillierte Leistungsbeschreibung	15

IV. (In-)Kongruenz von Leistungsbeschreibung und Funktionalität	15
1. Kongruenz von Leistungsbeschreibung und funktionalem Bauerfolg	15
a) Funktionalität und funktionale Leistungsbeschreibung	15
b) Funktionalität und ausreichende detaillierte Leistungs- beschreibung	16
2. Inkongruenz von Leistungsbeschreibung und funktionalem Bauerfolg	16
a) Erfolg in Form eines funktionalen Bauwerkes	17
b) Erfolg als Resultat fehlerfreier Umsetzung der vereinbarten Bauleistungen	17
V. Zusammenfassung	18
B. Gestaltungsfreiheit, Planungsverantwortung und Haftungsumfang ...	18
I. Grundmodell: Alleinige Planungsverantwortung des Bauunter- nehmers	19
1. Historische Vorstellung von der Planungsfreiheit des Bauunter- nehmers	19
2. Funktionalitätshaftung als Korrelat zur Planungsfreiheit	19
II. Verlagerung der Planungsverantwortung auf den Bauherrn	20
1. Mögliche Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit des Bauunternehmers	21
a) Vorgabe der Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber ...	21
aa) Inhalt der vorgegebenen Leistungsbeschreibung	21
(1) Funktionale Leistungsbeschreibung	21
(2) Detaillierte Leistungsbeschreibung	22
bb) Rechtliche Grundlage	22
b) Anordnungen des Bauherrn	22
aa) Gegenstand der Anordnung	22
bb) Rechtliche Grundlage	23
(1) Reichweite der Anordnungsbefugnis	23
(2) Dogmatische Herleitung der Anordnungsbefugnis	24
c) Vom Bauherrn vorgeschriebene oder gelieferte Stoffe und Bauteile	25
aa) Umfang der Vorgabe	25
bb) Rechtliche Grundlage	25
d) Vorarbeiten anderer Auftragnehmer	26
aa) Vorarbeiten als Eingriff in die werkvertragliche Gestaltungs- freiheit	26
bb) Rechtliche Grundlage	26
e) Zusammenfassung	26
2. Voraussetzungen einer Verlagerung der Planungsverantwortung ...	27
a) Relevanter Umstand zur Verlagerung der Planungs- verantwortung	27
aa) Zeitpunkt der Vorgabenerteilung?	27
bb) Vorgaben aus der Sphäre des Bauherrn	28
cc) Abwägung nach Billigkeitsgesichtspunkten	29

dd) Kriterium der Vorherrscharkeit	30
ee) Bindungswirkung der Vorgabe	30
(1) Risikoverlagerung entsprechend einer hypothetischen Parteivereinbarung	31
(2) Qualitätsanreiz für den Bauunternehmer	32
(3) Asymmetrische Informationsverteilung	32
(4) Kostengünstige Preisgestaltung	34
(a) Reduzierung der Transaktionskosten für die Risiko- ermittlung	34
(b) Reduzierung der Risikoprämie für die Möglichkeit einer Gewährleistungshaftung	36
(5) Ausschluss betrügerischen Verhaltens	36
(6) Schlussfolgerung	37
b) Element der Verbindlichkeit im Rahmen der einzelnen Beschränkungsszenarien	37
aa) Vom Bauherrn vorgegebene Leistungsbeschreibung	37
bb) Anordnung des Bauherrn	38
cc) Vom Bauherrn gelieferte oder vorgegebene Stoffe und Bauteile	39
dd) Vorarbeiten anderer Auftragnehmer	39
c) Zusammenfassung	40
3. Ausmaß der Verlagerung der Planungsverantwortung	40
a) Interessenlage der Parteien	40
aa) Interesse des Bauherrn an einer Haftung des Bauunter- nehmers	40
bb) Beschränktes Interesse des Bauunternehmers an unbe- schränkter Einstandspflicht	41
(1) Angemessene Verlagerung der Kosten einer Fehler- beseitigung	41
(2) Möglichkeit einer vollumfänglichen Haftungsverlagerung auf den Bauherrn	42
b) Bedenkenhinweispflicht als Kriterium der Reichweite einer Haftungsverlagerung	43
c) Bedenkenhinweispflicht und Haftungsumfang	43
aa) Gemeinschaftliche Planungsverantwortung von Bauherrn und Bauunternehmer	44
bb) Einseitige Planungsverantwortung des Bauherrn	44
C. Zusammenfassung	44

Kapitel 2: Funktionalitätshaftung des Bauunternehmers bei einseitiger Planungsverantwortung	47
A. Vorüberlegungen	47
B. Dogmatische Herleitung des funktionalen Mangelbegriffs	49
I. Anwendung eines normativen Mangelbegriffs?	49
1. Wirtschaftliche Bestimmung des mangelfreien Werkerfolges	49
2. Unvereinbarkeit mit der Funktion des § 633 Abs.2 BGB	50
a) § 633 Abs.2 BGB als Mittel zur Bestimmung des mangelfreien Werkerfolges	50
b) § 633 Abs.2 BGB als Ausdruck des vorrangigen, subjektiven Mangelbegriffs	50
3. Zwischenergebnis	51
II. Leistungsbeschreibung als „aliud“ zur Beschaffenheitsvereinbarung? ..	51
1. Leistungsbeschreibung als reine Bestimmung des „Bausolls“	51
a) Leistungsbeschreibung und Inhalt der „versprochenen“ Werkleistung	51
b) Vergütung als Gegenleistung für die Erfüllung der Erfolgsverpflichtung	52
c) Künstliche Aufspaltung von Herstellungspflicht und Erfolgsverpflichtung	53
2. Leistungsbeschreibung als rein vertragliche Vergütungsgrundlage? ..	53
a) Begriff der Leistungsbeschreibung im normativen Kontext	54
aa) Leistungsbeschreibung und § 4 VOB/A	54
bb) Änderung des Bauentwurfs und § 1 Abs.3 VOB/B	55
cc) Leistungsphasen der HOAI	55
dd) Ungeeignetheit der Leistungsbeschreibung zur Bestimmung der Leistungspflicht?	56
ee) Zwischenergebnis	57
b) Normativer Kontext der Leistungsbeschreibung und Parteiwille ..	57
3. Zwischenergebnis	57
III. Umgehung des Stufenverhältnisses in § 633 Abs.2 BGB	58
1. Funktionalität des Bauwerks als Element der Beschaffenheitsvereinbarung	58
a) Weiter Begriff der Beschaffenheit	58
b) Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs im Kontext des § 633 Abs.2 BGB	59
aa) Hinweise in den Gesetzesmaterialien?	59
bb) Wortlaut und Systematik des § 633 Abs.2 BGB	60
c) Zwischenergebnis	61
2. Kumulative Anwendung der Tatbestandsmerkmale des § 633 Abs.2 BGB	61
a) Auslegung des § 633 Abs.2 BGB	61
aa) Anwendung nationaler Auslegungsmethoden	61
(1) Die einzelnen Auslegungskriterien	61

(a) Wortlaut der Norm	61
(b) Historische Auslegung der Norm	62
(c) Teleologische Auslegung der Norm	63
(aa) Hinweise in den Gesetzesmaterialien	63
(bb) Analyse der Gesetzesmaterialien	63
(d) Systematik der Norm	64
(2) Abwägung der einzelnen Auslegungskriterien und absolute Wortlautgrenze	65
(a) Vorrang der teleologischen Auslegung	65
(b) Wortlaut als Grenze jeder Auslegung	65
(3) Zwischenergebnis	66
bb) Europarechtskonforme Auslegung des § 633 Abs.2 BGB	66
(1) Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und § 633 Abs.2 BGB	66
(a) Europarechtlicher Hintergrund des § 633 Abs.2 BGB	66
(b) Bedürfnis nach einer europarechtskonformen Auslegung	67
(c) Berücksichtigung der VerbrKRL im Rahmen von § 633 Abs.2 BGB	67
(2) Richtlinienkonforme Auslegung und ihre Grenzen	68
(3) Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung im Fall des § 633 Abs.2 BGB	69
(a) Stellung der richtlinienkonformen Auslegung im Kanon der Auslegungsmethoden	69
(b) Gesamtabwägung aller Auslegungskriterien contra Wortlautgrenze	70
(4) Zwischenergebnis	70
cc) Ergebnis	70
b) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	70
aa) Allgemeine Möglichkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	71
bb) Möglichkeit richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Fall des § 633 Abs.2 BGB	72
(1) Unvollständigkeit des Gesetzes	72
(2) Planwidrigkeit der gesetzlichen Regelung	73
(a) Planungsmaßstab und nationale Rechtsordnung	73
(aa) Positiver Rückschluss auf Planungsmaßstab anhand der Gesetzesmaterialien?	73
(bb) Rechtsfortbildung bei unklarem Planungsmaßstab?	73
(b) Planungsmaßstab und Richtlinie	74
(aa) Umsetzungswille als Anhaltspunkt für Planungsmaßstab	74
(bb) Allgemeiner oder konkreter Umsetzungswille?	74
(cc) Konkreter Umsetzungswille des Gesetzgebers?	76
(3) Zwischenergebnis	76
c) Ergebnis	76
3. Enge Auslegung des Begriffes der Beschaffenheitsvereinbarung	76

a) Funktionalität und „insoweit“ fehlende Beschaffenheitsvereinbarung	77
b) Funktionalität als Beschaffenheitsmerkmal?	77
c) Zwischenergebnis	78
4. Ergebnis	78
IV. Anpassung des konkreten Inhalts der Beschaffenheitsvereinbarung ...	78
1. Kernproblem widersprüchlicher Aussageelemente	78
2. Parallele Lösungsansätze	79
a) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB	79
aa) Relevante Sachverhaltskonstellation	79
bb) Lösungsansatz: Ausschluss der Hauptleistungspflicht	80
cc) Vergleichbarkeit mit dem Fall fehlerhafter Leistungsbeschreibungen?	80
dd) Zwischenergebnis	81
b) Offener Kalkulationsirrtum	81
aa) Relevante Sachverhaltskonstellation	81
bb) Lösungsansatz: Vorrang der Auslegung	82
(1) Subjektive Auslegung und „falsa demonstratio non nocet“	82
(a) Voraussetzungen zur Annahme einer unbeachtlichen Fehlbezeichnung	82
(b) Positive Feststellung des tatsächlichen Willens als Voraussetzung einer unbeachtlichen Fehlbezeichnung	83
(2) Objektive Auslegung und anderweitige Berücksichtigung der Fehlkalkulation	84
(3) Dissens oder Perplexität der Willenserklärungen	84
cc) Vergleichbarkeit mit dem Fall einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung	85
dd) Zwischenergebnis	85
3. Beschaffenheitsvereinbarung und ergänzende Vertragsauslegung ...	85
a) (Teil-)Nichtigkeit der Vertragserklärungen als Voraussetzung ...	86
b) Vorrang subjektiver Auslegung und Unanwendbarkeit des § 139 BGB	86
c) Zwischenergebnis	87
4. Subjektive Auslegung und konkreter Inhalt der Leistungsbeschreibung	87
a) Fallkonstellationen und gesteigerte Relevanz der Funktionalitätserwartung	88
aa) Fallkonstellationen einseitiger Planungsverantwortung des Bauunternehmers	88
bb) Besonderes Charakteristikum der Fallkonstellationen	88
b) Beschaffenheitsvereinbarung und übereinstimmende „falsa demonstratio“	89
aa) Willenserklärung des Bauherrn	89
(1) Interessenlage und wirtschaftlicher Zweck des Bauherrn ..	90
(2) Sonstige äußere Umstände	90
(a) Werkvertragliche Gestaltungsfreiheit des Bauunternehmers	90

(b) Fachliche Überlegenheit des Bauunternehmers	91
(3) Auslegung nach dem subjektiven Willen des Bauherrn	91
(a) Abwägung der Auslegungsumstände	91
(b) Konkreter Inhalt der Erklärung des Bauherrn	92
(4) Zwischenergebnis	92
bb) Willenserklärung des Bauunternehmers	92
(1) Tatsächlicher Wille des Bauunternehmers	92
(a) Interessenlage des Bauunternehmers	93
(b) Sonstige äußere Umstände	93
(c) Auslegung nach dem subjektiven Empfängerhorizont	93
(aa) Abwägung der Auslegungsumstände	93
(bb) Parallelwertung im AGB-Recht	94
(2) Hilfsweise: Normativer Konsens	95
(3) Zwischenergebnis	95
cc) Ergebnis: Einigung über die notwendigen Beschaffenheitsmerkmale	96
c) Überprüfung des Ergebnisses	96
aa) Wahrung der Systematik des § 633 Abs.2 BGB	96
bb) Vereinbarkeit der Auslegungslösung mit den Vorgaben der VerbrKRL	97
(1) Kumulative Anwendung der Tatbestandsmerkmale	97
(2) Möglichkeit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung	98
cc) Leistungserweiternde Wirkung und Entscheidungsbefugnis des Bauherrn?	99
(1) Leistungserweiterung und Risiko einer Übervorteilung des Bauherrn	99
(2) Widerspruch zu einer Entscheidungsbefugnis des Bauherrn?	99
(a) Bestehen einer Dispositionsbefugnis des Bauherrn betreffend die Leistung des Bauunternehmers	100
(b) Wahrung der Entscheidungsbefugnis des Bauherrn	101
(3) Ergebnis	102
dd) Unzulässige Ausweitung der rechtsgeschäftlichen Abrede?	102
(1) Beschaffenheitsvereinbarung als Grenze jeder Funktionalitätserwartung?	102
(2) Unvereinbarkeit der durch Auslegung ermittelten rechtsgeschäftlichen Abreden	102
ee) Unterlaufen der Regelung des § 633 Abs.2 S.2 Nr.1 BGB	103
C. Ergebnis	103
D. Anhang: Mehrvergütungsanspruch des Bauunternehmers	104
I. Ansprüche wegen Überschreitung der vertraglichen Leistungspflicht?	105
1. Fall der vom Bauherrn angeordneten Mehrleistung	105
2. Fall der vom Bauunternehmer eigenständig erbrachten Mehrleistung	106

3. Vereinbarkeit mit der Auslegungslösung?	106
a) Mehrleistungen aufgrund Anordnung des Bauherrn	106
aa) Gesonderte Abrede zur Vergütung der Mehrleistungen	107
bb) Fehlen einer gesonderten Abrede zur Vergütung der Mehrleistungen	107
cc) Zwischenergebnis	108
b) Mehrleistungen ohne Anordnung des Bauherrn	108
c) Zwischenergebnis	109
II. Ergänzende Vertragsauslegung?	109
1. Inhaltliche Beschränkung der Vergütungsvereinbarung?	109
2. Unbeschränkte Vergütungsvereinbarung für den Werkerfolg	110
3. Zwischenergebnis	111
III. Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB	111
1. Anwendbarkeit der Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage	111
2. Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung als Geschäftsgrundlage	112
a) Gemeinsame Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung	112
b) Erstellung der Leistungsbeschreibung durch den Bauunternehmer allein	113
aa) Erkennbarkeit der Geschäftsgrundlage des Bauunternehmers	113
bb) Aufnahme der Geschäftsgrundlage in den Geschäftswillen des Bauherrn	113
cc) Zwischenergebnis	114
3. Fehlerhaftigkeit der Geschäftsgrundlage in wesentlichem Punkt	114
4. Risikoverteilung als Anpassungshindernis?	115
a) Vertragliche Risikoübernahme	115
b) Anderweitige Risikozuordnung	115
aa) Risikoverteilung über die unbeschränkte Erfolgshaftung?	115
bb) Herkunft der Leistungsbeschreibung als alleiniges Kriterium zur Risikoverteilung?	116
cc) Ergänzend: Vorhersehbarkeit der Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung?	116
dd) Zwischenergebnis	117
c) Ergebnis	117
5. Unzumutbarkeit einer Aufrechterhaltung des Vertrages	117
a) Rein finanzielle Mehrbelastung als Unzumutbarkeitsschwelle?	118
b) Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Parteien	118
aa) Wirtschaftliche Belastung des Bauunternehmers	119
bb) Wirtschaftliche Belastung des Bauherrn	119
c) Zwischenergebnis	119
IV. Ergebnis	120

Kapitel 3: Einstandspflicht des Bauunternehmers bei Verlagerung der Planungsverantwortung	121
A. Potentielle rechtsdogmatische Modelle der Haftungsbeschränkung	121
I. Unbeschränkte Funktionalitätshaftung und Ausschluss im Einzelfall	122
II. Beschränkung des Leistungsinhalts „ab initio“	122
B. Dogmatische Herleitung der Einstandspflicht und ihrer Beschränkung	123
I. Funktionalitätshaftung und Ausschluss durch Haftungsbefreiung	123
1. Haftungsausschluss kraft Gesetzes	123
a) Werkvertragliche Gefahrtragungsregel aus § 645 Abs. 1 S. 1 BGB	124
aa) Tatbestandliche Erfassung von Auftragebervorgabe und Bedenkenhinweis	124
(1) „Verschlechterung“ des Bauwerks vor der Abnahme als Mangelfall	124
(2) Verantwortlichkeit des Bestellers und verbindliche Auftragebervorgaben	124
(3) Fehlendes Vertretenmüssen des Unternehmers und Bedenkenhinweis	125
(4) Zwischenergebnis	125
bb) Rechtsfolge: Übergang der Vergütungs- und Leistungsgefahr?	125
(1) Gleichlauf von Leistungs- und Vergütungsgefahr?	126
(2) § 645 BGB als Risikoregelung im Rahmen der Mängelhaftung?	127
a) Überschneidung von Vergütungsgefahr und Mängelhaftung	127
b) Überbewertung der Überschneidungen von Vergütungsgefahr und Mängelhaftung	128
cc) Zwischenergebnis	128
b) Gefahrübergang infolge Annahmeverzug nach § 644 Abs. 1 S. 2 BGB	128
aa) Fehlerhafte Mitwirkung des Bestellers und Annahmeverzug nach § 295 S. 1 BGB	128
bb) Übergang der Leistungsgefahr nach § 644 Abs. 1 S. 2 BGB?	129
cc) Zwischenergebnis	130
c) Haftungsausschluss wegen Kenntnis bzw. Kennenmüssens des Mangels	130
aa) Haftungsausschluss nach § 640 Abs. 2 BGB?	130
bb) Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB analog?	131
cc) Zwischenergebnis	131
d) Haftungsbefreiung nach Treu und Glauben	131
aa) § 13 Abs. 3 VOB/B als Ausdruck von Treu und Glauben?	132
(1) § 13 Abs. 3 VOB/B als „kodifiziertes“ Verbot widersprüchlichen Verhaltens?	132

(a)	Schaffung einer Vertrauensgrundlage durch den Bauherrn?	132
(b)	Anordnung und Gewährleistungsinanspruchnahme als sachlich unvereinbares Verhalten?	133
(c)	Zwischenergebnis	134
(2)	§ 13 Abs. 3 VOB/B als Ausdruck von Treu und Glauben (§ 242 BGB)?	134
(a)	§§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B als Ausdruck einer Verkehrssitte?	134
(b)	§ 242 BGB i. V. m. §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B als Gegenstand einer isolierten AGB-Kontrolle?	135
(c)	Zwischenergebnis	135
bb)	Systematische und rechtsdogmatische Bedenken	135
(1)	Unzulässige Einführung eines Verschuldens in die Gewährleistungshaftung?	136
(2)	Erweiterung des Leistungsumfangs im Vergleich zur Primärleistung	136
(3)	Wertungswiderspruch mit den Regelungen des BGB	138
(a)	Inhaltlicher Wertungswiderspruch im Verhältnis zum Werklieferungsvertrag	138
(aa)	Haftungsausschluss nach § 651 S. 2 i. V. m. § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	138
(bb)	Untragbarer Wertungswiderspruch zum Werklieferungsvertrag	138
(cc)	Behebbarkeit des Widerspruchs	140
(dd)	Zwischenergebnis	141
(b)	Systematischer Widerspruch zu den Zielen der Schuldrechtsmodernisierung	141
(4)	Ergebnis	142
cc)	Insbesondere: Systemwidrige Herleitung der Mehrwertgütungsansprüche	142
(1)	Beteiligung an den „Sowieso-Kosten“	143
(2)	Beteiligung an den übrigen Mängelbeseitigungskosten ..	143
(a)	Treu und Glauben als Mittel der Verschleierung einer Analogie	144
(b)	Analoge Anwendung des Mitverschuldensgedankens auf den Nacherfüllungsanspruch	145
(aa)	Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	145
(bb)	Vergleichbarkeit der Interessenlage	146
(cc)	Zwischenergebnis	150
(c)	Ergebnis	150
2.	Haftungsausschluss durch (quasi-)vertragliche Risikoübernahme ..	150
a)	Rechtsgeschäftliche Risikoübernahme	151
aa)	Risikoübergang als Folge einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung?	151
bb)	Keine Stütze in der Rechtsprechung des BGH	152
cc)	Wertungswiderspruch mit § 645 Abs. 1 S. 1 BGB	153
dd)	Zwischenergebnis	154

b) Risikoübergang nach dem vertraglichen Gefahrenplan	154
aa) Tatsächliche Umstände als Anknüpfungspunkt einer Haftungsbeschränkung?	154
bb) Systematische und rechtsdogmatische Bedenken	154
cc) Zwischenergebnis	155
3. Ergebnis	155
II. Beschränkung der Haftung „ab initio“	155
1. Gesetzliche Beschränkung der Haftung	156
a) Beschränkung des mangelfreien Werkerfolges kraft Gesetzes?	156
b) Selbstverschulden des Bestellers als Grundlage einer Risikoverlagerung	158
c) Fehlende Zurechenbarkeit des Mangels	158
aa) Element der Zurechenbarkeit als Voraussetzung einer Haftung?	159
bb) Systematische Bedenken	160
cc) Zwischenergebnis	160
d) Ergebnis	160
2. Haftungsbeschränkung aus vertragsautonomer Erfolgsdefinition	160
a) Vorüberlegungen zu einer Auslegung der Parteierklärungen	161
aa) Kategorisierung der Auftraggebervorgaben	161
bb) Auftraggebervorgaben als leistungsinhaltsbestimmende Willenserklärungen	161
b) Auslegung bei Vorgaben mit Bindungswirkung	162
aa) Verbindliche Vorgabe durch Leistungsbeschreibung	162
(1) Vorrangige subjektive Auslegung	162
(a) Tatsächlicher Wille des Bauherrn	162
(aa) Wortlaut der Erklärung	162
(bb) Interessenlage und wirtschaftlicher Zweck	163
(cc) Äußere Umstände	163
(dd) Gesamtabwägung der Auslegungsfaktoren	164
(b) Tatsächlicher Wille des Bauunternehmers	165
(aa) Wortlaut der Erklärung	165
(bb) Interessenlage und wirtschaftlicher Zweck	165
(cc) Äußere Umstände	166
(dd) Gesamtabwägung der Auslegungsfaktoren	166
(c) Einseitige Auslegung zugunsten des Bauunternehmers?	166
(2) Zwischenergebnis	167
bb) Auslegung von fehlerhaften Auftraggeberanordnungen nach Vertragsschluss	167
c) Zwischenergebnis	168
3. Ergebnis	168
III. Dogmatische Würdigung der Haftungsbeschränkung „ab initio“	168
1. Vermeidung dogmatischer Ungereimtheiten anderer Lösungsansätze	168
a) Dogmatisch nachvollziehbare Erfassung der Mehrvergütungsansprüche	169

aa) Erfassung der Sowiesokosten.....	169
bb) Erfassung der übrigen Mängelbeseitigungskosten.....	169
b) Keine unzulässige Beschränkung der Prinzipien des Werkvertrages.....	170
c) Konsequente Umsetzung des subjektiven Mangelbegriffs.....	171
d) Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit Werklieferungsverträgen.....	171
e) Klare Trennung zwischen Gewährleistung und Verschuldenshaftung.....	172
f) Verwirklichung der Ziele der Schuldrechtsreform.....	172
2. Vollkommene Aufgabe des funktionalen Mangelbegriffs?.....	173
3. Vereinbarkeit mit den Vorgaben der VerbrKRL.....	173
4. Unterlaufen der Regelung des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB?.....	174
5. Widerspruch zur VOB/B?.....	174
6. Zwischenergebnis.....	175
C. Ergebnis.....	175
Kapitel 4: Gefahr einer Haftungszersplitterung?.....	177
A. Bedenkenhinweispflicht und dogmatische Herleitung.....	177
I. Rechtlicher Ursprung der Bedenkenhinweispflicht.....	178
1. Bedenkenhinweispflicht als Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung?.....	178
a) Bedenkenhinweispflicht als Element der Erfolgsvereinbarung... ..	178
b) Bedenkenhinweispflicht als Gegenstand einer gesonderten Parteivereinbarung.....	179
c) Zwischenergebnis.....	180
2. Bedenkenhinweispflicht auf gesetzlicher Grundlage.....	180
a) Erkennbares Informationsgefälle.....	181
aa) Kenntnisstand des Bauherrn.....	181
bb) Kenntnisstand des Bauunternehmers.....	182
(1) Tatsächlicher Wissensvorsprung des Bauunternehmers... ..	182
(2) Hypothetischer Wissensvorsprung und Informationsbeschaffungspflicht.....	182
(a) Vorbild: Nachforschungspflichten im Kapitalanlage-recht.....	182
(b) Übertragung der Grundsätze zum Kapitalanlage-recht auf den Werkvertrag.....	183
(c) Zwischenergebnis.....	184
cc) Erkennbarkeit des Informationsgefälles.....	185
b) Entscheidungserheblichkeit.....	185
c) Einzelfallabwägung.....	185
aa) Interesse des Bauunternehmers am Unterbleiben der Aufklärung?.....	185
bb) Interesse des Bauherrn an einer Aufklärung.....	186

c) Abwägung.....	187
d) Ergebnis.....	187
II. Rechtsnatur der Bedenkenhinweispflicht	188
1. Bedenkenhinweispflicht im Pflichtenkanon des Bauvertrages	188
a) Bedenkenhinweispflicht als Hauptleistungspflicht?	188
aa) Bedenkenhinweispflicht als Charakteristikum des Werkvertrages?	189
bb) Bedenkenhinweispflicht und wesentliche Bedeutung für die Vertragsdurchführung	190
(1) Wesentliche Bedeutung nach dem Willen der Parteien.....	190
(2) Wesentliche Bedeutung nach den äußeren Umständen.....	191
(a) Bedenkenhinweispflicht als der Erfolgsverpflichtung immanenter Teil?	191
(b) Bedenkenhinweispflicht und entfernter Mangelfolgeschaden	193
(c) Besondere Bedeutung durch Konkretisierung in DIN-Vorschriften?	193
(d) Keine Notwendigkeit zur Erreichung des Vertragszwecks.....	194
cc) Zwischenergebnis	194
b) Bedenkenhinweispflicht als Nebenpflicht	194
aa) Anzuwendendes System der Nebenpflichten	195
bb) Systematische Stellung der Bedenkenhinweispflicht im Kanon der Nebenpflichten	195
(1) Leistungsbezogenheit der Bedenkenhinweispflicht	196
(a) Schutz des Integritätsinteresses?	196
(b) Weitergehende Leistungsbezogenheit des Schutzzwecks.....	197
(c) Zwischenergebnis	198
(2) Nebenleistungspflicht oder leistungsbezogene Nebenpflicht.....	198
(a) Unterscheidung zwischen Auskunftsansprüchen und Aufklärungsanspruch	198
(b) Ausnahmsweise Einklagbarkeit von Aufklärungspflichten?.....	199
(3) Ergebnis	200
2. Einordnung als Leistungs- oder Schutzpflicht innerhalb des § 241 BGB	200
a) „Zwitterstellung“ der Bedenkenhinweispflicht im Kontext des § 241 BGB	201
b) Vorzugswürdige Einordnung als Rücksichtnahmepflicht	201
aa) Sinnhaftigkeit eines Fristsetzungserfordernisses?.....	201
bb) Notwendigkeit des Tatbestandsmerkmals der Unzumutbarkeit.....	202
cc) Abstrakt-relativer Charakter der Bedenkenhinweispflicht	203
dd) Zwischenergebnis	203
c) Mögliche Einordnung leistungsbezogener Nebenpflichten in § 241 Abs.2 BGB	203

aa) Wortlaut der Norm	204
bb) Systematische Auslegung	204
cc) Gesetzgeberischer Wille	204
(1) Beabsichtigte Trennung von Leistungs- und Integritäts- interesse	205
(2) Beschränkung des § 241 Abs. 2 BGB auf nicht-leistungs- bezogene Nebenpflichten	206
dd) Teleologische Auslegung	207
ee) Abwägung der Auslegungskriterien	208
3. Ergebnis	208
B. Schadensersatz in Gestalt der Gewährleistungsrechte	208
I. Tatbestandliche Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches	209
II. Mögliche Rechtsfolgen der Einstandspflicht	209
1. Schaden in Gestalt des funktionsunfähigen Bauwerks?	210
a) Gewährleistungsähnliche Einstandspflicht durch Vorrang der Naturalrestitution	210
b) Haftungszersplitterung gegenüber Gewährleistungsrecht	211
aa) Erfordernis der Fristsetzung und das Recht zur zweiten Andienung	212
bb) Verlust des Selbstvornahmerechts?	213
(1) Bestand eines „Selbstvornahmerechts“	213
(2) Inhaltliche Unterschiede	213
(a) Höhe des Anspruchs auf Kostenvorschuss	214
(b) Darlegungs- und Beweislast	215
(aa) Darlegungslast	215
(bb) Beweislast	216
cc) Verlust des werkvertraglichen Einreden-Systems	218
dd) Unterschiedliche Verjährungsregelungen	220
(1) Subjektiver vs. objektiver Verjährungsbeginn und unter- schiedliche Fristen	220
(2) Analoge Anwendung des § 634a BGB?	220
(a) Unmittelbarer Zusammenhang zwischen Pflicht- verletzung und Gewährleistungsansprüchen?	220
(b) Analoge Anwendung des § 634a BGB bei fehlendem Mangelbezug?	221
(3) Zwischenergebnis	223
c) Ergebnis	223
2. Analoge Anwendung der §§ 634 ff. BGB?	223
3. Schadensersatzrechtliche Erweiterung der vertraglichen Leistungs- pflicht	224
a) Reale Lage: Beschränkter Werkherstellungsanspruch des Bauherrn	224
b) Hypothetische Lage: Werkherstellungsanspruch nach fehler- freien Vorgaben	225
aa) Hypothetischer Bedenkenhinweis und fehlerfreie Vorgabe ..	225
bb) Ausnahmsweiser Ersatz des Erfüllungsinteresses	226

c) Schadensbeseitigung durch Naturalrestitution	227
d) Sonderproblem: Unterschiedliche Verjährungsfristen?	227
e) Zwischenergebnis	229
III. Ergebnis	229
C. Vergleich mit dem Gewährleistungsrecht	230
I. Anforderungen an die Gewährleistungspflicht des Bauunternehmers ..	230
1. Mangel und Mangelerscheinung	230
2. Prozessuale Geltendmachung des Mangels	231
a) Schwierigkeiten der Darlegungs- und Beweislast für den Bauherrn	231
b) Erleichterte Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Mangels	232
aa) Darlegungslast und Symptom-Theorie	232
bb) Beweislast zum Mangel und Entlastungsbeweis des Bauunternehmers	233
II. Schadensersatzrechtliche Einstandspflicht im Vergleich	234
1. Ausgangspunkt: Vortrag des Bauherrn wie bei der Mangelgewährleistung	234
2. Vortrag von Alternativursachen durch den Bauunternehmer	234
a) Vortrag von Drittursachen außerhalb der eigenen Leistungserbringung	235
b) Vortrag der Verursachung durch Vorgaben des Bauherrn	235
aa) Weitere Tatbestandsmerkmale einer Einstandspflicht des Bauunternehmers	235
bb) Prozessuale Schlechterstellung des Bauherrn bei der Darlegungs- und Beweislast?	235
(1) Tatbestandsmerkmale mit identischer Darlegungs- und Beweislast	235
(2) Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast	236
(a) Tatbestandsmerkmal: Pflichtverletzung	236
(b) Tatbestandsmerkmal: Kausalität zwischen unterbliebenem Bedenkenhinweis und Erteilung der Vorgabe	237
cc) Insbesondere: Kausalität zwischen Mangelerscheinung und Vorgabe	238
(1) Erfolgreiche Geltendmachung einer schadensersatzrechtlichen Einstandspflicht	238
(2) Scheitern der schadensersatzrechtlichen Einstandspflicht ..	239
III. Ergebnis	240
D. Schlussbetrachtung	241
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	243
Literaturverzeichnis	247