

- §§ 650 b ff. BGB nF nur dann ab, wenn ein Bauwerk betroffen ist.
- Instandhaltungsmaßnahmen an einer Außenanlage fallen nicht unter diesen Regelungskomplex mit der Folge, dass dann ausschließlich das allgemeine Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt.
- Das allgemeine Werkvertragsrecht mit § 631 BGB an der Spitze bildet im Verhältnis zum Regelungsinhalt der Kapitel 2 und 3 dann einen Basismormenbestand, wenn im Baubereich die speziellen Tatbestandsmerkmale des § 650 a und des § 650 i BGB nF nicht erfüllt sind. Die Reform hat also nicht zur Folge, dass für Baumaßnahmen der direkte Zugriff auf §§ 631 ff. BGB verschlossen wäre. Für Reparaturen, Verbesserungen, Instandhaltungen einer Außenanlage, Instandhaltungen eines Bauwerks ohne die Anforderungshöhe des § 650 a II BGB nF und Instandsetzungen, die die Leistungshöhe einer Wiederherstellung nicht erreichen, beurteilen sich die Leistungspflichten und sonstigen Rechtsfolgen ausschließlich nach §§ 631 ff. BGB.
- Für das Widerrufsrecht eines Verbrauchers als Auftraggeber ist neben § 650 I BGB nF die Regelung in §§ 312, 312 b, 312 g BGB einschlägig. § 650 I BGB nF begründet neu zu Gunsten eines Verbrauchers als Auftraggeber bei Neubaumaßnahmen und erheblichen Umbaumaßnahmen ein Widerrufsrecht unabhängig davon, ob der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden ist.
- Bei Maßnahmen unterhalb dieser Schwelle besteht ein Widerrufsrecht dann, wenn der Vertrag ein Bauwerk betrifft und außerhalb der Geschäftsräume geschlossen wird.
- Hat der Vertrag eines Verbrauchers als Auftraggeber Maßnahmen an einer Außenanlage zum Gegenstand, besteht ein Widerrufsrecht nach §§ 312, 312 b, 312 g BGB. Gleiches gilt, wenn die Bereichsausnahme nach § 312 II Nr. 3 BGB nicht einschlägig ist, also die Maßnahme keinen Neubau oder eine erhebliche Umbaumaßnahme darstellt, also zum Beispiel eine Reparatur, Instandhaltung oder Instandsetzung ist. ■

Professor Dr. Wolfgang Voit*

Mängelrechte vor der Abnahme nach den Grundsatzentscheidungen des BGH

Seit der im Jahr 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform und der mit ihr verbundenen Änderung der Mängelrechte im Werkvertrag wird darüber gestritten, welche Möglichkeiten der Besteller einer Bauleistung hat, wenn er bereits während der Bauphase Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit erkennt, und ob sich seine rechtlichen Handlungsoptionen verbessern, wenn der vereinbarte Fertigstellungstermin erreicht oder der Bauunternehmer dem Besteller die Fertigstellung angezeigt hat. Der BGH hat diese für die Praxis äußerst relevante Frage nun entschieden.

I. Einleitung

Der BGH hat in drei in den maßgebenden Teilen identischen Entscheidungen grundlegend zur Frage der Mängelrechte vor der Abnahme Stellung genommen.¹ Mängelrechte bestehen nach diesen Entscheidungen erst nach der Abnahme oder dann, wenn dem Besteller ein Erfüllungsanspruch nicht mehr zusteht. Dies ist der Fall, wenn der Besteller über § 281 BGB Schadensersatz in der Form des kleinen Schadensersatzes verlangt oder wenn der Werkvertrag in das Abrechnungsstadium übergegangen ist. Von diesen Fällen abgesehen ist der Besteller auf die Rechte nach dem allgemeinen Schuldrecht beschränkt.

II. Zäsur durch die Abnahme

Der BGH sieht mit Recht den maßgebenden Zeitpunkt für den Beginn der Mängelrechte in der Abnahme. Zur Begründung verweist er auf die in der Literatur seit längerem vortragenen Argumente: Der Erfüllungsanspruch sei schon begrifflich vom Nacherfüllungsanspruch zu unterscheiden. Die Verjährung beginne nach § 634 a BGB erst mit der Abnahme. Außerdem weiche der Maßstab für die Verweigerung der Erfüllung nach § 275 II und III BGB von dem für die Verweigerung der Nacherfüllung nach § 635 III BGB ab.

Auch wegen dieser unterschiedlichen Grenzziehung könne es kein Nebeneinander von Erfüllungsanspruch und Mängelrechten geben.

Wie an anderer Stelle bereits dargelegt,² ist dieser Auffassung zu folgen. Das BGB sieht beim Bauvertrag trotz der länger andauernden Bauphase die Leistung des Unternehmers als eine punktuelle an. Der Unternehmer schuldet ein im Abnahmezeitpunkt mangelfreies Werk. Dies schließt es aus, Fehler in der Herstellungsphase als Mängel in der Leistung zu begreifen. Dieser dogmatische Ansatzpunkt erklärt, warum die Verjährung einheitlich und nicht mit der Fertigstellung abgeschlossener Leistungselemente beginnt und warum der Vergütungsanspruch für das gesamte Werk erst mit seiner Abnahme fällig wird. Zugleich erklärt sich so, warum bei einer Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen – etwa verschärfter Umweltbestimmungen – der Standard im Zeitpunkt der Abnahme geschuldet wird. Dies gilt etwa dann,

* Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 235/15, NZBau 2017, 211; Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216; Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864. – Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg. Er betreut dort unter anderem die Zusatzqualifikation im privaten Baurecht und den berufsbegleitenden Masterstudiengang im privaten Baurecht.

1 BGH, NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1607 (Übergang in das Abrechnungsverhältnis, weil nur noch Schadensersatz und Minderung verlangt werden); NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1604 (Übergang in das Abrechnungsverhältnis nicht bei Vorschussverlangen, sondern erst bei endgültiger Ablehnung der Erfüllung durch den Unternehmer); Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864 (gleiche Problematik wie NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1604); vgl. zu diesen Entscheidungen Schwenker, NJW 2017, 1579; umfassend zum Diskussionsstand vor den Entscheidungen Schlier, Mängelrechte vor der Abnahme im BGB-Bauvertrag, 2017; Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015; Jansen, Die Mängelrechte des Bestellers im BGB-Werkvertrag vor Abnahme, 2010.

2 Voit, BauR 2011, 1063.

wenn der Unternehmer bereits Arbeiten erbracht hat – etwa durch Einbau von Filteranlagen –, die im Einbaupunkt den rechtlichen Anforderungen genügen, im Abnahmezeitpunkt aber dahinter zurückbleiben.

Bis zur Abnahme dienen die Arbeiten des Unternehmers nur zur Vorbereitung seiner später bei der Abnahme zu erbringenden Leistung; sie sind aber noch keine Leistung an den Besteller und sind deshalb auch keine mangelhaften Leistungen. Der Besteller kann damit im Grundsatz erst nach der Abnahme auf die Mängelansprüche zurückgreifen. Vor der Abnahme stehen ihm nur die Rechte nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu.

III. Dogmatischer Ansatz: Verlust des primären Erfüllungsanspruchs

In der Literatur wurden bereits seit einigen Jahren Ausnahmen von dieser Regel diskutiert.

So soll nach einer Auffassung der Besteller bereits mit dem Erreichen des Fertigstellungstermins die Mängelrechte geltend machen können.³ Diese Auffassung kann auf die Regelung im früheren BGB verweisen. Außerdem kann sie anführen, dass der Unternehmer für diesen Termin seine Leistung versprochen hat und deshalb sein Leistungsversuch gegebenenfalls als mangelhaft angesehen werden kann. Gegen diese Auffassung spricht aber die fehlende Abgrenzbarkeit gegenüber dem Verzug. Der Unternehmer, der im vereinbarten Zeitpunkt nicht liefert, verletzt seine vertraglichen Pflichten, weil er nicht leistet. Dies ändert aber nichts daran, dass es an der Leistung fehlt und damit diese auch nicht als mangelhaft angesehen werden kann. Der Besteller kann in einem solchen Fall wegen der Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung nach § 281 BGB vorgehen und dann infolge des Erlöschens des Erfüllungsanspruchs nach § 281 IV BGB Mängelrechte geltend machen, aber er kann nicht ohne diesen Zwischenschritt auf die Mängelrechte zugreifen.

Eine andere Auffassung, die der Verfasser für richtig hält,⁴ lässt Mängelrechte zumindest dann zu, wenn der Unternehmer das Werk zur Abnahme anbietet. Sie verweist darauf, dass der Unternehmer damit seine Arbeiten als abnahmefähig ansieht und deshalb die Konkretisierung der Leistungspflicht auf das angebotene Werk eingetreten ist. Der Unternehmer ist in diesem Stadium in seiner Freiheit, die Vorarbeiten für seine Leistung selbst auszugestalten, nicht mehr schutzwürdig, weil er selbst das Werk als abnahmefähig ansieht. Verlangt man in dieser Situation vom Besteller die Abnahme, um die Rechte wegen der von ihm erkannten Mängel geltend machen zu dürfen, so steht der Besteller vor einer schwierigen Situation: Er kann das Werk trotz der Mängel abnehmen, um damit die Mängelrechte geltend machen zu können. Der Besteller muss dann aber auch alle anderen Folgen der Abnahme in Kauf nehmen: Die Beweislast für noch nicht erkannte Mängel geht auf den Besteller über, der Vergütungsanspruch wird fällig, die Gefahr geht über und die Verjährung der Mängelrechte beginnt. Diese Rechtsfolgen träfen den Besteller, obwohl er angesichts der wesentlichen Mängel zur Abnahme nicht verpflichtet ist. Deshalb hat diese Auffassung dem Besteller das Recht zugestanden, die Mängelrechte bereits vor der Abnahme geltend zu machen, wenn der Unternehmer das Werk zur Abnahme anbietet und der Besteller wegen nicht nur unwesentlicher Mängel die Abnahme (berechtigt) verweigert.

Der BGH wählt einen anderen Weg, indem er weder an den Fertigstellungstermin noch an das Anbieten zur Abnahme anknüpft, sondern den Verlust des Erfüllungsanspruchs als maßgebend ansieht. Diese Lösung besticht auf den ersten Blick durch die dogmatische Klarheit: Wenn der Erfüllungsanspruch nicht mehr besteht, ist der Weg frei für den Nacherfüllungsanspruch. Ein Nebeneinander beider Ansprüche

wird vermieden; zugleich ist der Besteller nicht gezwungen, die Abnahme eines Werkes zu erklären, das (aus seiner Sicht) nicht abnahmefähig ist.

Zum möglichen Weg, den Erfüllungsanspruch zu beenden, verweist der BGH den Besteller zunächst auf § 281 IV BGB: Hat der Unternehmer vertragliche Pflichten verletzt – und dazu gehört auch die nicht fristgerechte Fertigstellung –, so kann der Besteller Schadensersatz verlangen. Mit diesem Verlangen endet der Erfüllungsanspruch, so dass der Weg frei ist für Nacherfüllungsansprüche, also auch für Mängelansprüche. Weiterhin endet der Erfüllungsanspruch (neben der der Abnahme gleichzustellenden fiktiven Abnahme) durch den Übergang in das Abrechnungsstadium. Auch ein Rücktritt sowie die Minderung⁵ führen dazu, dass Erfüllungsansprüche nicht mehr bestehen, so dass der BGH auch in diesem Fall dem Besteller die Mängelansprüche zugesteht. Verlangt dagegen der Besteller einen Kostenvorschuss, um den Mangel selbst beseitigen zu können, so beendet dies den Erfüllungsanspruch nicht. Dies zeigt der Vergleich mit den Fällen, in denen der Besteller im Stadium nach der Abnahme nach einer gescheiterten Selbstnachbesserung wieder auf den Nacherfüllungsanspruch zurückkommen kann.⁶ Erst die endgültige Ablehnung der Erfüllung führt dann zum Übergang in das Abrechnungsstadium und damit zu der Möglichkeit, ohne Abnahme die Mängelansprüche geltend zu machen.⁷

Dabei hält der BGH in seinen Entscheidungen an einer Umschreibung des Abrechnungsverhältnisses fest, die er in einer früheren Entscheidung formuliert hatte:

„Ein Abrechnungsverhältnis wird begründet, wenn der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hat und dem Auftraggeber *allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche* wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werkes zustehen.“⁸

Vergleicht man die vom BGH entwickelte Lösung mit der Auffassung, die an die Fertigstellung anknüpfen möchte, so ist zunächst festzuhalten, dass der Weg über § 281 IV nach beiden Auffassungen eröffnet ist. Der maßgebende Unterschied zwischen beiden Auffassungen liegt in einem anderen Punkt: Wenn nach dem BGH der Erfüllungsanspruch erloschen sein muss, dann muss der Besteller zwar nicht die Abnahme erklären, er muss aber doch seinen Erfüllungsanspruch insgesamt aufgeben, um die Mängelrechte in Anspruch nehmen zu können. Gesteht man dem Besteller im Stadium vor der Abnahme einen Anspruch auf Kostenvorschuss zur Beseitigung eines Mangels zu, so kann er trotz der Selbstvornahme hinsichtlich der Werkleistung im Übrigen seinen Erfüllungsanspruch durchsetzen.

Der BGH versperrt diesen Weg, indem er das Kostenvorschussverlangen als Ausübung eines Mängelrechts davon abhängig macht, dass der Vertrag in das Abrechnungsstadium übergeht und damit der Erfüllungsanspruch nicht nur für den vom Mangel betroffenen Bereich, sondern insgesamt untergeht.⁹

3 Vgl. nur Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, VOB Teile A und B, 5. Aufl. 2015, § 13 VOB/B Rn. 6.

4 Voit, BauR 2011, 1063.

5 Insofern kritisch, weil das Minderungsrecht die Mängelrechte gerade voraussetzt, Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

6 BGH, NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1604 Rn. 45.

7 BGH, NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1604 Rn. 47; kritisch Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

8 BGHZ 163, 274 = NZBau 2005, 582 = NJW 2005, 2771 Rn. 19 [Hervorhebung im Original nicht enthalten].

9 Offenlassend Thode, juris-PR, Priv. BauR 5/2017 Anm. 1.

Auch die vom BGH erwähnte Möglichkeit, der Besteller könne das Werk unter dem Vorbehalt der Mängel abnehmen und dann den Kostenvorschussanspruch geltend machen, löst das Problem für den Besteller nicht vollständig, denn sie führt hinsichtlich der nicht vorbehaltenen Mängel gerade die Abnahmewirkungen herbei.¹⁰ Will der Besteller weder das Werk abnehmen noch seinen Erfüllungsanspruch aufgeben, so bleibt ihm nur die Verweigerung der Abnahme und die Aufforderung an den Unternehmer, ein abnahmefähiges Werk zu erstellen.

Dagegen erlaubt die Gegenauffassung dem Besteller, nach Fertigstellung des Werks und Aufforderung zur Abnahme die Mängelrechte für einzelne erkannte Mängel geltend zu machen und die Entscheidung über die Durchsetzung des Herstellungsanspruchs, die Abnahme oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die Kündigung oder die Minderung aufzuschieben.

IV. Wahrung der Interessen des Bestellers?

Was bedeuten dieser Unterschied und die Entscheidung des BGH nun konkret für den Besteller und welche Rechte hat er in den unterschiedlichen Stadien des Vertrags?

1. Vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin

Vor dem Erreichen des Fertigstellungstermins ist der Besteller zunächst auf die Möglichkeiten des § 323 IV beschränkt. Lässt sich angesichts der bisher erbrachten Arbeiten sicher absehen, dass der Besteller im vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt zum Rücktritt berechtigt sein wird, so kann er nach dieser Norm bereits jetzt vom Vertrag zurücktreten. Da der Rücktritt beim Bauvertrag wegen der Schwierigkeiten der Rückabwicklung häufig nicht interessengerecht ist, muss man diesen Gedanken auch auf die Kündigung aus wichtigem Grund übertragen. Damit kann unter den Voraussetzungen des § 323 IV BGB der Vertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden, denn der Gesetzgeber bringt durch diese Vorschrift zum Ausdruck, dass dem Vertragspartner ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Auch nach erfolgter außerordentlicher Kündigung kann der Unternehmer nach der Rechtsprechung des BGH eine Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen verlangen.¹¹ Die Kündigung beseitigt also den Erfüllungsanspruch für die noch nicht erbrachten Leistungen, führt aber nicht dazu, dass der Anspruch hinsichtlich der erbrachten Leistungen in einen Nacherfüllungsanspruch übergeht. Der Besteller kann deshalb nicht sogleich nach Kündigung die Mängelansprüche geltend machen. Erst wenn der Besteller die erbrachte Leistung abnimmt oder hinsichtlich dieser Leistungen die weitere Erfüllung durch den Unternehmer endgültig ablehnt, geht der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis über und der Besteller hat die Möglichkeit, alle Mängelrechte, also auch den Kostenvorschussanspruch, durchzusetzen.

Weiterhin kommt in den Fällen des § 323 IV BGB auch ein Schadensersatzanspruch des Bestellers in Betracht. Dieser in Analogie zu § 281 BGB entwickelte Anspruch stützt sich darauf, dass eine Vertragsverletzung durch den Unternehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs bereits jetzt feststeht und der Unternehmer sich weigert, die zur Herstellung seiner Leistungsfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt erforderlichen Schritte einzuleiten.¹²

Steht nicht fest, dass die Leistung im Fälligkeitszeitpunkt wesentliche Mängel aufweisen wird, hat der Besteller in dieser Phase des Vertrags keine Möglichkeit, auf den Unternehmer einzuwirken.¹³

Der Gesetzgeber wertet hier die Freiheit des Unternehmers zu entscheiden, wann und wie er sicherstellt, dass die Leistung im Fälligkeitszeitpunkt abnahmefähig ist, höher als das Interesse des Bestellers, bereits jetzt eingreifen zu können. Deshalb ist in diesem Stadium eine Klage auf mangelfreie

Herstellung als Klage auf künftige Leistung weder zulässig noch wäre sie begründet. Der BGH spricht diesen Weg zwar an,¹⁴ dieser ist aber erst eröffnet, wenn der Herstellungsanspruch fällig ist.

Sofern die VOB/B vereinbart ist, erweitert deren § 4 VII die Handlungsmöglichkeiten des Bestellers. Er hat die Möglichkeit, den Auftrag zu entziehen, wenn „Mängel“ der Leistung nicht beseitigt werden. Dies gilt auch dann, wenn nicht feststeht, dass die Mängel auch im Fälligkeitszeitpunkt noch vorhanden sein werden oder ob der Unternehmer sie bis zu diesem Zeitpunkt noch beseitigen wird. Insofern weicht § 4 VII VOB/B vom Leitbild des § 323 IV BGB zu Gunsten des Bestellers und zum Nachteil des Unternehmers ab.¹⁵ Dagegen handelt es sich nicht um eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 634 BGB. Dieser sieht zwar Mängelrechte erst nach der Abnahme vor, aber § 4 VII VOB/B begründet keine Mängelansprüche, sondern ein Kündigungsrecht sowie Schadensersatzansprüche.

2. Nach dem Erreichen des Fertigstellungstermins

Ist der vereinbarte Fertigstellungstermin (unter Berücksichtigung aller Behinderungen aus der Sphäre des Bestellers) erreicht, so verbessert sich die Position des Bestellers. Es steht nun fest, dass der Unternehmer seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt, weil er im Fälligkeitszeitpunkt kein abnahmefähiges Werk zur Abnahme angeboten hat. Der Besteller kann deshalb den Herstellungsanspruch gerichtlich durchsetzen oder nach den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts eine Nacherfüllungsfrist setzen und dann Schadensersatz verlangen. Deshalb werden die Voraussetzungen des § 281 BGB in der Regel erfüllt sein.¹⁶

Problematisch für den Besteller bleibt dabei, dass er in der Regel hinsichtlich des gesamten Vertrags auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergehen muss. Es ist angesichts der sehr restriktiven Rechtsprechung zur Teilkündigung¹⁷ fast nicht möglich, nur hinsichtlich einzelner Gewerke oder einzelner Teilleistungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, im Übrigen aber den Unternehmer zur weiteren Erfüllung anzuhalten.

3. Nach Fertigstellung und Aufforderung zur Abnahme

Hat der Unternehmer das Werk fertiggestellt und zur Abnahme aufgefordert, ändert dies nach der Auffassung des BGH die Rechtsposition des Bestellers nicht. Er ist auch in diesem Fall darauf angewiesen, das Werk entweder abzunehmen oder aber den Erfüllungsanspruch durch Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, durch Rücktritt oder Minderung oder durch den Übergang in das Abrechnungsstadium entfallen zu lassen. Nach der – vorzugswürdigen – Gegenauffassung hat der Besteller in diesem Stadium auch die Möglichkeit, an der Erfüllung festzuhalten, gleichwohl aber hinsichtlich einzelner Mängel den Unternehmer zur Nacherfüllung aufzufordern und nach Fristablauf die Mängel auf Kosten des Unternehmers selbst zu beseitigen. Um den Unterschied noch etwas genauer zu verdeutlichen,

10 So BGH, NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1607 Rn. 43.

11 BGHZ 153, 244 = NZBau 2003, 265 = NJW 2003, 1450 (1452) = ZfBR 2003, 352.

12 Näher MünchKomm/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 65; Voit, BauR 2011, 1067 (1070).

13 Zur Möglichkeit eines Leistungsklarungsverfahrens und den Möglichkeiten, dieses leerlaufen zu lassen, vgl. Voit, BauR 2011, 1067.

14 BGH, NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1607 Rn. 37 ff.

15 Näher Voit, BauR 2011, 1063 (1076).

16 BGH, NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1607 Rn. 41 f.

17 BGH, NZBau 2010, 47 = NJW 2009, 3717 (3718).

sollen in einem kurzen Exkurs die Konsequenzen des Übergangs in das Abrechnungsstadium aufgezeigt werden.

4. Exkurs: Auswirkungen des Übergangs in das Abrechnungsstadium außerhalb der Mängelrechte

a) *Auswirkungen auf Vergütung und Druckzuschlag.* Führt der Besteller den Übergang des Werkvertrags in das Abrechnungsstadium herbei, so wird der Vergütungsanspruch des Unternehmers trotz fehlender Abnahme fällig.¹⁸ Der Besteller muss also die Vergütung für die erbrachten Leistungen bereits entrichten (und bei Nichtzahlung verzinsen, § 641 IV BGB),¹⁹ obwohl er wegen der Mängel zur Abnahme nicht verpflichtet ist.

Dabei steht dem Besteller wegen der Mängel auch nach Abnahme ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Vergütungsanspruch zu. Dies wird aus § 320 BGB abgeleitet, weil der Vergütungsanspruch mit dem Nacherfüllungsanspruch in einem synallagmatischen Verhältnis steht. Wenig diskutiert ist aber die Frage, ob in diesen Fällen auch § 641 III BGB anzuwenden ist. Dieser gesteht dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht in angemessener Höhe zu und vermutet die Angemessenheit in Höhe der doppelten Mangelbeseitigungskosten. Dieser „Druckzuschlag“ dient dazu, den Unternehmer zur Durchführung der Mangelbeseitigung anzuhalten. Da aber eine solche Verpflichtung des Unternehmers im Abrechnungsstadium nicht mehr besteht, ist ein Druckzuschlag nicht gerechtfertigt.²⁰ Es verhält sich hier nicht anders als in den Fällen des § 648 a BGB, in denen wegen Nichtstellens der Bestellersicherheit der Unternehmer nicht nur von der weiteren Erfüllung, sondern auch von der Beseitigung der Mängel an den bereits erbrachten Leistungen frei wird.²¹ Die Folge ist, dass durch den Übergang in das Abrechnungsstadium der Vergütungsanspruch fällig wird. Da dem Besteller kein Nacherfüllungsanspruch mehr zusteht, entfällt ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Besteller kann den Vergütungsanspruch nur durch Minderung herabsetzen oder ihm mit einem Schadensersatzverlangen entgegenzutreten.

b) *Auswirkungen auf die Beweislastverteilung bei Mängelansprüchen.* Nimmt der Besteller das Werk ab, so billigt er das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß. Daraus erklärt sich, warum die Beweislast für die Abnahmereife vor der Abnahme beim Unternehmer liegt, während der Besteller nach der Abnahme die Mangelhaftigkeit beweisen muss, wenn er Mängelansprüche geltend machen will. Beim Übergang in das Abrechnungsstadium fehlt es gerade an einer solchen Billigung des Werks durch den Besteller, so dass die innere Rechtfertigung für den Übergang der Beweislast zweifelhaft ist.

Zur Auflösung muss man zwischen dem Vergütungsanspruch des Unternehmers und den Mängelansprüchen des Bestellers unterscheiden. Soweit der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch geltend macht, muss er die mangelfreie Herstellung beweisen. Mangels Abnahme kann er sich nicht darauf berufen, dass der Besteller das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt hat.²² Macht dagegen der Besteller Mängelansprüche geltend, so führen bereits die allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung dazu, dass der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des Werks Ansprüche ableiten möchte, für diese beweispflichtig ist.

c) *Auswirkungen auf die Gefahrtragung.* Nach § 644 BGB geht die Gefahr erst mit der Abnahme auf den Besteller über; dies wird bei Vereinbarung der VOB/B durch § 7 VOB/B modifiziert. Geht der Bauvertrag ohne Abnahme in das Ab-

rechnungsstadium über, so sind die Voraussetzungen des § 644 BGB dem Wortlaut nach nicht erfüllt. Zu bedenken ist aber, dass der Erfüllungsanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer erlischt. Da der Unternehmer nun nicht mehr dafür verantwortlich ist, den Erfolg zu erreichen, ist es konsequent, dass damit auch ohne Abnahme die Gefahr auf den Besteller übergeht.

d) *Auswirkung auf die Verjährung.* Die Verjährung der Mängelansprüche beginnt nach § 634 a BGB mit der Abnahme der Werkleistung. Auch in diesem Punkt stellt die Rechtsprechung aber den Übergang in das Abrechnungsstadium gleich.²³

Insgesamt lässt sich deshalb festhalten, dass der Übergang in das Abrechnungsstadium in den Rechtsfolgen der Abnahme weitgehend entspricht. Ein relevanter Unterschied besteht aber bei der Beweislast für den Vergütungsanspruch, weil der Unternehmer den Umfang der erbrachten Leistungen und ihre Mangelfreiheit beweisen muss. Hinsichtlich der übrigen Folgen der Abnahme steht der Besteller durch den Übergang in das Abrechnungsstadium nicht anders als bei Erklärung der Abnahme. Der Besteller wird damit auf Grundlage der Auffassung des BGH letztlich doch zu dem gezwungen, was vermieden werden sollte: zwar nicht zur Abnahme, aber zu einem doch weitgehend gleichgestellten Vorgehen, indem er den Vertrag in das Abrechnungsstadium übergehen lassen muss.

Diesem Nachteil der Lösung des BGH stehen ihre Eindeutigkeit und vor allem der im Ansatzpunkt klare und einheitliche Beginn der Verjährung der Mängelrechte gegenüber.

Dabei wird gerade dieser Punkt in der Praxis nicht frei von Konflikten sein, denn oftmals ist der Zeitpunkt, in welchem dieser Übergang stattgefunden hat, nicht eindeutig feststellbar. Hinsichtlich der Verjährung wäre es dann der Unternehmer, der an einem möglichst frühen Übergang in das Abrechnungsstadium interessiert ist. Für den Besteller, der mit markigen Worten die Zusammenarbeit mit dem Unternehmer ablehnt und die Abnahme verweigert, könnte dies zu Überraschungen beim Verjährungsbeginn führen. Auf der anderen Seite werden derartige Schwierigkeiten bei der endgültigen Abnahmeverweigerung heute bereits ebenso gelöst,²⁴ so dass man dieses Problem nicht zu stark gewichten darf.

V. Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts

Das neue Bauvertragsrecht enthält keine Regelung, die dem Besteller vor der Abnahme Mängelrechte zugesteht. In der Begründung wird im Gegenteil die Auffassung vertreten, dass dem Besteller diese Rechte nicht zustehen.²⁵ Dennoch wird das neue Recht die Position des Bestellers verbessern, weil die Möglichkeit der Teilkündigung durch § 648 a II BGB nF gestärkt wird. Es wird deshalb möglich sein, dass der Besteller etwa einen Generalunternehmervertrag, bei dem Mängel allein im Sanitärbereich auftreten, auf diesen Bereich beschränkt kündigt.

Eine solche Teilkündigung war angesichts der oben erwähnten Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeit derartiger Teilkündigungen bisher nicht empfehlenswert. Der Gesetzgeber hat aber nun die Teilkündi-

18 BGH, NJW-RR 1996, 883; Pause/Vogel in Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, Stand 12.5.2017, § 641 Rn. 9.

19 Zur Beweislastverteilung s. unten IV 4 b.

20 Voit in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 641 Rn. 35.

21 Voit in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 648 a Rn. 30 a; tendenziell auch Schmitz in Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, § 648 a Rn. 157.

22 BGH, NJW-RR 1996, 883.

23 BGH, NZBau 2011, 310 = NJW 2011, 1224 Rn. 18; so auch Kniffka in Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, § 634 a Rn. 42, 44.

24 Vgl. nur Kniffka in Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, § 634 a Rn. 41.

25 BT-Drs. 18/8486, 47.

gung in das BGB aufgenommen und in der Begründung klargestellt, dass sich diese nicht an dem engen Verständnis der VOB/B messen lassen muss.²⁶

Damit ist ein Weg eröffnet, der dem Besteller die Rechtsdurchsetzung erleichtert. Versteht man zugleich § 323 IV BGB als eine Regelung, die auch die Kündigung aus wichtigem Grund trägt, so eröffnet sich für den Besteller auch in der Phase vor dem Fertigstellungstermin die Möglichkeit, bei nicht behebbaren Mängeln in einem Teilbereich den Vertrag in diesem Teilbereich zu kündigen, im Übrigen aber den

Unternehmer am Vertrag festzuhalten. Der Vertrag befindet sich dann in den ungekündigten Bereichen noch in der Erfüllungsphase,²⁷ so dass der Herstellungsanspruch des Bestellers insoweit fortbesteht. Ob damit ein ausreichendes Drohpotenzial vorhanden ist, um den Unternehmer auch vor der Abnahme zum vertragsgerechten Bauen anzuhalten, wird die Praxis zeigen. ■

26 BT-Drs. 18/8486, 50.

27 Vgl. OLG Hamm, BauR 2007, 764.

Rechtsanwalt Dr. Gerolf Sonntag*

Gemeinkostenunterdeckung bei Zeitnachträgen

Zum Verhältnis von § 642 BGB zu Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB oder § 6 VI VOB/B

Das Verhältnis des Schadensersatzanspruchs nach § 642 BGB zu den Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB bzw. § 6 VI VOB/B ist weiterhin umstritten. Auch die jüngst beschlossenen Änderungen des gesetzlichen Bau- und Werkvertragsrechts betreffen nicht diese praktisch relevante Thematik der bauzeitabhängigen Ansprüche. Die damit zusammenhängenden Fragen sind also bislang nicht gesetzlich geregelt. Die verbliebene Unsicherheit wirkt sich insbesondere bei der Frage aus, ob und in welcher Höhe einem Auftragnehmer entgangene Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten zustehen. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die beiden Anspruchstypen (Schadensersatzanspruch und Schadensersatzanspruch) und versucht, Vorschläge für ein einheitliches Konzept unter Berücksichtigung des gesamten Normensystems zu entwickeln, das die diesbezüglichen Ansprüche des Auftragnehmers insgesamt regeln könnte. Diese Regelung wäre bei entsprechender Auslegung der jeweiligen Normen bereits de lege lata angelegt, könnte aber bei einer weiteren Entwicklung des gesetzlichen Bauvertragsrechts durch kleinere Änderungen im § 642 BGB auch de lege ferenda eindeutig gesetzlich kodifiziert werden. Der nachfolgende Vorschlag soll ohne Anspruch auf Vollständigkeit einen Beitrag zu einer weitergehenden Diskussion dieser Thematik leisten.

I. Einleitung

Kaum ein baurechtliches Thema wird in der wissenschaftlichen Literatur so kontrovers diskutiert wie die dogmatische Struktur des Schadensersatzanspruchs nach § 642 BGB. Dessen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sind auch Jahre nach den Vorunternehmer-Entscheidungen des BGH¹ immer noch in weiten Teilen ungeklärt, dies gilt insbesondere für Ansprüche des Auftragnehmers wegen einer vermeintlichen Gemeinkostenunterdeckung aufgrund von Unterbrechungen oder Verzögerungen des Bauablaufs.

Während sich die rechtswissenschaftliche Literatur in den vergangenen Jahren in großem Umfang mit dieser Thematik beschäftigt,² ist veröffentlichte Rechtsprechung hierzu eher rar.³ Erst jüngst hat sich aber das KG in einer auffallend lang begründeten Entscheidung mit wesentlichen Aspekten dieser Thematik auseinandergesetzt.⁴

Der nachfolgende Beitrag will versuchen, zugleich das Verhältnis des verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs (§ 642 BGB) zu den verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen (§§ 280, 286 BGB, § 6 VI 1 VOB/B) zu beleuchten, damit wesentliche Grundzüge einer ausgewogenen Risikoallokation zwischen Auftraggeber ei-

nerseits und Auftragnehmer andererseits vorgeschlagen werden können.

II. Was sind Gemeinkosten?

Unter der „Überschrift“ *Gemeinkosten* werden üblicherweise Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten zusammengefasst. Unter *Baustellengemeinkosten* (BGK) sind die Kosten zu verstehen, die bei einer einzelnen Baustelle anfallen und dort auf verschiedene Positionen eines Leistungsverzeichnisses verteilt werden. *Allgemeine Geschäftskosten* (AGK) fallen für den Betrieb des Unternehmers insgesamt an, werden auf verschiedene Baustellen verteilt und dort wiederum in aller Regel „gießkannenartig“ auf mehrere oder alle Abrechnungspositionen. Die Deckung dieser Kosten wird durch die Vergütung für einzelne Leistungspositionen erwirtschaftet, indem die Überschüsse aus der Vergütung dieser Leistungspositionen, die nicht direkten Kosten der Teilleistung zugewiesen werden, vom Auftragnehmer als Deckungsbeiträge kalkulatorisch qualifiziert werden.

Die juristische Schwierigkeit mit diesen Kosten hängt damit zusammen, dass ein Auftragnehmer zur Bemessung dieser Deckungsbeiträge eine die Zukunft prognostizierende Schätzung vornimmt und einen entsprechenden Deckungsbeitrag (entweder als absoluten Wert oder in Form von prozentualen Zuschlägen) zur Deckung dieser Kosten „kalkuliert“.

Das ist letztlich nichts anderes als eine „Wette“, die vielleicht den Anschein einer rechnerischen Genauigkeit vermittelt, aber eine rein betriebswirtschaftlich motivierte Prognose darstellt. Denn ob diese Beträge später tatsächlich zur Deckung von Kosten verwendet werden (müssen), ist nur ex post, im Nachhinein zu bewerten. Dann entscheidet sich nämlich erst, ob die Deckungsbeiträge tatsächlich zur Kosten-

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Kanzlei Kapellmann und Partner in Mönchengladbach.

1 BGHZ 95, 128 = NJW 1985, 2475 = ZfBR 1985, 284 (Vorunternehmer I), und BGHZ 143, 32 = BGHZ 143, 33 = NZBau 2000, 187 = NJW 2000, 1336 = ZfBR 2000, 248 (Vorunternehmer II).

2 S. aus den vergangenen Jahren zB nur die – auszugsweise – nachfolgend zitierte Literatur: Franz, BauR 2017, 380; Heilfort, BauR 2017, 178; Sindermann/Schiffers, NZBau 2016, 667; Krefz/Thiemann, ZfBR 2016, 325; Kornet, BauR 2016, 3186; Cadez, Bautechnik 2014, 139; Franz/Althaus/Oberhauser/Berner, BauR 2015, 121; Hartwig, BauR 2014, 1055; Leupertz, BauR 2014, 381; Diederichs/Peine, NZBau 2013, 1; Zimmermann, NZBau 2012, 1; Eschenbruch/Fandrey, BauR 2011, 1223; s. hierzu auch jüngst die Kommentierung von Retzlaff, *ibr-online-Kommentar* zu § 642 BGB, Stand: 12.5.2017.

3 Zuletzt: LG Mainz, NZBau 2016, 496 = NJW-RR 2016, 791; OLG Köln, Besch. v. 8.4.2015 – 17 U 35/14, BeckRS 2015, 07879; LG Bonn, Urt. v. 10.3.2014 – 1 O 360/12, BeckRS 2014, 08748.

4 KG, Urt. v. 10.1.2017 – 21 U 14/16, BeckRS 2017, 101495.