

# Der Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Mangels

Eine vergleichende Betrachtung des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts

Bearbeitet von  
Ines Rauhut

1. Auflage 2011. Taschenbuch. 248 S. Paperback  
ISBN 978 3 631 61152 4  
Gewicht: 330 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeines Schuldrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.



Ines Rauhut

## Der Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Mangels

Eine vergleichende Betrachtung  
des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts



# Inhaltsverzeichnis

Einführung .....	19
A. Problemdarstellung .....	19
I. Mangelkenntnis bei Vertragsschluss .....	19
II. Mangelkenntnis bei Annahme des Vertragsgegenstandes .....	21
B. Aufgabenstellung .....	23
Teil I: Mangelkenntnis bei Vertragsschluss .....	27
§ 1 Die ratio legis des Haftungsausschlusses .....	27
A. Entstehung der Normen .....	28
I. Die Entstehung des § 442 Abs. 1 BGB .....	28
1. Entstehung des § 439 Abs. 1 BGB a.F. ....	28
2. Entstehung des § 460 BGB a.F. ....	30
a) Beratungen und Entwürfe .....	30
b) Motive .....	31
3. Einführung des § 442 BGB .....	32
a) Reformbestrebungen vor Einführung des	
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes .....	32
b) Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie .....	33
4. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte .....	35
II. Die Entstehung des § 536 b S. 1 und S. 2 BGB .....	36
1. Entstehung des § 539 BGB a.F. ....	36
2. Entstehung des § 541 BGB a.F. ....	37
3. Einführung des § 536 b BGB .....	39
4. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte .....	39
B. Ratio legis .....	39
I. Ratio des § 442 Abs. 1 S. 1 und § 536 b S. 1 BGB .....	40
1. Verzichtserklärung .....	40
2. Mangel als Teil der Beschaffenheitsvereinbarung .....	43
3. Fehlende Schutzbedürftigkeit .....	44
4. Kosten- und Risikominderung im beiderseitigen Interesse ..	45
5. Typisierende Lösung nach dem mutmaßlichen Parteiwillen ..	47
6. Ausfluss des Verbots des venire contra factum proprium .....	48
II. Ratio des § 442 Abs. 1 S. 2 und § 536 b S. 2 BGB .....	51
1. Beweiserleichterungsregel .....	51

2. Kosten- und Risikominderung im beiderseitigen Interesse ..	52
3. Pflicht des Käufers, die „Augen im Verkehr offen zu halten“	53
III. Ergebnis .....	56
C. Übertragbarkeit auf das Werkvertragsrecht .....	56
D. Ergebnis .....	57
§ 2 Unterschiede der gesetzlichen Regelungen .....	58
A. Unterschiede auf Tatbestandsebene .....	58
I. Grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers .....	58
II. Grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters .....	59
1. Behandlung der zugesicherten Eigenschaft entsprechend Wortlaut .....	59
2. Anspruchserhaltung bei zugesicherter Eigenschaft .....	60
III. Zusammenfassung .....	61
B. Unterschiede auf Rechtsfolgenebene .....	61
I. Umfang des Rechtsausschlusses bei § 442 Abs. 1 BGB .....	61
1. Anspruch auf mangelfreie Erfüllung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB .....	62
2. Anspruch auf das stellvertretende commodum aus § 285 BGB .....	64
3. Schadensersatzansprüche außerhalb der Mängelrechte .....	65
a) Vertragliche Schadensersatzansprüche .....	65
b) Deliktische Ansprüche .....	66
4. Einredeweise Geltendmachung .....	67
II. Umfang des Rechtsausschlusses bei § 536 b S. 1 und 2 BGB .....	67
1. Anspruch auf vertragsgemäße Überlassung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB .....	68
2. Schadensersatzansprüche außerhalb der Mängelrechte .....	70
a) Vertragliche Schadensersatzansprüche .....	70
b) Deliktische Schadensersatzansprüche .....	71
3. Einredeweise Geltendmachung .....	72
III. Zusammenfassung .....	73
C. Wirkungen auf andere Normen .....	73
I. Wirkungen des § 442 BGB .....	73
1. Einfluss auf die Anwendbarkeit des § 254 BGB .....	74
a) Die Interessenabwägung des BGH .....	74
b) Lex specialis des § 442 BGB .....	76
c) Anwendbarkeit des § 254 BGB .....	76
d) Änderungen aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes .....	77

e) Anwendbarkeit des § 254 BGB im Rahmen deliktischer Ansprüche .....	78
f) Zwischenergebnis .....	79
2. Haftung des Käufers aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB .....	79
II. Wirkungen des § 536 b S. 1 und 2 BGB .....	80
1. Anwendbarkeit des § 254 BGB .....	80
2. Haftung des Mieters aus §§ 280 Abs. 2, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB .....	81
III. Zusammenfassung .....	82
D. Ergebnis .....	82
§ 3 Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung .....	83
A. Der Vertragsgegenstand als Begründungsansatz .....	84
I. Vertragsgegenstand des Kaufvertrages .....	84
II. Vertragsgegenstand des Mietvertrages .....	86
III. Vertragsgegenstand des Werkvertrages .....	88
1. Der Hauptanwendungsfall des Werkvertrages im Bauwesen ...	89
a) Der Ablauf eines Bauprojektes .....	89
b) Der Leistungsumfang .....	90
2. Die Mangelhaftung als Erfolgshaftung .....	91
3. Möglichkeit der Kenntnis eines Mangels .....	92
IV. Sonderfall: Vertrag nach § 651 BGB .....	94
V. Ergebnis .....	96
B. Die Art des Schuldverhältnisses als Begründungsansatz .....	97
I. Einmaliger Leistungsaustausch beim Kaufvertrag .....	97
II. Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis .....	98
1. Wiederkehrende Pflichten beim Dauerschuldverhältnis .....	98
2. Der Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB .....	98
3. Auswirkung auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ..	100
III. Besonderheit des Werkvertrages .....	102
1. Das Zeitmoment des Herstellungsprozesses .....	102
a) Mängelbeseitigungsanspruch während der Herstellungsphase .....	103
b) Besondere Regelung in § 4 Nr. 7 VOB/B .....	104
c) Schlussfolgerung .....	105
2. Die Pflichten des Unternehmers während des Herstellungsprozesses .....	106
C. Ergebnis .....	107
§ 4 Lösungsansätze für eine Korrektur .....	109
A. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	109

I.	Ausländische Rechtsordnungen .....	109
1.	Schweizerisches Recht .....	109
2.	Österreichisches Recht .....	110
3.	Französisches Recht .....	111
4.	Englisches Recht .....	112
5.	Zusammenfassung .....	115
II.	Draft Common Frame of Reference .....	116
1.	Allgemeine Regelungen .....	119
2.	Sales .....	119
3.	Lease of goods .....	120
4.	Services .....	121
a)	Allgemeine Regelungen .....	121
b)	Besondere Regelungen zu einzelnen Verträgen .....	122
5.	Zusammenfassung .....	123
III.	Folgerungen für das deutsche Recht .....	124
B.	Möglichkeit der Korrektur de lege lata .....	125
I.	Spezielle Regelungen im Werkvertragsrecht .....	125
1.	Ausreichende Regelung aufgrund der Verteilung der Verantwortlichkeit .....	125
a)	Verteilung der Verantwortlichkeiten .....	126
b)	Alleinige Verantwortlichkeit des Bestellers .....	128
2.	Ausgleich durch § 645 BGB .....	130
3.	§ 640 Abs. 2 BGB als ausreichende Regelung .....	131
II.	Analoge Anwendung der §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536 b S. 1 BGB ..	131
1.	Abgrenzung zu § 242 BGB .....	132
2.	Gesetzes- oder Rechtsanalogie .....	134
3.	Planwidrige Regelungslücke .....	136
4.	Vergleichbare Interessenlage .....	139
III.	Ergebnis .....	140
Teil 2: Mangelkenntnis bei Annahme des Vertragsgegenstandes .....		141
§ 5 Die ratio legis des Haftungsausschlusses .....		142
A.	Entstehung der Normen .....	142
I.	Die Entstehung des § 464 BGB a.F. ....	142
II.	Die Entstehung des § 536 b S. 3 BGB .....	143
III.	Die Entstehung des § 640 Abs. 2 BGB .....	144
1.	Vorlage in Form des Dresdener Entwurfes .....	144
2.	Beratungen und Entwürfe im Rahmen der Gesetzgebung ....	145
3.	Gesetzesänderungen .....	146
4.	Ergebnis .....	147

IV. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte .....	147
B. Ratio legis .....	147
I. Anerkenntnis als vertragsgemäß .....	148
II. Verzichtserklärung .....	149
III. Schutz beiderseitiger Interessen .....	150
IV. Sicherung des Rechtsfriedens .....	151
V. Fehlende Schutzbedürftigkeit .....	152
VI. Schaffung „klarer Verhältnisse“ .....	152
VII. Verbot des venire contra factum proprium .....	153
C. Ergebnis .....	155
§ 6 Unterschiede der gesetzlichen Regelungen .....	156
A. Unterschiede auf Tatbestandsebene .....	156
I. Annahme der mangelhaften Sache im Sinne des § 536 b S. 3 BGB .....	157
II. Abnahme im Sinne § 640 Abs. 2 BGB .....	157
III. Zusammenfassung .....	159
B. Unterschiede auf Rechtsfolgenebene .....	159
I. Umfang des Rechtsausschlusses des § 536 b S. 3 BGB .....	159
II. Umfang des Rechtsausschlusses des § 640 Abs. 2 BGB .....	160
1. Meinungsstand zur Regelung bis zum 31.12.2001 .....	161
2. Auswirkungen auf die Regelung ab dem 1. 1. 2002 .....	162
3. Folgerungen für weitere Rechte .....	165
III. Zusammenfassung .....	166
C. Wirkungen auf andere Normen .....	166
I. Wirkungen des § 536 b S. 3 BGB .....	166
II. Wirkungen des § 640 Abs. 2 BGB .....	167
III. Zusammenfassung .....	170
D. Rechtliche Folgen der Kenntnis bei Annahme der Kaufsache .....	170
E. Ergebnis .....	171
§ 7 Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung .....	172
A. Der relevante Zeitpunkt als Begründungsansatz .....	172
I. Die Annahme als Erfüllung als relevanter Zeitpunkt .....	172
II. Vergleichbarer Zeitpunkt beim Kaufvertrag .....	173
III. Folgerungen .....	175
B. Der Vertragsgegenstand als Begründungsansatz .....	175
C. Spezielle Eigenschaften der Schuldverhältnisse als Begründungsansatz .....	176
D. Ergebnis .....	177
§ 8 Lösungsansätze für eine Korrektur .....	177
A. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	177

I.	Ausländische Rechtsordnungen .....	178
1.	Schweizerisches Recht .....	178
2.	Österreichisches Recht .....	180
3.	Französisches Recht .....	180
4.	Englisches Recht .....	182
5.	Zusammenfassung .....	183
II.	Draft Common Frame of Reference .....	183
1.	Allgemeine Regelungen .....	184
2.	Sales .....	184
3.	Lease of goods .....	184
4.	Services .....	184
5.	Zusammenfassung .....	186
III.	Folgerungen für das deutsche Recht .....	186
B.	Möglichkeit der Korrektur de lege lata .....	187
I.	Ausschluss der Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche bei § 640 Abs. 2 BGB .....	188
II.	Ausschluss der Mängelrechte bei Mangelkenntnis des Käufers	191
1.	Erforderlichkeit der Aufhebung des § 464 BGB a.F. ....	191
a)	Begründungsansätze für die Aufhebung .....	191
aa)	Begründung des Gesetzgebers .....	191
bb)	Weitere Begründungsansätze der Literatur .....	193
b)	Vereinbarkeit des § 464 BGB a.F. mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie .....	195
aa)	Regelungsbereich gedeckt von Art. 2 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie .....	195
bb)	Regelungsbereich gedeckt von Art. 5 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie .....	196
cc)	Berücksichtigung der Mangelkenntnis bei Annahme durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie .....	197
dd)	Berücksichtigung des Rechtsmissbrauchsverbots als allgemeiner Grundsatz .....	199
(1)	Das Rechtsmissbrauchsverbot im Gemeinschaftsprivatrecht .....	199
(2)	Entscheidung des BGH vom 22.12.2004 .....	202
(3)	Ausdruck des allgemeinen Rechtsmissbrauchs- verbots in § 464 BGB a.F. ....	204
c)	Ergebnis .....	205
2.	Folgen der Aufhebung des § 464 BGB a.F. für eine Korrektur .....	206
a)	Lösung über § 363 BGB .....	206



b) Rückgriff auf § 242 BGB .....	207
c) Analoge Anwendung der §§ 536 b S. 3, 640 Abs. 2 BGB .	208
aa) Planwidrige Regelungslücke .....	209
bb) Motivirrtum des Gesetzgebers .....	210
III. Ergebnis .....	211
C. Vorschlag der Korrektur de lege ferenda .....	212
I. Erforderliche Regelung im Werkvertragsrecht .....	212
II. Erforderliche Regelung im Kaufvertragsrecht .....	212
Teil 3: Zusammenfassung .....	213
A. Mangelkenntnis bei Vertragsschluss .....	213
B. Mangelkenntnis bei Annahme des Vertragsgegenstandes .....	217
Anhang .....	221
Literaturverzeichnis .....	231