

wurf. Es sei richtig, so meinte er, die Schadensersatzhaftung des Verkäufers zu verschärfen. Anders als *Honsell* befürwortete *Grundmann* auch die IKEA-Klausel. Er sagte, sie sei nur als pars pro toto eines einheitlichen Haftungskonzepts im europäischen Privatrecht zu verstehen. Ähnliche Haftungsstatbestände seien aber auch bei anderen Vertragstypen denkbar. § 434 I 2 KF wolle den gesamten Bereich der Suggestivwerbung im Sinne des *EuGH* abdecken, also alles, was den Kaufentschluss in irgendeiner Weise beeinflusst hat. Es sei wünschenswert, daß der Entwurf aber auch den Ausnahmetatbestand der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie übernehme, wonach der Verkäufer auch dann von der Haftung für öffentliche Werbeaussagen frei werde, wenn er diese berichtige (vgl. Art. 4 IV 2. Spiegelstrich Verbrauchsgüterkaufrechtlinie). Diese Ausnahme sei eine konsequente Umsetzung des Gedankens der Privatautonomie, den die Richtlinie respektiere.

Johannes Hager griff die bereits angesprochenen Fragen einer adäquaten Regelung des Rücktrittsrechts auf. Die Differenzierung zwischen gesetzlichen und vertraglichen Rücktrittsgründen sei falsch. Der Haftungsmaßstab solle in beiden Fällen die Kenntnis des Rücktrittsberechtigten vom Rücktrittsgrund sein. Ungereimt sei es, den beim Rücktritt geschuldeten Wertersatz an den Kaufpreis zu binden. Im übrigen plädierte er dafür, den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht als Rücktrittsgrund auszugestalten, sondern nur eine privilegierte Haftung zuzulassen.

Dagegen verteidigte *Helmut Heinrichs* die Regelung der Rücktrittsfolgen im Entwurf. Er erinnerte an die (im Abschlußbericht von 1992, S. 178 wiedergegebene) Bemerkung von *Caemmerers*, der die §§ 346ff. BGB als „für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdrin-

gendes Dickicht von Streitfragen und Thesen“ bezeichnet hatte. Die Rücktrittsfolgen im BGB seien ein Kompromiß zwischen dem gemeinen Recht und dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, was erkläre, daß die Regeln nicht gelungen seien. Im Vergleich dazu seien die Vorschriften des Entwurfs auf jeden Fall eine Verbesserung. Zu den Rücktrittsfolgen gehöre auch, daß der Gläubiger Schadensersatz nach § 280 KF verlangen könne (§ 346 IV KF). Zuzugeben sei, daß § 346 III Nr. 3 KF problematisch sei, aber diese Formulierung sei auch verbesserungsfähig.

Harm Peter Westermann stimmte der in der Diskussion geäußerten Kritik an der einheitlichen Regelung der Folgen des vertraglichen und gesetzlichen Rücktrittsrechts zu. Dem Einwand von *Bucher* entgegnete er, die alte Unterscheidung von Stück- und Gattungskauf sei nun eben nicht mehr systembestimmend. Hinsichtlich der von *Ernst* angesprochenen Probleme bei der Beweislastumkehr räumte er einen „Rückstand von Unwohlsein“ ein. Für die angesprochene Haftung für Werbeausgaben werde die Rechtsprechung die richtigen Grenzen finden. So sei „Weltmeisterschokolade“ zur Zeit einer Fußball-WM sicherlich keine Zusicherung. Auf eine Frage von *Karsten Schmidt* meinte *Westermann*, die Rügepflicht des Kaufmanns aus § 377 HGB bleibe von der Regelung des Rückgriffsrechts des Unternehmers nach § 476 KF unberührt. Zum Schluß wies *Westermann* auf die ungewohnte Rolle des Gesetzgebers bei dieser Reform hin: Der Gesetzgeber betreibe mit dem Käuferschutz Gläubigerschutz und nicht Schuldnerschutz, was ein Risiko in sich trage.

Privatdozent Dr. Tilman Reppen, Köln/Tübingen

Professor Dr. Herbert Roth, Universität Regensburg

Die Reform des Werkvertragsrechts

I. Schwerpunkte

Die „konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ (KF) nach dem Stand vom 6.3. 2001 – und für das Verjährungsrecht vom 22.3. 2001 – beinhaltet wie schon die Vorgängerregelung (DiskE)¹ eine Überarbeitung der werkvertraglichen Regelungen des BGB. Im Zentrum steht die seit langem geforderte Neugestaltung der Schadensersatzhaftung des Werkunternehmers in § 635 BGB und der Verjährungsregelung des § 638 BGB². Der neue § 634 Nr.3 KF (§ 638 DiskE) sieht mit seiner Verweisung auf § 280 KF vor, daß der Besteller bei einer zu vertretenden Pflichtverletzung des Unternehmers Ersatz seines Schadens verlangen kann. Dieser Schadensersatzanspruch verjährt einheitlich in drei Jahren³, bei einem Bauwerksmangel oder bei Arbeiten an einem Grundstück in fünf Jahren (§§ 196 Abs.1, 2 KF). Die Abgrenzung der nach den §§ 635, 638 BGB kurz verjährenden, mit dem Werkmangel eng zusammenhängenden Mangelfolgeschäden, von den mit der dreißigjährigen Frist der positiven Forderungsverletzung lang verjährenden (§ 195 BGB) entfernten Mangelfolgeschäden wird daher entbehrlich⁴. Da es kaum zu bestreiten ist, daß sich die Rechtsprechung trotz aller Anstrengungen aus eigener Kraft nicht mehr aus dem Dickicht befreien konnte, das sie selbst geschaffen hat, sollte wenigstens in diesem Punkt einer Reform des Werkvertragsrechts Einigkeit über

die Notwendigkeit und Legitimität eines gesetzgeberischen Eingreifens zu erzielen sein⁵.

Als wenig überzeugend erscheint es mir trotz anderslautender Stimmen, daß der neueste Diskussionsentwurf nach dem Stand vom 22.3. 2001 jetzt für die überaus wichtigen *Eigentumsverletzungen* an Rechtsgütern des Bestellers beim Zusammentreffen von vertraglicher und deliktischer Haftung nicht den Vorrang der vertraglichen Verjährung bestimmt, wie es noch die Schuldrechtskommission vorge schlagen hatte⁶. Bricht z.B. sechs Jahre nach Abnahme einer industriellen Ölfuerungsanlage (§§ 196 Abs. 2 Nr. 1, 201 Abs. 1 Nr. 3 KF) ein Ölzuleitungsrohr und geht im Sinne der bisherigen „entfernten Mangelfolgeschäden“ das Brennofengebäude in Flammen auf⁷, so kann der Besteller in das Deliktsrecht ausweichen. Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 3 KF ist bereits verjährt, weil die Frist des § 196 KF – wenn ich die Vorschrift richtig verstanden habe – *kenntnisunabhängig* mit der Abnahme des Werks beginnt (§ 201 KF). Für den deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB entscheidet dagegen u.a. die *Kenntnis* des Geschädigten vom Schaden über den Verjährungsbeginn (§ 195

1 Damaliger Stand: 4.8. 2000.

2 Eindrucksvoll die Darstellung im Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Hrsg.: Bundesminister der Justiz (1992), S. 23, 24.

3 Für eine Zweijahresfrist tritt ein *Heinrich Honsell* JZ 2001, 18, 21.

4 Nachw. bei *Staudinger/Peters*, BGB, Neubearbeitung 2000, § 635 Rdnr. 55ff.; *Erman-H.H.Seiler*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 635 Rdnr. 20ff.

5 Gegen den abweichenden Ansatz von *Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht (1983), S. 45ff. hat *Medicus* AcP 186 (1986), 268ff. überzeugende Argumente vorgebracht. Gleichwohl skeptisch zu eben diesem Punkt des Werkvertragsrechts *H.H.-Seiler*, Das geplante Werkvertragsrecht I, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), S. 263.

6 Abschlußbericht (Fn. 2), S. 72ff.; *Rolland*, in: FS *Medicus* (1999), S. 469, 493 spricht anschaulich von der Flucht in die verjährungsrechtlich begünstigte Anspruchsgrundlage.

7 *BGHZ* 58, 305 (dreißigjährige Verjährung des Anspruches aus positiver Vertragsverletzung); für die Beibehaltung der langen Verjährungsfrist für Mangelfolgeschäden aber *Ernst* NJW 1994, 2177, 2178 Fn. 22 u.ö.

Abs. 1 S. 1 KF)⁸. Der Sache nach wird damit bei verborgenen Mängeln der Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels hinausgeschoben. Das kann im *Gewährleistungsrecht* aber ernstlich niemand wollen, weil der Fristbeginn dann von einem Internum des Bestellers abhängt, in das der Unternehmer regelmäßig keinen Einblick hat⁹. Damit wird die Risikoverteilung des Werkvertragsrechts ausgehebelt, das mit Recht das Vertrauen des Werkunternehmers darin schützt, nach einer bestimmten Frist ohne Risiko über die Vergütung disponieren zu können. Diese Erwägung gilt nicht nur für vertragliche, sondern auch und gerade für die häufig konkurrierenden deliktischen Schadensersatzansprüche. Treffen freilich vertragliche Ansprüche mit dem verschuldensunabhängigen Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG zusammen, so setzt sich der wegen seiner europarechtlichen Herkunft zwingende § 12 Abs. 1 ProdHaftG durch. Der darin liegende Wertungswiderspruch ist bedauerlich, aber nicht zu vermeiden. Einzelheiten der – mir aus Gründen der Rechtssicherheit überaus zweifelhaften – zum neuen Ordnungsmodell erhobenen subjektiven Anknüpfung der Verjährung müssen dem Referat von *Detlef Leenen* vorbehalten bleiben. Als zutreffend erscheint mir nur die lange Verjährung des § 195 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KF für die besonders wertvollen Rechtsgüter wie Leben, Körper und Gesundheit. Nicht einsichtig ist mir auch, weshalb § 196 Abs. 1 KF verjährungsrechtlich danach unterscheidet, ob die Werkleistung in der Herstellung oder Veränderung einer Sache besteht oder nicht. Nach meinem Urteil schwankt das Verjährungsrecht mit seinem monatlichen Paradigmenwechsel prinzipienlos wie das Schilf im Winde.

II. Reformbedarf

Gestatten sie mir einige allgemeinere Bemerkungen zum bestehenden Reformbedarf im Werkvertragsrecht, bevor ich zu einzelnen Vorschriften des Diskussionsentwurfes komme. Ich sehe mich dazu durch die Stellungnahme der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts veranlaßt, die ihre im Abschlußbericht enthaltenen Vorschläge (auch) zur Reform des Werkvertragsrechts im Jahre 1992 veröffentlicht hat. Dort heißt es in Einschätzung der eigenen Entwürfe, daß „grundsätzliche Änderungen des Werkvertragsrechts nicht erforderlich“ (waren)¹⁰.

1. Einschränkungen

Das legt die Frage nahe, ob nicht überhaupt von einer Reform des Werkvertragsrechts abgesehen werden könnte. In diese Richtung gehen bereits mehrere, wenngleich unterschiedlich motivierte, Vorschläge.

a) Kleine Lösung

Wolfgang Ernst hat mehrfach vehement für eine „kleine Lösung“ plädiert¹¹. Danach soll sich die bis zum 1. 1. 2002 abzuschließende Umsetzung der EU-Richtlinie zur Gewähr-

leistung beim Verbrauchsgüterkauf auf deren eigentliches Feld beschränken¹². Für eine großangelegte Modernisierung des Schuldrechts sei die Zeit noch nicht reif. Mit Ausnahme des einen Verbraucher betreffenden Werklieferungsvertrags seien auch keine Änderungen des geltenden Werkvertragsrechts erforderlich. Dieser Ausgangspunkt berücksichtigt nicht die Fernwirkungen der Richtlinie auf das Werkvertragsrecht im übrigen¹³. So kann die Verlängerung der Gewährleistungsfrist des § 477 BGB auf die jetzt vorgeschlagenen drei Jahre (§ 196 KF) die Frist des § 638 BGB zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und Systembrüchen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht nicht unberührt lassen. Das folgt schon aus der häufig unsicheren Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht.

Zudem führte die „kleine Lösung“ zu ganz sonderbaren Unterscheidungen: Ließe sich z.B. ein Berufstänzer einen Smoking für seine Hochzeit anfertigen, so unterfiele der Vertrag dem *neuen* Kaufrecht für Verbraucher. Ließe er sich einen Frack für seine Tanzveranstaltungen anmessen, würde der Vertrag nach § 651 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB von einer Mischung aus *altem* Werkvertragsrecht und *neuem* Kaufrecht beherrscht, da eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist. Lieferte der Tänzer den Stoff selbst, so käme wegen § 651 Abs. 2 BGB ausschließlich altes Werkvertragsrecht zur Anwendung. Daher kann wenigstens der Werkvertrag anlässlich der Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie auch jenseits der Verjährungsproblematik und der damit zusammenhängenden Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschäden (oben I) nicht draußen vor der Tür bleiben.

b) Europäische Entwicklungen

Den Gipfel der Verzagttheit bedeutet der Rat an den deutschen Gesetzgeber, er möge von einer ausgreifenden Modernisierung des Schuldrechts derzeit absehen, weil ein europäisches Zivilgesetzbuch oder wenigstens ein einheitliches Schuldrecht schneller als vermutet Gestalt annehmen könnte¹⁴. Selbst wer einen Abschied vom BGB im Wege einer Verordnung der EU – auf noch zu schaffender Kompetenzgrundlage und ohne ausreichende parlamentarische Legitimation – im Lichte des Fehlens jeglicher Gesetzgebungskunst auf dem Felde der bisher erlassenen Richtlinien¹⁵ beklatschen zu können meint, muß folgendes bedenken: Sollen der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Rechtswissenschaft ihren legitimen Einfluß in Europa nicht verlieren oder – je nach Sichtweise – wenigstens wiedergewinnen wollen, so muß zuerst das eigene Haus bestellt werden. Das Vorzeigen eines in Teilen veralteten Schuldrechts, und dazu zählt auch vor allem das Gewährleistungsrecht des Werkvertrags, genügt hierfür nicht¹⁶.

¹¹ *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410f. mit einem unzureichenden Argument in Fn. 5; dagegen *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639 mit Erwiderung *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1812, 1816; *Ernst* ZRP 2001, 1ff.; mit ähnlicher Tendenz *Wetzel* ZRP 2001, 117.

¹² Abl.EG Nr. L 171/12 v. 7.7. 1999.

¹³ *Medicus*, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System – Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000), S. 219, 221, 230.

¹⁴ So die Tendenz von *Dauner-Lieb* JZ 2001, 8, 17f.; die fehlende Berücksichtigung der seit 1991 eingetretenen internationalen Entwicklungen wird auch beanstandet von *Zimmermann* JZ 2001, 171, 180; *Ernst* NJW 1994, 2177, 2178.- Ich selbst glaube das nicht: Der Schuldrechtskommission waren die inmitten stehenden *Problematiken* – selbstverständlich – nicht weniger bewußt als etwa der *Lando*-Kommission.

¹⁵ Dazu etwa *H.Roth* JZ 1999, 529ff.

¹⁶ So auch im allgemeinen *Krebs*, Die große Schuldrechtsreform, DB 2000, Beilage Nr. 14, S. 27 (mit Einschränkungen auf S. 28); *Kötz*, in: Verhandlungen des 60. DJT, Bd. II/1 (1994), S. K 9, 24.

⁸ Zur Problematik *Ernst* ZRP 2001, 1, 6f.; *ders.*, Zum Fortgang der Schuldrechtsreform, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn.5), S.582ff.; den ursprünglichen Diskussionsentwurf rechtfertigend *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1641 („escape in Härtefällen“).

⁹ Dazu etwa *Schwartze*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, 2000, S. 499; *Leenen*, § 477 BGB: Verjährung oder Risikoverlagerung, 1997, S. 26; anders als hier auch nachdrücklich *Staudinger/Peters* (Fn.4), Vorbem. zu §§ 631ff., Rdnr.168; *Zimmermann* JZ 2000, 853, 865ff.; *ders.* ZEuP 2001, 217ff.; *Eidenmüller* JZ 2001, 283, 286; *Mansel*, Die Reform des Verjährungsrechts, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn.5), S. 333, 387ff.

¹⁰ Abschlußbericht (Fn.2), S. 33.

2. Erweiterungen

Mit umgekehrter Stoßrichtung bliebe zu fragen, ob die vorgeschlagene Modernisierung des Werkvertragsrechts nicht hinter der Lebenswirklichkeit zurückbleibt und der Typenvielfalt der vorkommenden Werkverträge vom Haarschnitt über die Herstellung komplizierter Computerprogramme bis hin zum Erstellen von kompletten Flughäfen gerecht wird. Mit anderen Worten geht es darum, ob nicht im Vergleich mit dem jetzigen Rechtszustand eine vertiefte Regelungsdichte im BGB angestrebt werden sollte¹⁷. Zu denken wäre etwa an die Einarbeitung der baurechtlichen Sonderentwicklungen unter Berücksichtigung der VOB/B und dort an die komplexen Langzeitverträge¹⁸. Die hier nur anzudeutenden Probleme wurden in den letzten zwanzig Jahren im Rahmen der „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“ von *Weyers*¹⁹ und *Keilholz*²⁰ sowie von *Teichmann* in seinem Gutachten für den 55. Deutschen Juristentag in Hamburg gründlich untersucht²¹. Mit einiger Vereinfachung läßt sich als Ertrag der seither geführten Diskussion mit der Formulierung *Weyers*' zusammenfassen, „daß eine bessere gesetzgeberische Lösung als die der „blassen Einheitsfigur“ (des Werkvertrags) nicht in Sicht ist“²². Die Vielgestaltigkeit der anzutreffenden Untertypen mit teils nur kurzer Lebensdauer und ihren ganz unterschiedlichen Problemstellungen läßt nur Raum für eine tendenziell unbestimmte Regelung. Deshalb ist es wohl auch hinnehmbar, daß nach wie vor die Phase der Erstellung des Werkes praktisch ungeregt bleiben soll²³. Der Diskussionsentwurf hält insoweit den rechten Takt. Er weiß sich zudem mit dem von der Schuldrechtskommission unterbreiteten Regelungsmodell einig²⁴.

3. Rücknahme von Reformen

Die Frage der Regelungsdichte streift noch ein weiteres Problem. Mit dem am 1.5. 2000 in Kraft getretenen Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen²⁵, bisweilen bezeichnet als „lex Holzmann generalis“²⁶, hat der Gesetzgeber als Hilfsmaßnahme für die Bauwirtschaft neben einer Vorschrift über Abschlagszahlungen in § 632a BGB als Kernregelung die eine Abnahme ersetzende „Fertigstellungsbescheinigung“ als § 641a BGB eingefügt. Sie soll unverändert beibehalten werden. Der Sinn dieser Vorschrift steht und fällt da-

mit, ob sie die Möglichkeit einer wirksamen Vereinbarung eröffnet, in der sich der Erwerber vor allem bei Bauträgerverträgen unter der Voraussetzung einer Fertigstellungsbescheinigung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterwirft. M.E. ist das nicht der Fall, weil die Bescheinigung weder eine Urkunde im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO ist, noch auch gewährleistet, daß ein unberechtigter Zugriff in der Zwangsvollstreckung auf das Vermögen des Erwerbers ausgeschlossen ist. § 641a BGB verlagert nämlich die rechtliche Frage der Mangelfreiheit des Werkes in rechtsstaatlich bedenklicher Weise auf (vom Unternehmer bezahlte) technische Sachverständige, die dafür nicht ausgebildet sind²⁷. Die auf Beschleunigung zielende Norm²⁸ wird sich daher als weitgehend funktionslos erweisen. Das dürfte aus hier nicht näher darzulegenden Gründen auch für die vom Gesetzgeber angestrebte Bewährung im Urkundenprozeß gelten²⁹. Vielleicht bringt das Justizministerium ja den für die beabsichtigte Änderung des sonderbaren § 284 Abs. 3 BGB angedeuteten Mut auch für eine ersatzlose Abschaffung des mißglückten § 641a BGB auf³⁰. Insoweit hat der Berg gekreißt und ein Mäuslein geboren, freilich in Gestalt eines monströsen Paragraphenuntertums.

4. Zwischenergebnis

Einstweilen läßt sich als Zwischenergebnis festhalten: (1) Die vorgelegten Modernisierungsvorschläge sind in ihrem Kernbestand schon wegen der Fernwirkungen der EU-Kaufrechtsrichtlinie nicht entbehrlich (oben 1 a). (2) Im Bereich der Gewährleistung begründen sie – freilich beschränkt auf das Vertragsrecht KFinen seit langem als nicht mehr hinnehmbar empfundenen Rechtszustand (oben I). (3) Die Beibehaltung der geringen Regelungsdichte des geltenden Rechts trifft im wesentlichen das Richtige (oben 2). (4) Weithin mißglückt ist mit § 641a BGB die zentrale Vorschrift jüngster Eingriffe in das Werkvertragsrecht (oben 3).

III. Modellvorstellung des Gesetzgebers

In der Einzelkritik beschränke ich mich aus Zeitgründen auf die mir am wichtigsten erscheinenden Vorschläge.

1. Dominanz des Kaufrechts?

Zunächst ist ein Mißverständnis auszuräumen, was die Modellvorstellung des Gesetzgebers betrifft. So wurde am Diskussionsentwurf schon gerügt, das Werkvertragsrecht sei unter das Diktat des Kaufrechts geraten³¹. Auch sonst wird recht unbefangen davon gesprochen, die werkvertragliche

¹⁷ In diese Richtung gehen die (maßvollen) Vorschläge von *Peters*, Das geplante Werkvertragsrecht II, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 277, 284ff.

¹⁸ Dafür *Nicklisch* JZ 1984, 757, 764ff. mit dem Ergebnis eines Regelungsdefizits bei komplexen Langzeitverträgen; für die Einfügung von spezifisch baurechtlichen Regelungen in das BGB auch *Kraus* BauR 2001, 1, 11.- *von Craushaar* hat in der Diskussion auf entsprechende Vorschläge hingewiesen, baurechtlichen Besonderheiten mehr als bisher im Werkvertragsrecht Rechnung zu tragen.

¹⁹ *Weyers*, Werkvertrag, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1115.

²⁰ *Keilholz*, Baurecht, in: Gutachten und Vorschläge (Fn.19), Bd. III (1983), S. 241.

²¹ *Teichmann*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, Gutachten A, in: Verhandlungen des 55. DJT (1984), Bd. I, A 9ff.

²² *Esser/Weyers*, Schuldrecht Bd. II Besonderer Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1998, § 31, 4 (S. 253); vergleichbar *Brandner*, in: Verhandlungen des 55. DJT (Fn. 21), Bd. II, S. I 7ff., 8, 23; gegen die Integration der VOB/B in das BGB *Soergel*, in: Verhandlungen des 55. DJT (Fn.21), Bd. II, S. I 27, 28.

²³ Anders schon zum Entwurf der Schuldrechtskommission *Staudinger/Peters* (Fn.4), Vorbem. zu §§ 631 ff., Rdnr. 162.

²⁴ Abschlußbericht (Fn. 2), S. 243ff.

²⁵ BGBl. 2000 I, 330.

²⁶ *Kiesel* NJW 2000, 1673.

²⁷ Eindrucksvoll *Thode*, Bauträgervertrag, in: RWS-Forum Bd. 19, Immobilienrecht 2000, sub IV 3 mit vielen Nachw.; für ein Entfallen der Norm auch *Peters*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 287; krit. ferner *Kraus* BauR 2001, 1, 8f.; positiv dagegen *Korbion* MDR 2000, 932, 940.

²⁸ BT-Drucks. 14/1246 v.23.6. 1999, S. 1, 4, 8ff.; krit. *Kiesel* NJW 2000, 1673, 1679.

²⁹ Etwa *Kniffka* ZfBR 2000, 227, 236; *Motzke* NZBau 2000, 489, 498.

³⁰ Auch der in dem älteren § 648 a BGB geordnete Anspruch des Bauunternehmers auf Bestellung einer Sicherheit ist von der Praxis nicht angenommen worden; etwa *Staudinger/Peters* (Fn.4), § 648 a Rdnr.2; eine positivere Sicht bei *Korbion* MDR 2000, 932, 941; zuletzt *BGH* ZIP 2001, 110. – *H.-H.Seiler* hat in der Diskussion deutlich gemacht, daß die abnehmende Gesetzgebungskunst im neueren Werkvertragsrecht nicht mit europäischem Richtlinienrecht zusammenhängt.

³¹ So spricht *H.H.Seiler*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 263 geradezu von einer „gewissen Arroganz des Kaufrechts“.

Gewährleistung werde der kaufrechtlichen angeglichen³². Wären diese Einwände zutreffend, so müßte sich der Entwurf den Vorwurf gefallen lassen, er habe die gerade entgegengesetzte Tendenz in der neueren Vertragspraxis und Rechtsprechung übersehen. Sie geht nämlich vom Kaufvertragsrecht weg und zum Werkvertragsrecht hin³³. Ich nenne nur die Anwendung von Werkvertragsrecht auf das Gebäude beim Kauf von Neubauten³⁴ oder ganz allgemein die Zurverfügungstellung von Software als den bekanntesten Fall sich ausbreitender sogenannter „intelligenter Technik“. Gegenüber der als Erfolg geschuldeten Kompatibilität mit dem gekauften Computer und der sachgerechten Anleitung des Bestellers tritt die das Kaufrecht prägende Übereignung körperlicher Sachen ganz zurück.

Die genannten Einwände sind nach meinem Urteil unbegründet. Vielmehr hat der Diskussionsentwurf in der Sache, den angedeuteten Entwicklungen folgend, das Kaufrecht dem seinerseits nur maßvoll überarbeiteten *Werkvertragsrecht* angenähert. So hat das Werkvertragsrecht Pate gestanden für den in § 438 KF jetzt vorgesehenen kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruch. Das gleiche gilt für den in § 437 Nr.3 KF (§ 440 DiskE) geregelten Schadensersatzanspruch des Käufers, der sein nahezu identisches werkvertragliches Pendant in § 634 Nr. 3 KF (§ 638 DiskE) hat. Das Verschwinden von Zusicherung und arglistigem Verschweigen von Mängeln als Vorsatzhaftung im alten kaufrechtlichen § 463 BGB zugunsten einer allgemein geltenden Haftung (vor allem) für Fahrlässigkeit entspricht in der Struktur den für das Werkvertragsrecht immer schon geltenden und auch jetzt beibehaltenen Grundsätzen. Auch steht in § 211 Abs.2 KF (§ 196 Abs. 1 S. 2 DiskE) der Käufer neuer Bauwerke nach werkvertraglichem Vorbild dem Besteller mit der fünfjährigen Verjährungsfrist gleich.

2. Werklieferungsverträge

Das soeben ausgesprochene Lob muß freilich für den in § 651 KF (631 Abs. 3 DiskE) geregelten Werklieferungsvertrag eingeschränkt werden. Dort findet sich in der Tat zu viel Kaufrecht zu Lasten des Werkvertragsrechts, ohne daß die Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie dazu zwingt. Das zeigt sich etwa an dem Beispielsfall einer nach den Bedürfnissen eines Automobilwerkes angefertigten Maschine. Nach geltendem Recht findet auf diesen Vertrag wegen § 651 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB im wesentlichen Werkvertragsrecht Anwendung, weil es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt. So gelangt man für den Besteller zum Nachbesserungsanspruch des § 633 Abs. 2 BGB. Die Schuldrechtskommission hatte ebenfalls an der Unterscheidung zwischen einer vertretbaren und einer nicht vertretbaren Sache festhalten wollen, obwohl nach ihr auch der Kaufvertrag einen Nachbesserungsanspruch kennt³⁵. Im Gegenteil: Die Herstellung nicht vertretbarer Sachen wurde durch sie in vollem Umfang dem Werkvertragsrecht unterstellt; die komplizierte Mischung des geltenden Rechts aus Kauf- und Werkvertragsrecht sollte aufgegeben werden. Demgegenüber unterscheidet der Diskussionsentwurf in § 651 KF zu Unrecht nicht mehr zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen. Maßgebend ist der Hinweis darauf, daß die weitreichende Angleichung der Mängelhaftung bei den Vertragstypen Kauf- und Werkvertrag der Einordnung des Vertrages ihre Bedeutung nimmt. Für den Beispielsfall bedeutet das die

Anwendung von Kaufvertragsrecht. Für die Nachbesserung ergeben sich freilich jetzt keine Unterschiede mehr. Wohl wird dem Besteller aber die in der Praxis verbreitete und für ihn sinnvolle Möglichkeit der Selbstvornahme (§ 637 KF) mit der Vorschußpflicht des Unternehmers genommen, die das Kaufrecht nicht kennt. Der Entwurf der Schuldrechtskommission scheint mir daher vorzugswürdig zu sein³⁶. Er vermeidet ein Ausbluten des Werkvertragsrechts.

Art. 1 Abs. 4 der EU-Kaufrechtsrichtlinie³⁷, wonach als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter gelten, kennt das Begriffspaar „vertretbar – nicht vertretbar“ zwar ebensowenig wie Art. 3 Abs. 1 des internationale Käufe betreffenden UN-Kaufrechts (CISG)³⁸. Nach dem Gesagten sollte die Umsetzung der Richtlinie gleichwohl streng auf ihren Anwendungsbereich beschränkt werden, da sich ihre Normen *insoweit* nicht zur Verallgemeinerung eignen. Im übrigen erfaßt sie nicht nur Verbraucher-Werklieferungsverträge, sondern auch reine Verbraucher-Werkverträge. Das ergibt sich aus dem Umkehrschluß zu Art.2 Abs.3 HS 2 der EU-Kaufrechtsrichtlinie³⁹, wonach die Haftung ausgeschlossen wird, wenn die Vertragswidrigkeit der Leistung auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.

Für den *Kauf mit Montageverpflichtung* hat sich § 434 Abs.2 KF nicht nur auf die Umsetzung von Art. 2 Abs. 5 der EU-Kaufrechtsrichtlinie beschränkt, sondern unbedacht eine Erweiterung auf alle Kaufverträge vorgenommen. Besser paßt für manche Fallgruppen aber das Werkvertragsrecht, zumal die Norm nicht nur Fälle einer durch unsachgemäße Montage fehlerhaft gewordenen Sache⁴⁰, sondern auch eine fehlerhafte Montage bei fehlerfreier Sache betrifft⁴¹. Jedenfalls für die letztgenannten Fälle liegen die Probleme überwiegend im Werkvertragsrecht⁴². Vor allem muß sich die Fälligkeit der Gegenleistung nach der Abnahme der Montage (§ 640 BGB) oder der Vollendung nach § 646 BGB richten⁴³.

3. Werkvertrag und Dienstvertrag

Der unverändert bestehen bleibende § 631 Abs. 2 BGB läßt die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag letztlich ungelöst, obwohl es sich wegen der Haftung im Falle des Scheiterns der Bemühungen des Unternehmers um eine zentrale Frage handelt. Schon die Motive haben dazu ausgeführt⁴⁴: „Darin liegt ein erheblicher, aber nicht zu beseitigender Übelstand“. Da eine bessere Abgrenzung auch gegenwärtig nicht in Sicht ist, verdient der Entwurf keinen Tadel⁴⁵.

IV. Gewährleistungsrecht

Ich komme zum Gewährleistungsrecht. Von der Reform des werkvertraglichen Schadensersatzrechts war bereits ein-

³² So *Dauner-Lieb* JZ 2001, 8, 14.

³³ Dazu eindrucksvoll *Medicus* JuS 1992, 273, 277.

³⁴ *BGHZ* 74, 204, 206ff. mit Nachw.; dazu § 211 Abs. 2 KF.

³⁵ § 631 Abs. 2 S. 2 KF; dazu Abschlußbericht (Fn. 2), S. 243, 247.

³⁶ Kritik auch bei *Krebs* DB 2000, Beilage Nr. 14, S. 23.

³⁷ Zur Gesetzgebungsgeschichte *Staudenmayer* NJW 1999, 2393, 2394.

³⁸ *M. Lorenz*, in: *Witz/Salger/Lorenz*, International Einheitliches Kaufrecht (2000), Art. 3 Rdnr.1; *Schlechtriem/Ferrari*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. 2000, Art. 3 Rdnr. 5; *Staudinger/Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG) (1999), Art. 3 Rdnr. 13.

³⁹ *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853, 856; *H.P. Westermann*, Vorschlag für eine Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn.13), S. 251, 259.

⁴⁰ So aber die Sicht von *Gsell* JZ 2001, 65, 66.

⁴¹ Dazu Diskussionsentwurf S. 474.

⁴² Fallgruppen bei *Medicus* JuS 1992, 273, 276.

⁴³ Kritik auch bei *S. Wolf* RIW 1997, 899, 901; *H.P. Westermann*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn.13), S. 251, 260.

⁴⁴ Mot.II S. 472 (= *Mugdan* II S. 263).

gangs kurz die Rede (oben I). Prägend ist das Bemühen, die Mängelhaftung weitgehend in das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu integrieren. Die Einstandspflicht wegen eines Sachmangels ist danach nur eine Fallgruppe einer einheitlich an die „Pflichtverletzung“ des § 280 KF anknüpfenden Haftungsgrundlage. Gemeint ist ein objektives Abweichen vom Pflichtenkatalog des Schuldners⁴⁶.

1. Verpflichtung zur sachmängelfreien Leistung

Nach § 633 Abs. 1 KF muß der Unternehmer dem Besteller das Werk u. a. frei von Sachmängeln verschaffen. Wie schon nach geltendem Recht gehört die Sachmängelfreiheit zu den Leistungspflichten des Unternehmers. Der Wegfall der in § 633 Abs. 1 BGB genannten „zugesicherten Eigenschaft“ bedeutet wohl in der Sache keine abweichenden Rechtsfolgen. § 633 Abs. 2 KF legt den subjektiven Fehlerbegriff zugrunde, der dreifach gestaffelt als „vereinbarte Beschaffenheit“, Eignung für die „nach dem Vertrag vorausgesetzte ... Verwendung“ und dann abschwächend zur „gewöhnliche(n) Verwendung“ ausgedrückt wird. Das entspricht im Kaufrecht im wesentlichen dem § 434 Abs. 1 KF mit dem Unterschied, daß im Werkvertragsrecht eine Haftung für Werbeaussagen wegen ihrer dort geringeren Bedeutung nicht übernommen wird. Mir leuchtet das trotz der daran schon geübten Kritik ein⁴⁷.

2. Rechtsmängel

Neu ist zudem, daß § 633 Abs. 1 und 3 KF erstmals im Werkvertragsrecht eine Regelung über die Rechtsmängelhaftung vorsieht, die an das kaufrechtliche Vorbild (jetzt in § 433 Abs. 1 S. 2 und § 435 KF) angelehnt ist. Die Probleme liegen hier kaum im Werkvertragsrecht, sondern im Kaufrecht, und dort vor allem bei der Einordnung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen⁴⁸; sie sollen hier nicht weiter verfolgt werden.

3. Systematik; Stil

Die bekannte Systematik des Gewährleistungsrechts wurde nicht wesentlich geändert. Unter Hinzufügung amtlicher Überschriften⁴⁹ stehen dem Besteller Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 KF), Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2 Alt. 1, 637 KF), Rücktritt (§§ 634 Nr. 2 Alt. 2, 636 KF), Minderung (§§ 634 Nr. 2 Alt. 3, 638 KF) und Schadensersatz (§§ 634 Nr. 3, 636 KF) als Rechtsbehelfe zur Verfügung. Abgesehen von der Selbstvornahme entspricht das sowohl nach der Reihenfolge der Normen als auch nach der inneren Gliederung der Anordnung der Rechtsbehelfe des Kaufrechts im Diskussionsentwurf. Die neue vorangestellte zusammenfassende Aufzählung der Rechtsbehelfe in § 634 KF ist gesetzestechisch freilich mißglückt und hat den ursprünglichen Diskussionsentwurf verschlechtert. Auf die Norm kann man getrost verzichten. Im Falle der Beibehaltung müßten die darin genannten Rechtsbehelfe wenigstens in der vorgesehenen Reihenfolge und aus Gründen der besseren Verständlichkeit mit je-

weils eigener Paragraphenzählung im Anschluß daran gebracht werden.

Anders als der ursprüngliche Diskussionsentwurf (§§ 638 Abs. 2, 283 DiskE) und die Schuldrechtskommission (§§ 639 Abs. 2, 284) es wollten, nennt die konsolidierte Fassung einen Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung der Nacherfüllung nicht mehr gesondert. Auf die Verzugsregelung des § 286 KF ist nicht verwiesen. Ich verstehe das einseitigen so, daß alle Schäden im Zusammenhang mit einem Werkmangel bei der Grundnorm des § 280 KF untergebracht werden sollen. Eine Klarstellung im Gesetz oder wenigstens in der Begründung ist unverzichtbar.

Die unverändert gebliebenen §§ 631, 632 BGB müssen noch durch eine amtliche Überschrift wie „vertragstypische Pflichten“ oder besser: „Hauptpflichten“ ergänzt werden. Durch das wohltätige Wirken einer eingesetzten Werkvertragskommission ist aus dem ursprünglich vorgesehenen „Hersteller“ des Werkvertrags wieder der „Unternehmer“ geworden, ohne daß die Abgrenzung zum Unternehmer des § 14 BGB Schwierigkeiten bereiten dürfte.

Die Übereinstimmung mit dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht schlägt sich in gleichlautenden Formulierungen des Werkvertragsrechts nieder. Die Normen sind dem Grundsatz nach aus sich heraus verständlich und verweisen nicht etwa bloß auf das Kaufvertragsrecht (dazu schon oben III 1). Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß dieses im wesentlichen dem Muster des Werkvertrags folgt und nicht umgekehrt. Dieser Gesetzgebungsstil ist beifallswürdig und hat bereits die Vorschläge der Schuldrechtskommission geprägt⁵⁰. Doch war der ursprüngliche Diskussionsentwurf, der jedem Rechtsbehelf einen eigenen Paragraphen reserviert hatte, noch leichter verständlich. Auch für die Durchführung der Minderung formuliert nunmehr § 638 Abs. 3 KF in Anlehnung an das Kaufrecht des § 440 Abs. 3 KF unter Vermeidung einer bloßen Verweisung zu Recht eigenständig. Für die Beurteilung des mit der neu ausgestalteten Minderung angestrebten Vereinfachungseffekts darf ich auf das Referat von *Harm Peter Westermann* Bezug nehmen⁵¹. Eine Verweisung auf das Kaufrecht findet sich jetzt nur noch in § 651 KF für den Werklieferungsvertrag. Davon war schon die Rede.

Intensiver sind allerdings die Verweisungen in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Zu nennen ist der Rücktritt des § 634 Nr. 2 Alt. 2 KF mit der Verweisung auf § 323 KF und der Schadensersatz des § 634 Nr. 3 KF mit der Verweisung auf die §§ 280, 281 und 284 KF. Doch ist das die Konsequenz der von der Schuldrechtskommission übernommenen Philosophie des Diskussionsentwurfs, den Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu Lasten des Besonderen Teils aufzuwerten. Wer diese Philosophie teilt, wozu ich mich trotz der brillant vertretenen Gegenposition von *Ulrich Huber* bekenne⁵², wird diese Verweisungstechnik im Grundsatz nicht kritisieren können.

Im wesentlichen beibehalten wurden die beiden Stränge, welche die Eigenheit des Werkvertragsrechts ausmachen, nämlich erstens seine *Zweispurigkeit* mit verschuldensunabhängiger Mängelbeseitigung und grundsätzlich verschuldensabhängiger Schadensersatzpflicht⁵³ (sogleich unten 4) und zweitens die *Vorrangigkeit* des Beseitigungsanspruches (jetzt: Nacherfüllungsanspruches, § 635 KF), der den

⁴⁵ Zu den Abgrenzungsversuchen *Staudinger/Richardi*, BGB, 13. Bearb. 1999, Vorbem. zu §§ 611 Rdnr. 25ff.; *Küpper*, Der Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, Diss. Münster (1989), S. 33ff.; auch die Schuldrechtskommission hält die Schwierigkeiten für in der Sache liegend begründet (Fn.2), S. 245.

⁴⁶ *Rolland*, in: FS Medicus (1999), S. 469, 481; auch der konsolidierte Entwurf hält an dieser Konzeption fest, Fn. 1 zu § 280 KF.

⁴⁷ *Krebs* DB 2000, Beilage Nr. 14, S. 23.

⁴⁸ Etwa *BGHZ* 67, 134, 137.

⁴⁹ Allgemeine Kritik bei *Rüfner* ZRP 2001, 12.

⁵⁰ Dazu *Haas* NJW 1992, 2389, 2390.

⁵¹ Sehr krit. *H.Honsell* JZ 2001, 278, 281.

⁵² *Ulrich Huber*, Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn.5), S. 95ff.

⁵³ *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 1 (1999), § 2 II 2 c (S. 32ff.).

Rechtsbehelfen der Selbstvornahme, des Rücktritts, der Minderung und des Schadensersatzanspruches vorgeschaltet ist (unten 5).

4. Zweispurigkeit

a) Selbstvornahme

Im Rahmen der Zweispurigkeit wurden die verschuldensunabhängigen Elemente der Rechtsbehelfe *gestärkt*, weil das in § 637 KF geregelte Recht des Bestellers zur Selbstvornahme in Abweichung vom geltenden § 633 Abs. 3 BGB nicht mehr davon abhängen soll, daß der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Ähnlich wie im Selbstvornahmerecht nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B reicht es aus, daß der Besteller eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Ich halte das für vorzugswürdig, weil dadurch die systematische Einheit mit Rücktritt und Minderung gewahrt wird, deren Voraussetzungen der Sache nach ebenfalls vom bloßen Ablauf einer zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist abhängen. Verstärkt wird das noch durch eine erstmals im BGB geregelte Vorschußpflicht des Unternehmers in § 637 Abs. 3 KF (§ 635 Abs. 3 DiskE), die heute schon bisweilen im Gewohnheitsrecht verankert wird und ihr Gegenstück im Auftragsrecht in § 669 BGB hat.

b) Garantie

Für den Schadensersatz kennt § 634 Nr. 3 KF (§ 638 DiskE) mit seiner Verweisung auf die Grundnorm des § 280 KF wie § 635 BGB die allgemein geltende Verschuldenshaftung einschließlich der Fahrlässigkeit. Für die werkvertragliche (wie für die kaufvertragliche) Mängelhaftung beginnen sich ja jetzt (endlich) die Stimmen zu mehren, daß die unbedingte verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung nach dem Vorbild von Art. 79 des UN-Kaufrechts und Art. 8:108 der Principles of European Contract Law der *Lando*-Kommission nicht übernommen werden sollte⁵⁴. Die Verschuldenshaftung bleibt mit Recht das grundlegende Haftungsprinzip. In dieser ganz zentralen Frage scheint die *internationale* Entwicklung und nicht der deutsche Gesetzgeber auf dem Holzweg zu sein.

Durch eine erstmals vorgesehene Änderung des § 276 BGB wird in der Sache die für das Werkvertragsrecht schon nach geltendem Recht unstreitig mögliche verschuldensunabhängige Garantiehaftung klargestellt⁵⁵. Mit dem Fragenkreis der vom Werkvertragsrecht in § 651 KF übernommenen kaufrechtlichen Garantie des § 442 KF hat das nichts zu tun. Die Regelung geht auf einen Vorschlag der Schuldrechtskommission zurück. Sie hatte durch einen neugefaßten Eingangssatz des § 276 Abs. 1 BGB verdeutlichen wollen, daß auch die Übernahme einer Garantie im Werkvertragsrecht eine Schadensersatzhaftung ohne Verschulden auslösen kann⁵⁶. Jetzt paßt auch endlich die Begründung des ursprünglichen Diskussionsentwurfes zum kaufrechtlichen Pendant des § 440 DiskE, die wörtlich die Erwägungen der

Schuldrechtskommission zur erwähnten Neufassung des § 276 BGB übernommen hatte⁵⁷.

5. Vorrangigkeit der Nacherfüllung

Die im geltenden Recht verankerte Vorrangigkeit der Nacherfüllung ist in den §§ 634 Nr. 1, 635 KF erhalten geblieben. Die Rechtsbehelfe der Selbstvornahme, des Rücktritts vom Vertrag und der Minderung des Werklohns hängen von der einheitlichen Voraussetzung einer vorangegangenen Fristsetzung durch den Besteller ab. Damit wird – wie im allgemeinen Leistungsstörungsrecht – der Vorrang des Erfüllungsanspruches gesichert. Zudem kann der Besteller wegen eines Mangels des *Werks selbst* Schadensersatz erst verlangen, wenn die zur Nacherfüllung gesetzte Frist abgelaufen ist. Das bedeutet die Verweisung des § 634 Nr. 3 KF auf den § 281 KF. Für etwa erlittene Körperschäden z.B. aufgrund eines abgelösten Teils einer Maschine gilt das hingegen nicht, weil dieser Schaden durch Nacherfüllung nicht behoben werden kann⁵⁸. Insoweit findet sich ein Reservat für die ansonsten obsoleete Unterscheidung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden.

Allerdings ist die Fristsetzung systematisch uneinheitlich geregelt. So ist die immer gemeinte angemessene Frist (mit Recht stets ohne das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung) teils als solche ausdrücklich in der betreffenden Norm benannt, wie für die Selbstvornahme in § 637 KF. Überwiegend findet sich aber die Notwendigkeit der Fristbestimmung selbst erst in der Norm, auf die verwiesen wird. So liegt es für den Rücktritt des § 634 Nr. 2 Alt. 2 KF „unter den Voraussetzungen ... der §§ 323, 636“, den Schadensersatzanspruch des § 634 Nr. 3 KF bei Mängeln des Werks selbst „unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 KF“ und die Minderung des § 638 KF. Dort ist das Erfordernis der Fristsetzung durch die Wendung verdunkelt: „Statt zurückzutreten ...“. Im ursprünglichen Diskussionsentwurf war das klarer ausgedrückt. Dort war für die Minderung in § 637 DiskE wenigstens noch die Notwendigkeit der Fristbestimmung genannt, wogegen sich die Angemessenheit aus einer Verweisung auf § 323 DiskE ergab. Das bedarf noch einer Bereinigung, die in den Normen des Werkvertrages selbst für jeden Rechtsbehelf das Erfordernis der angemessenen Fristsetzung unter Verzicht auf Verweisungen ausdrückt.

6. Neuerungen der Nacherfüllung

§ 635 KF bringt eine Reform des Anspruches auf Mängelbeseitigung, wie er in § 633 Abs. 2 BGB geregelt ist. Unter dem neu geschaffenen Oberbegriff „Nacherfüllung“ wird jetzt im Gesetz klargestellt, daß Anspruchsziel nicht nur Nachbesserung, sondern auch Neuherstellung des Werkes sein kann. Kritik verdient der Entwurf insoweit, als das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung nicht dem Unternehmer, sondern dem Besteller zustehen soll. Selbst wenn man die kaufrechtliche Parallelvorschrift des § 438 KF für überzeugend hielte, sollte man sie doch nicht auf den Werkvertrag übertragen. Erstens wird der Unternehmer aufgrund seiner typischerweise größeren Sachkunde besser als der Besteller entscheiden können, ob das Werk nur nachgebessert oder neu hergestellt werden muß. Zweitens soll dem Besteller das Risiko der falschen Wahl genommen werden⁵⁹. Die

⁵⁴ Sehr deutlich und beifallswert *Ulrich Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 65 Fn. 111, insbes. S. 91f., 107, 116.- *BGHZ* 141, 129, 132ff. (= *JZ* 1999, 791 m. Anm. *Schlechtriem*) läßt den Verkäufer schlechthin für den Gattungskauf dafür einstehen, daß die beschaffte Ware mangelfrei ist; a.A. *Schlechtriem/Stoll* (Fn. 38), Art. 79 Rdnr. 47, 9 von einem abschwächenden Ausgangspunkt aus.

⁵⁵ Zu § 635 BGB *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, 13. Aufl. 1986, § 53 II c (S. 359ff.); *Medicus*, Schuldrecht II, 10. Aufl. 2000, Rdnr. 374.

⁵⁶ Abschlußbericht (Fn. 2), S. 123, 224 (Kaufrecht). „(1) Ist etwas anderes weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt oder der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen, so hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.“ ...

⁵⁷ „Die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des § 463 BGB verliert ihre Sonderstellung; sie geht auf in § 276, nach dem eine Garantiehaftung ohne Verschulden eingreifen kann.“

⁵⁸ Zutreffend *Haas* NJW 1992, 2389, 2393; *Wieser* NJW 2001, 121, 124.

⁵⁹ Abschlußbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 2), S. 253.

vorgeschlagene Regelung bedeutet gegenüber der geltenden Rechtslage eine Verschlechterung. Auch in dieser Frage erweist sich das Werkvertragsrecht des BGB dem Kaufrecht als überlegen⁶⁰.

7. Rücktritt

Die in § 634 Abs. 1 S. 3 BGB geregelte Wandelung des geltenden Rechts wird durch ein als Gestaltungsrecht ausgeformtes Rücktrittsrecht in § 634 Nr. 2 Alt.2 KF ersetzt. Die Norm hat lediglich klarstellenden Charakter, weil die Voraussetzungen des Rücktritts in § 323 KF geregelt sind. Gleichwohl ist die Einstellung dieser Verweisungsnorm in das Werkvertragsrecht aus Gründen der Rechtsklarheit unentbehrlich⁶¹. Wie bereits erwähnt, sollte sogar wie im ursprünglichen Diskussionsentwurf ein gesonderter Paragraph geschaffen werden. Wie nach geltendem Recht setzt die Lösungsmöglichkeit des Bestellers vom Werkvertrag kein Vertretenmüssen des Unternehmers voraus. Allerdings wird jetzt auf die Ablehnungsandrohung verzichtet⁶², die sich in der Vergangenheit oftmals als Falle für den rechtsunkundigen Besteller erwiesen hat. Sie findet sich in § 323 Abs. 1 KF freilich in der abgeschwächten Form wieder, daß der Schuldner mit dem Rücktritt rechnen mußte. Auf die besonders umstrittene – aber beibehaltene⁶³ – zentrale Kategorie der „Pflichtverletzung“ ist bereits *Claus-Wilhelm Canaris* in seinem Referat eingegangen. Ich darf mich daher auf eine werkvertragliche Konsequenz dieser allgemeinen Regelung beschränken:

Nach geltendem Recht (§ 634 Abs. 1 S. 3 HS 2 BGB) erlischt nach fruchtlosem Fristablauf der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels. Er ist jetzt auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz beschränkt⁶⁴. Dagegen will der Diskussionsentwurf dem Besteller den Nacherfüllungsanspruch erhalten. Das ist die Konsequenz des Verzichts auf die Ablehnungsandrohung bei der Nachfristsetzung. Er kann daher wählen, ob und wann er zurücktreten will oder ob er trotz fruchtlos abgelaufener Frist weiterhin auf Erfüllung besteht. Den dadurch eintretenden Schwebezustand kann der Werkunternehmer nach einem in § 323 Abs.5 KF übernommenen Vorschlag der Schuldrechtskommission durch Fristsetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts beenden⁶⁵. Die Begründung dazu (nicht aber die Norm) war im ersten Diskussionsentwurf schon vorhanden⁶⁶.

Der Rücktritt unterliegt als Gestaltungsrecht nicht der Verjährung. § 323 Abs. 3 Nr. 4 DiskE hatte dafür Sorge getroffen, daß bei verjährtem Nacherfüllungsanspruch die Möglichkeit zum Rücktritt nicht verewigt, sondern an die erhobene Einrede gebunden wurde. Im konsolidierten Entwurf nach dem Stande vom 6.3. 2001 sollte die Wirkung der Einrede auf den Rücktritt im Gesetz ungeregelt und der Lösung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben (Anm.6 zu § 323 KF). Mir erschien die Zurückhaltung in einer so zentralen Frage nicht als beifallswert. Deshalb begrüße ich dem Grundsatz nach die erneute jüngste

Kehrtwendung, die in § 220 Abs.1 KF dem Schuldner gestattet, den Rücktritt zurückzuweisen.

8. Schadensersatz

Endlich kann der Besteller nach § 634 Nr. 3 KF Schadensersatz geltend machen, wenn die Pflichtverletzung vom Unternehmer zu vertreten ist. Die begrüßenswerte Hauptstoßrichtung ist es, das Nest von Streitfragen auszuräumen, was die Abgrenzung zur positiven Forderungsverletzung und die Verjährungsfrage betrifft (oben I mit Kritik). Im übrigen liegt wegen der Verweisung auf die §§ 280 KF, 281 KF und § 284 KF die Problematik wiederum im allgemeinen Recht der Leistungsstörungen. Beifall verdient, daß im Unterschied zum geltenden Recht des § 635 BGB der Besteller Schadensersatz auch *neben* seinen weiteren Rechten wie Rücktritt verlangen kann (§ 325 KF). Die bestehende Alternativität der Rechtsbehelfe entfällt zugunsten deren Kumulierung. Folgende Punkte seien angesprochen:

Will der Besteller wegen eines Mangels des Werks selbst Schadensersatz verlangen, so muß er – wie nach bisher h.L. auch – eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen (§§ 280, 281 Abs. 1 KF; § 282 Abs.1 DiskE)⁶⁷. Damit hat auch derjenige Unternehmer eine Nachbesserungschance, der den Mangel zu vertreten hat. Ist die Frist erfolglos abgelaufen, so ist der Anspruch auf Nacherfüllung nicht schon automatisch ausgeschlossen. Vielmehr behält der Gläubiger sein Wahlrecht während eines Schwebezustandes, den der Schuldner unter den Voraussetzungen des § 281 Abs.3 KF beenden kann. Der Besteller kann sein Wahlrecht länger als nach geltendem Recht ausüben, weil dort wegen § 634 Abs.1 S.3 HS 2 BGB der Mängelbeseitigungsanspruch bereits nach fruchtloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entfällt.

Den sogenannten „großen Schadensersatz“ kann der Besteller nur bei *erheblichen* Mängeln ersetzt verlangen. Nur dann kann die Annahme des Werks abgelehnt und der durch die Nichterfüllung insgesamt entstandene Schaden geltend gemacht werden. Nach geltendem Recht folgt das wenigstens aus der analogen Anwendung des § 634 Abs. 3 BGB, wonach die Wandelung bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen ist. Der große Schadensersatz bedeutet mit der Ablehnung der Vertragsausführung, verbunden mit dem Verlangen nach Schadensersatz, ja ein Mehr gegenüber der Wandelung und muß daher mindestens deren Voraussetzungen erfüllen⁶⁸. Zu diesem Ergebnis gelangte mit Eindeutigkeit auch der reichlich komplizierte frühere § 638 Abs. 3 DiskE, der zwingend die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz verlangte. Der Rücktritt ist nämlich bei unerheblichen Pflichtverletzungen ausgeschlossen (§ 323 Abs. 3 Nr. 1 DiskE; ebenso § 323 Abs. 4 S. 2 KF). Da der „große Schadensersatz“ der Sache nach eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz bedeutet, sollte er nicht unter Ausschaltung der Rücktrittsvorschriften verlangt werden können. Die Möglichkeit des großen Schadensersatzes ist in § 281 Abs. 4 KF weiterhin vorausgesetzt, doch ist jetzt die Geltendmachung nicht mehr an den vorherigen Rücktritt gebunden. Die einem unabweisbaren Gebot der Gerechtigkeit entsprechende Anknüpfung an einen erheblichen Mangel ergibt sich m.E. jetzt nicht mehr aus dem Gesetz, sondern müßte aus allgemeinen Erwägungen hergeleitet werden. Der neu – und ganz versteckt – formulierte § 281 Abs. 1 S. 3 KF, wonach der Gläubiger den „großen Schadensersatz“ nur ver-

⁶⁰ Ebenso die allgemeine Einschätzung von *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 19), Bd. I, S. 647, 899.

⁶¹ Sehr kritisch zu der Verweisung dagegen *H.H.Seiler*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 272.

⁶² Übersehen von *H.H.Seiler*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 273.

⁶³ Vgl. Fn.1 zu § 323 KF.

⁶⁴ Einzelheiten bei *Staudinger/Peters* (Fn. 4), § 634 Rdnr. 21.

⁶⁵ Krit. zu dieser Regelung *Ulrich Huber* in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 179 mit S. 165.

⁶⁶ Diskussionsentwurf zu § 323 KF, S. 401 in Anlehnung an die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Regelung (Fn. 2), S. 163, 171.

⁶⁷ Nachw. des Streitstandes bei *Staudinger/Peters* (Fn. 4), § 635 Rdnr. 20ff.

⁶⁸ *Larenz* (Fn. 55), § 53 II (S. 352).

langen kann, wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung das erfordert, ist dafür nicht hinreichend deutlich⁶⁹. Ich sehe darin einen Rückschritt gegenüber dem ursprünglichen Diskussionsentwurf.

Dagegen wird bei unerheblichen Mängeln die Minderung nach §§ 638 S.2, 323 Abs. 4 S. 2 KF ebensowenig ausgeschlossen wie der „kleine Schadensersatz“, bei dem der Besteller die mangelhafte Sache behält und die Wertdifferenz zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache verlangt. Das entspricht der geltenden Rechtslage⁷⁰.

V. Abnahme und Fertigstellung

Das Werkvertragsrecht kennt mit § 641 Abs.1 S.1 BGB eine Regelung über die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers. § 639 DiskE hatte eine Neuordnung dieses streitanfälligen Komplexes versucht.

1. Angleichung an die Lebenswirklichkeit

Anders als nach geltendem Recht sollte die Fälligkeit nicht mehr in erster Linie von der Abnahme, sondern von der *Fertigstellung* des Werkes abhängen (§ 639 Abs. 1 S. 1 DiskE). Auf die Abnahme sollte es nur ankommen, wenn sie vereinbart oder üblich ist (§ 639 Abs. 2 S. 1 DiskE). Das sollte der Vielgestaltigkeit der vorkommenden Werkvertragstypen Rechnung tragen, die – wie etwa Beförderungsverträge – eine Abnahme nicht kennen. Überhaupt scheint sie eher eine Besonderheit des deutschen Rechts zu sein⁷¹. Andererseits hat sie ihren festen Platz etwa im Baugewerbe und im Anlagenbau. Die konsolidierte Fassung beläßt alles beim Alten. Dagegen neige ich eher der Auffassung des ursprünglichen Diskussionsentwurfes zu, der auf entsprechende Vorschläge der Schuldrechtskommission zurückgeht. Am Rande bemerkt: Vielleicht ist die Zeit jetzt doch reif, den Abnahmebegriff in das Gesetz zu übernehmen.

2. Rechtsgeschäftliche Abnahme und Abnahmefiktion

Das BGB kennt mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme des § 640 Abs. 1 S. 1 BGB und der Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB zwei Zäsuren mit Bedeutung für die Fälligkeit. Die genannte Fiktion entspricht einem Vorschlag der Schuldrechtskommission und wurde vom Gesetzgeber bereits im Jahre 2000 durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ umgesetzt⁷². Danach hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Fälligkeit durch Fristsetzung herbeizuführen. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes am 1.5.2000 konnte die Rechtsprechung freilich noch einen weiteren Fall: So sollte der Unternehmer bei unberechtigter Verweigerung der Abnahme sofort auf Zahlung der Vergütung klagen können⁷³. Fraglich ist, ob der Unternehmer diese von der Rechtsprechung geschaffene Möglichkeit auch jetzt noch haben soll oder ob er stets die Möglichkeit der Fristsetzung nutzen muß. Die als Verbesserung gedachte Neuregelung hätte dann

⁶⁹ Dagegen hat *Teichmann* in der Diskussion betont, diese Formulierung bringe sehr wohl zum Ausdruck, daß kein großer Schadensersatz verlangt werden könne, wenn die mangelhafte Leistung für den Besteller verwertbar ist.

⁷⁰ Für die Minderung ergibt sich das Gesagte aus dem Umkehrschluß aus § 634 Abs. 3 BGB; zum „kleinen Schadensersatz“ *Staudinger/Peters* (Fn. 4), § 635 Rdnr. 4; dazu *BGHZ* 27, 215.

⁷¹ *Weyers* (Fn.19), S. 1151.

⁷² BT-Drucks. 14/1246, S. 7.

⁷³ *BGH NJW* 1996, 1280.

zu einer Verschlechterung seiner Rechtsposition geführt⁷⁴. Ich möchte das aus Gründen der Rechtsklarheit gleichwohl hinnehmen, weil die von der Rechtsprechung ausgefüllte Schutzlücke nicht mehr besteht. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber scheint nicht erforderlich zu sein.

3. Vorbehalt bei Abnahme

Mit den genannten zwei Zeitpunkten (oben 2) für die Fälligkeit des Werklohnanspruches hängt die tief eingreifende Neuregelung des Vorbehalts bei Abnahme in § 633 Abs. 4 KF zusammen: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so stehen ihm wegen dieses Mangels Rechte nur zu, wenn er sich diese bei der Abnahme vorbehält“. Anders als in dem zur Aufhebung vorgeschlagenen § 640 Abs. 2 BGB samt der loyalen Interpretation der Rechtsprechung sollen damit bewußt auch *Schadensersatzansprüche* ausgeschlossen werden. Allerdings beschränkt sich diese Regelung auf die rechtsgeschäftliche Abnahme des § 640 Abs. 1 S. 1 BGB. Da der Besteller bei der Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB keine Möglichkeit hat, das Werk auf seine Vertragsgemäßheit zu prüfen, kann die Vorschrift hier nicht greifen⁷⁵. § 640 Abs. 2 BGB läßt Abnahmefiktionen ebenfalls nicht genügen⁷⁶.

Für die gravierende Schlechterstellung des Bestellers im Falle der rechtsgeschäftlichen Abnahme gibt es wohl keinen hinreichenden Grund. Die Vorschrift dürfte sich vielmehr als Falle für rechtsunkundige Besteller erweisen. Die in der Abnahme liegende Billigung „als im wesentlichen vertragsgerecht“ und der gleichzeitig auszusprechende Vorbehalt als „nicht vertragsgerecht“ sind gedanklich nicht leicht miteinander zu vereinbaren. Ich bevorzuge daher mit dem Vorschlag einer völligen Abschaffung des § 640 Abs. 2 BGB und dem Verzicht auf § 633 Abs. 4 KF die zum Entwurf entgegengesetzte Tendenz⁷⁷. Gewährleistungsrechte und Schadensersatzansprüche des Bestellers sollten nur entfallen, wenn sein Verhalten nach allgemeinen Regeln als Verzicht gedeutet oder im Einzelfall Verwirkung angenommen werden kann⁷⁸.

VI. Kündigungsrechte des Bestellers

Anerkennung verdient, daß sich die konsolidierte Fassung jetzt doch für die Beibehaltung des freien Kündigungsrechts des Bestellers in § 649 BGB ausgesprochen hat. Der ursprüngliche Diskussionsentwurf war noch für die Abschaffung der Norm eingetreten. Dessen Begründung stellte maßgeblich darauf ab, daß auch ein Kaufvertrag vom Käufer seit jeher nicht nach Belieben gekündigt werden könne⁷⁹. Damit sollte eine Vorschrift entfallen, deren Abbedingung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der *BGH* als unwirksam angesehen hat⁸⁰: Der Besteller habe vorzugsweise Interesse an der Ausführung des Werkes und solle deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhalten, daß das

⁷⁴ Dazu *Palandt/Sprau*, BGB, 60. Aufl. 2001, § 641 Rdnr. 4; gegen die Verschlechterung *Peters NZBau* 2000, 169, 171; *Motzke NZBau* 2000, 489, 495.

⁷⁵ Auch § 646 BGB verweist nicht auf § 640 Abs. 2 BGB; unrichtig m.E. *Krebs DB* 2000, Beilage Nr. 14, S. 24.

⁷⁶ *Palandt/Sprau* (Fn.74), § 640 Rdnr. 11.

⁷⁷ Weniger weitgehend *Brüggemeier*, in: Verhandlungen des 60. DJT (1994), Bd. II/1, Teil K, S. 47, 91.

⁷⁸ Kritik auch bei *H.H.Seiler*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 267 und *Peters*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 294.

⁷⁹ Begründung S. 552.

⁸⁰ *BGH NJW* 1999, 3261, 3262.

Interesse wegfällt. Dem läßt sich hinzufügen: Ist der Besteller zur Zahlung der vollen Vergütung bereit, so soll ihm das Werk nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden. Wie § 627 BGB im Dienstvertragsrecht schützt § 649 BGB die Entschließungsfreiheit des Gläubigers. Das macht vor allem Sinn bei Werkverträgen, deren Durchführung sich über einen längeren Zeitraum hinzieht. Im übrigen hat die Norm bislang nicht zu wesentlichen Beanstandungen oder rechtspraktischen Schwierigkeiten geführt. Für ihr ersatzloses Wegfallen besteht daher in der Tat kein hinreichender Anlaß⁸¹. Dagegen könnte in der umgekehrten Richtung erwogen werden, das für beide Vertragsparteien allseits anerkanntes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund⁸² mit seinen abweichenden Rechtsfolgen zusätzlich zum freien Kündigungsrecht des Bestellers gesetzlich zu regeln.

VII. Empfehlungen an den Gesetzgeber zur Reform des Werkvertragsrechts

1. Die Fernwirkungen der zum 1. 1. 2002 umzusetzenden EU-Kaufrechtsrichtlinie können das Werkvertragsrecht nicht unberührt lassen. Ein Nebeneinander von modernem Kaufrecht und altem Werkvertragsrecht ist nicht wünschenswert. Die Reform des Werkvertragsrechts ist daher mit Recht in die Überlegungen zur Modernisierung des Schuldrechts einbezogen worden.

2. Der Diskussionsentwurf (nach dem Stand vom 6. März 2001) beschreitet mit seiner Anlehnung an die 1992 veröffentlichten Vorschläge der Schuldrechtskommission grund-

⁸¹ Ebenso *Peters*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 5), S. 283; *Krebs* DB 2000, Beilage Nr. 14, S. 25.

⁸² Nachw. bei *Palandt/Sprau* (Fn. 74), § 649 Rdnr 2; so auch der Vorschlag von *Peters*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn 5), S. 301.

Diskussionsbericht zum Vortrag von Herbert Roth

Es wurden insbesondere Probleme des Bauvertragsrechts sowie verschiedene Regelungsfragen des allgemeinen Werkvertragsrechts und der Gesetzesstil angesprochen.

Unter Betonung der Wichtigkeit des privaten Baurechts für das Werkvertragsrecht und auch die Zivilgerichtsbarkeit allgemein – 1/3 aller Zivilprozesse am LG seien Bauprozesse – fragte *von Craushaar*, ob der Entwurf den Bedürfnissen des Baurechts Rechnung trage. Während das viel kritisierte Beschleunigungsgesetz im Kern Baurecht regelt, fehlten im Entwurf spezielle bauvertragliche Normen, obwohl bei Bauleistungen tatsächlich Besonderheiten vorlägen – so etwa wegen der häufigen Abweichung zwischen Plan und Realität, der erforderlichen Kooperation und dem Änderungsrecht. Das Freiburger Institut für Baurecht habe daher einen Arbeitskreis gebildet, der einen Änderungsvorschlag zum Entwurf erarbeitet habe, der auch dem BMJ übergeben worden sei. Er werde derzeit in verschiedenen baurechtlichen Zeitschriften publiziert und sei auch unter <http://www.ifbf.de> verfügbar. In seinem zusammenfassenden Schlußwort knüpfte *H. Roth* zunächst an eine schon bei der Diskussion des Kaufrechts gemachte Bemerkung *Honsells* zur IKEA-Klausel an und meinte, wenn diese überhaupt geregelt werden solle, so habe dies im Werkvertragsrecht zu geschehen. Zum Baurecht konzedierte *H. Roth* zwar, daß natürlich die VOB/B am wichtigsten sei, er meinte aber, die Rechtsprechung sei gerade auch im Baurecht gut zurechtgekommen. Man dürfe daher auf die Parteiautonomie vertrauen, und wer die VOB/B wünsche, könne diese wählen. Das Bauvertragsrecht müsse daher nicht speziell geregelt werden.

Ulrich Huber bat *H. Roth* um eine Präzisierung seiner Haltung zum Verschuldensprinzip im Werkvertragsrecht und erklärte sich selbst für mit diesem vollkommen einverstanden. Es wirke sich beim Werkvertrag anders aus als im Kaufrecht, denn beim Kauf bestehe in der Regel auch keine Untersuchungspflicht, während beim Werkvertrag schon infolge der Herstellungspflicht praktisch eine Haftung für Herstellungsfehler eintrete. Der Werkunternehmer werde nur bei der Verwendung von Material mit einem nicht erkennbaren Fehler ge-

sätzlich den richtigen Weg. Die zu regelnden Fragen sind hinreichend durchdacht und stehen zur gesetzlichen Regelung an. Ein weiteres Abwarten mit der Reform des Werkvertragsrechts ist weder aufgrund nationaler noch internationaler rechtswissenschaftlicher Erkenntnisfortschritte erforderlich.

3. Der Entwurf beschränkt sich wie das geltende Recht richtigerweise auf eine geringe Regelungsdichte. Die gesetzliche Regelung von werkvertraglichen Untertypen ist auch weiterhin nicht erforderlich.

4. Die Regelung des Werklieferungsvertrages (§ 651 KF) verlagert herkömmlich dem Werkvertragsrecht unterfallende Verträge zu weitgehend in das Kaufrecht. Demgegenüber sollte auf die Herstellung nicht vertretbarer Sachen das besser passende Werkvertragsrecht anwendbar bleiben, soweit das die Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie gestattet.

5. Bei einem Zusammentreffen von vertraglicher und deliktischer Haftung für *Sachschäden* an Rechtsgütern des Bestellers muß die vertragliche Verjährung auf den deliktischen Anspruch erstreckt werden. Auch bei verborgenen Mängeln darf der Verjährungsbeginn nicht vom Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels abhängen.

6. Das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung (§ 635 KF) muß dem Werkunternehmer und nicht dem Besteller zustehen.

7. Der Ausschluß sämtlicher Gewährleistungsrechte und Schadensersatzansprüche (§ 633 Abs. 4 KF) des Bestellers wegen nicht vorbehaltenen Mängel bei der Abnahme läßt sich wegen seiner Härten nicht rechtfertigen. Die Norm kann ersatzlos entfallen.

8. Der durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ im Jahre 2000 eingefügte § 641a BGB zur Fertigstellungsbescheinigung sollte in das neue Recht nicht übernommen werden. Er bildet im BGB einen Fremdkörper und kann die ihm zgedachten Funktionen nicht übernehmen.

schützt, aber selbst dann bestehe gegen ihn noch der verschuldensunabhängige Nachbesserungsanspruch – eine infolge mangelhafter Zements eingestürzte Brücke etwa sei vom Werkunternehmer neu zu errichten. Auch *H. Roth* sprach sich erneut für das Verschuldensprinzip im Werkvertragsrecht aus und stimmte *Hubers* Analyse der unterschiedlichen Funktionen des Verschuldensprinzips bei Werkvertrag und Kauf ganz zu.

Zum Schadensersatz im Werkvertragsrecht fragte *Teichmann*, ob § 281 Abs. 1 S. 3 KF mit der Einschränkung „wenn sein (des Gläubigers) Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert“ höhere Schranken für den Schadensersatz bei fehlerhafter Leistung errichte als das Rücktrittsrecht, bei dem die Schranke bewußt niedriger angesetzt werde. Bedeute diese Regelung, daß immer dann, wenn die Leistung verwertet werden kann, kein großer Schadensersatz verlangt werden könne? *H. Roth* begrüßte diese Klarstellung des Problems durch den Fragesteller und regte an, daß das Gesetz dies verdeutliche, wenn es tatsächlich so gemeint sei.

Den Ausführungen in *H. Roths* Referat unter Hinweis auf seinen Regensburger Vortrag generell zustimmend sprach *Seiler* die allgemeine, aber gerade auch das Werkvertragsrecht betreffende Frage von Gesetzessprache und Gesetzesstil an. Die neuen § 648a über die Sicherheitsleistung und § 641a über die Fertigstellungsbescheinigung seien „wahre Vorschriftenungetüme“. Man frage sich daher, ob das BMJ insoweit überhaupt Problembewußtsein habe. Die sprachlichen Mängel lägen auch nicht an den EG-Richtlinien; manche kurze EG-Richtlinie werde in schrecklicher Weise umgesetzt. Das Problembewußtsein sei zu aktivieren. *Roth* stimmte dieser Kritik am Gesetzgebungsstil zu und regte sogar an, jüngere Rechtsänderungen wieder rückgängig zu machen. Abschließend bemerkte *Karsten Schmidt*, daß der 9. Zivilsenat des BGH eine schriftliche Stellungnahme zur Verjährung bei Werk- und Dienstvertrag vorgelegt habe. Einige Verjährungsfragen wurden später im Anschluß an das Referat von *Leenen* diskutiert.

Privatdozent. Dr. *Oliver Remien*, Hamburg