

## **Mängelrechte vor Abnahme in AGB des Bestellers**

Seit der Schuldrechtsreform war in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten, ob Mängelrechte schon vor Abnahme bestehen. Am 19.1.2017 hat der Bundesgerichtshof den Streit in drei Urteilen<sup>1</sup> dahin entschieden, dass dem Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks zustehen. Damit stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit von Klauseln in vom Besteller gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die, wie z.B. §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B, dem Besteller Mängelrechte schon vor Abnahme in die Hand geben.

Nachdem es also keine gesetzlichen Mängelrechte vor Abnahme gibt, kommen die in § 634 BGB enthaltenen Grundgedanken als gesetzliches Leitbild für die AGB-Kontrolle derartiger Klauseln nicht (mehr) in Betracht. Ihre Wirksamkeit ist daher am allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB zu messen<sup>2</sup>, durch das „die Interessen des Bestellers auch vor Abnahme angemessen gewahrt werden“<sup>3</sup>.

### **I. Wirksamkeit von §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B**

Wegen der Privilegierung der VOB/B in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB ist Voraussetzung für die Prüfung zunächst, dass der Besteller die VOB/B nicht als Ganzes und damit nicht ohne jede Veränderung in den Vertrag einbezogen hat, so dass die isolierte Inhaltskontrolle für alle Klauseln eröffnet ist<sup>4</sup>.

Gemäß § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer (AN) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Kommt der AN dieser Verpflichtung nicht nach, kann ihm der Auftraggeber (AG) gemäß § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (von der Vertragswidrigkeit ist in S. 3 keine Rede mehr<sup>5</sup>). Läuft die Frist fruchtlos ab, kann der AG den Vertrag nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kündigen, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung durch einen Dritten ausführen lassen und die (Fertigstellungs-) Mehrkosten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als Schaden geltend machen.

#### **1. Gesetzliches Leitbild: §§ 281, 323 BGB**

Die Voraussetzungen für Ansprüche auf Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung, § 281 Abs. 1 BGB, und für den Rücktritt, § 323 Abs. 1 BGB, sind im Wesentlichen gleich: In beiden Vorschriften fordert das Gesetz zunächst eine fällige Leistung. Erbringt der Schuldner diese nicht oder nicht vertragsgemäß, kann der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmen. Kommt der Schuldner der Aufforderung nicht nach, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, §§ 281 Abs.

---

<sup>1</sup> Vgl. VII ZR 301/13, Baurecht 2017, 875; VII ZR 193/15, Baurecht 2017, 879; VII ZR 235/15, Baurecht 2017, 1024

<sup>2</sup> so schon Voit in Baurecht 2011, 1063

<sup>3</sup> Vgl. BGH Baurecht 2017, 1024

<sup>4</sup> Vgl. BGH Baurecht 2004, 668

<sup>5</sup> diese zumindest terminologische Unklarheit und sich daraus in etwa ergebende Differenzierungen sollen hier nicht erörtert werden; nach Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Aufl., Teil B, § 4 Abs. 7, Rn. 10, decken sich „die Bereiche der mangelhaften und der vertragswidrigen Leistung weitgehend“.

1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bzw. nicht vertragsgemäß bewirkt, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen bzw. vom Vertrag zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

## **2. Abweichung vom gesetzlichen Leitbild**

### **2.1 Rechte des AG vor Fälligkeit**

Die §§ 281, 323 BGB setzen also grundsätzlich eine fällige Leistung voraus. Vor Fälligkeit kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder Rücktritt nur in Betracht, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts, § 323 Abs. 4 BGB, oder des § 281 BGB – in analoger Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB<sup>6</sup> –, im Zeitpunkt der Fälligkeit vorliegen werden.

Abweichend davon kommt es nach § 4 Abs. 7 VOB/B auf die Fälligkeit nicht an. Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B können „während der Ausführung“, also zu jedem Zeitpunkt des Erfüllungsstadiums, geltend gemacht werden.

### **2.2 Mangelhafte/vertragswidrige Leistung**

Voraussetzung der Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt ist nach dem Gesetz des Weiteren jeweils eine nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung, also eine Nicht- oder Schlechtleistung. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen einer technisch nicht vertragsgemäßen und einer unvollständigen bzw. noch auszuführenden Restleistung. Es kommt allein darauf an, dass bei Fälligkeit nicht vertragsgemäß geleistet wurde.

§ 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B erfordert eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung. Diese Differenzierung findet sich in S. 3 nicht wieder. Danach kann der AG dem AN eine angemessene Frist zur Beseitigung „des Mangels“ setzen und ihm für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist die Kündigung des Vertrages androhen.

Ob eine Leistung mangelhaft i. S. v. § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B ist, unterliegt denselben Beurteilungsmaßstäben wie die Frage, ob eine Leistung im Zeitpunkt der Abnahme gem. § 13 Abs. 1 VOB/B mangelhaft ist<sup>7</sup>. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, nach dem Rechtsbegriffe in AGB einheitlich auszulegen sind<sup>8</sup>. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, S. 3, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, erstens, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst, zweitens, für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der AG nach der Art der Leistung erwarten kann. Nach dieser Definition stellt somit sowohl eine in technischer Hinsicht nicht vertragsgemäße als auch eine noch nicht fertige Leistung einen Mangel dar. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B unterscheidet demnach ebenfalls nicht zwischen einer technisch nicht vertragsgemäßen und einer fehlenden Restleistung. Ob eine Leistung in technischer Hinsicht nicht vertragsgemäß ist, kann in der Regel auch schon vor Abnahme/Fälligkeit beurteilt werden; ob demgegenüber eine unvollständige Leistung zum

---

<sup>6</sup> Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 281, Rn. 8a

<sup>7</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Aufl., Teil B, § 4 Abs. 7, Rn. 10

<sup>8</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2016, 526

maßgeblichen Zeitpunkt (d. h. bei Geltendmachung des Anspruchs nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B) ebenfalls als nicht vertragsgemäß anzusehen ist, dagegen nicht, zumindest nicht ohne weiteres, denn noch fehlende Leistungen kann der AN unter Umständen bis zur Abnahme nachholen, ohne dass seine bis dahin erbrachte Leistung für sich genommen technisch defizitär wäre. Die Abgrenzung wird in der Praxis oftmals schwer fallen, weil in der Regel schwierig zu bestimmen sein dürfte, wann bei vertragsgemäßer Erfüllung eine bestimmte Leistung auszuführen ist.

Wenn die §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B auch bei einer noch unfertigen Leistung, ohne dass sie technisch defizitär ist, dem AG vor Fälligkeit das Recht einräumen, auf Kosten des AN die Leistung fertig zu stellen, liegt offenkundig eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 281, 323 BGB vor. Schließlich unterscheiden letztere nicht zwischen einer in technischer Hinsicht nicht vertragsgemäßen und einer schlicht unvollständigen Leistung. Entscheidend ist vielmehr allein der Gesichtspunkt der Fälligkeit: nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B kann also auch eine unvollständige Leistung bzw. noch auszuführende Restleistung nicht vertragsgemäß sein, obwohl diese bei objektiv vertragsgemäßer Ausführung zum maßgeblichen Zeitpunkt noch gar nicht ausgeführt sein musste (sprich noch nicht fällig war).

### **2.3 Aufforderung zur Beseitigung des Mangels und Androhung der Auftragsentziehung**

Sowohl das Gesetz als auch § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B erfordern eine angemessene Frist zur Leistung/Nacherfüllung bzw. zur Beseitigung des Mangels. Insoweit besteht zwischen §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB und § 4 Abs. 7 VOB/B keine für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Abweichung.

§ 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B fordert weiter die Erklärung des AG, dass er dem AN nach fruchtlosem Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung den Auftrag entziehe. Ein derartiges Warnerfordernis kennt das Gesetz nicht.

Nach § 8 Abs. 5 VOB/B muss die Kündigung zwingend<sup>9</sup> schriftlich erfolgen. §§ 281, 323 BGB kennen dagegen kein Formerfordernis<sup>10</sup>. Sowohl der Rücktritt als auch das Verlangen nach Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung können auch mündlich erklärt werden.

Im Ergebnis sind die Anforderungen der §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B insoweit also höher als die des gesetzlichen Leitbildes, so dass eine Abweichung zum Nachteil des Verwendungsgegners nicht vorliegt.

### **2.4 Keine Einschränkung bei Teilleistung**

Eine wesentliche Abweichung ergibt sich, wenn der AN (nur) eine Teilleistung bewirkt hat (wobei eine quantitative Teilleistungen gemeint ist<sup>11</sup>; qualitative Teil-/Schlechtleistungen unterfallen jeweils §§ 323 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB). In diesem Fall kann der Gläubiger nur dann vom (ganzen) Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, §§ 281 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Dies ist nur dann der Fall, wenn objektiv ein Interesse des Gläubigers besteht, die gesamte Leistung aus einer Hand zu erhalten<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion-Joussen/Vygen, VOB, 20. Aufl., Teil B, § 8 Abs. 5, Rn. 2

<sup>10</sup> das mit § 650 h BGB n. F. jetzt für die Kündigung des Bauvertrages eingeführt wurde

<sup>11</sup> Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 323, Rn. 24

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 3011

Eine derartige Einschränkung kennt § 4 Abs. 7 VOB/B nicht. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B kann der AG die Entziehung des Auftrags zwar auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränken. Dies liegt jedoch allein in seinem Ermessen, unabhängig davon, ob er an der Teilleistung objektiv ein Interesse hat oder nicht.

## **2.5 Fehlende Einschränkung bei unwesentlichen Mängeln**

Im Fall einer Schlechtleistung kann der Gläubiger nicht nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen oder nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung nur unerheblich ist. Die Prüfung der Erheblichkeit erfordert eine umfassende Interessenabwägung<sup>13</sup>. Zu berücksichtigen sind vor allem der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand und bei einem nicht behebbaren Mangel die von ihm ausgehende funktionelle oder ästhetische Beeinträchtigung. In der Regel ist die Erheblichkeit eines Mangels zu bejahen, wenn die Kosten der Beseitigung mindestens 5 % der vereinbarten Gegenleistung ausmachen<sup>14</sup>.

Eine derartige Beschränkung des Kündigungsrechtes enthält §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B nicht. Der AG kann den (gesamten) Vertrag auch bei geringfügigen Mängeln kündigen, die ohne weiteres und ohne Nachteile für den AG zu einem späteren Zeitpunkt während der Ausführungszeit behoben werden könnten.

## **3. Vereinbarkeit der Abweichungen mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**

Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit von AGB-Klauseln ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird. Eine zur Unwirksamkeit einer Klausel führende unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn in rechtlich geschützte Interessen des Vertragspartners des Verwenders in nicht unerheblichem Maß eingegriffen wird<sup>15</sup>.

### **3.1 Rechte des AG vor Fälligkeit**

Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfüllt. Diese Dispositionsbefugnis des Unternehmers hat der BGH in den drei Entscheidungen vom 19.1.2017 noch einmal ausdrücklich hervorgehoben<sup>16</sup>. Die Möglichkeit des Bestellers, Rechte nicht nur vor Abnahme, sondern sogar vor Fälligkeit ausüben zu können, weicht daher nicht nur vom gesetzlichen Leitbild ab, sondern stellt auch einen erheblichen Eingriff in die rechtlich geschützte Dispositionsfreiheit des Unternehmers dar.

### **3.2 Rechte auch wegen noch unfertiger Leistung vor Fälligkeit**

Soweit §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B dem AG die Möglichkeit geben, vor Fälligkeit nicht nur wegen einer technisch nicht vertragsgemäßen Leistung, sondern auch wegen einer zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht ausgeführten (Rest-) Leistungen zu kündigen, greift dies ebenfalls erheblich in rechtlich geschützte Interessen des Unternehmers ein, weil gegebenenfalls auch wegen noch nicht ausgeführter Leistungen gekündigt werden kann, die bei objektiv vertragsgemäßer

---

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 3229

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 3229

<sup>15</sup> Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 307, Rn. 31

<sup>16</sup> Siehe Fn. 1

Ausführung zum maßgeblichen Zeitpunkt noch gar nicht hätten ausgeführt sein müssen. Auch ist kein Interesse des AG zu erkennen, zu diesem Zeitpunkt die Fertigstellung selbst in die Hand zu nehmen.

### **3.3 Kündigung trotz objektivem Interesse an einer Teilleistung**

Nach dem Gesetz ist die Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag im Falle einer Teilleistung auf die Fälle beschränkt, in denen der Gläubiger an der Teilleistung objektiv kein Interesse hat.

Diese Einschränkung kennt § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B nicht. Die Vorschrift gewährt dem AG die Möglichkeit zur Kündigung des gesamten Vertrages auch dann, wenn er an einer vom AN erbrachten Teilleistung objektiv Interesse hat.

Insoweit weicht die VOB/B also vom Gesetz ab. Praktisch wirkt sich dies jedoch nicht aus: Denn bei Bestehen eines objektiven Interesses an der Teilleistung zerfällt der Vertrag aufgrund des Rücktritts in zwei selbstständige Teile<sup>17</sup> mit der Folge, dass der Gläubiger für die bewirkte Teilleistung einen entsprechenden Teil der Gegenleistung zu erbringen hat. Nichts anderes ergibt sich bei der Kündigung nach §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B. Denn die Kündigung beendet den Vertrag nur mit Wirkung für die Zukunft. Für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen kann der AN grundsätzlich die vereinbarte Vergütung verlangen. Damit liegt in diesem Punkt kein Eingriff in die Rechte des AN vor.

### **3.4 Kündigung auch bei nur unwesentlichem Mangel**

Die Möglichkeit nach § 4 Abs. 7 VOB/B, sich auch wegen unerheblicher/unwesentlicher Mängel vom Vertrag zu lösen, widerspricht nicht nur §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB, nach denen ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung oder Rücktritt bei lediglich unerheblicher Pflichtverletzung nicht in Betracht kommt. Sie kollidiert auch mit § 640 Abs. 1 S. 2 BGB, nach dem der Besteller die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigern darf<sup>18</sup>. Nach der gesetzlichen Wertung ist also ein im Zeitpunkt der Abnahme mit lediglich unwesentlichen Mängeln behaftetes Werk (noch) vertragsgemäß. Wenn sich der AG aufgrund einer von ihm gestellten AGB-Klausel vor Abnahme auch wegen lediglich unwesentlicher Mängel vom Vertrag lösen kann, stellt auch dies einen erheblichen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen des AN dar, der nicht durch ein besonderes Interesse des AG gerechtfertigt ist.

## **4. Ergebnis**

Die von §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B in Abweichung zum gesetzlichen Leitbild gewährten Rechte vor Fälligkeit, bei unfertiger Leistung und wegen unwesentlicher Mängel stellen einen erheblichen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen des Auftragnehmers dar mit der Folge, dass §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten und somit unwirksam sein dürften<sup>19</sup>, wenn der AG Verwender der VOB/B ist.

## **II. Wirksamkeit von mit §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vergleichbaren Klauseln, die auf die Androhung und den Ausspruch der Kündigung verzichten**

---

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 36, 318

<sup>18</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion-Sienz, VOB, 20. Aufl., Teil B, Anhang 4, Rn. 67

<sup>19</sup> Vgl. Kniffka-Schmitz, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 21.08.2017, § 649, Rn. 209; Ingenstau/Korbion-Sienz, VOB, 20. Aufl., Teil B, Anhang 4, Rn. 67

In der Praxis durchaus häufig anzutreffen sind außerdem Klauseln, nach denen der AG den Vertrag auch ohne Androhung der Auftragsentziehung kündigen kann, wenn der AN während der Ausführung einen Mangel trotz Aufforderung unter Fristsetzung nicht beseitigt (nachfolgend unter 1.) sowie Klauseln, nach denen der AG auf Kosten des AN zur Ersatzvornahme schreiten kann, wenn der AN einen Mangel während der Ausführung nach Aufforderung nicht innerhalb der gesetzten Frist beseitigt (nachfolgend unter 2.)

### **1. Recht zur Kündigung nach Ablauf einer Frist zur Mängelbeseitigung vor Abnahme ohne Androhung der Kündigung**

Der einzige Unterschied zu §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B besteht in dieser Variante also darin, dass der AG mit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht auch die Kündigung androhen muss. Das gesetzliche Leitbild, §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB, erfordert zwar ebenfalls keine Androhung des Verlangens nach Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung oder des Rücktritts. Dass es in diesem Punkt an einer Abweichung vom gesetzlichen Leitbild fehlt, ändert jedoch nichts daran, dass eine derartige Klausel im Übrigen – ebenso wie §§ 4 Abs. 7 S. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B – wegen der Rechte vor Fälligkeit, bei unfertiger Leistung und wegen unwesentlicher Mängel von dem gesetzlichen Leitbild abweicht und diese Abweichung einen erheblichen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen des AN darstellt. Auch eine solche Klausel dürfte daher wegen einer unangemessenen Benachteiligung des AN als Vertragspartner des Verwenders unwirksam sein.

### **2. Recht zur Ersatzvornahme nach Ablauf einer Frist zur Mängelbeseitigung vor Abnahme ohne das Erfordernis der Kündigung**

Im Grunde geht es hier um die Wirksamkeit einer § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B entsprechenden Klausel vor Abnahme. Tatbestandsvoraussetzungen sind demnach das Vorliegen eines Mangels während der Ausführung bzw. vor Abnahme, eine Aufforderung des AG zur Beseitigung des Mangels in angemessener Frist und der fruchtlose Ablauf dieser Frist.

#### **2.1 Gesetzliches Leitbild: § 281 BGB**

Gesetzliches Leitbild, an dem die Wirksamkeit der Klausel zu messen ist, ist, nachdem die §§ 634 ff. BGB vor Abnahme nicht anwendbar sind, § 281 BGB. Danach kann der Gläubiger, wenn der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmen. Läuft die Frist fruchtlos ab, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, Schadensersatz statt der ganzen Leistung aber nur, wenn die Pflichtverletzung erheblich ist.

#### **2.2 Abweichung vom gesetzlichen Leitbild**

Nachdem das von der Klausel gewährte Recht zur Ersatzvornahme nicht von der Fälligkeit abhängt, sondern während der gesamten Ausführung bis zur Abnahme geltend gemacht werden kann, stellt dies eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dar.

Hinsichtlich der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in angemessener Frist ergibt sich keine Abweichung, ebenso wenig im Hinblick auf die Rechtsfolge bei fruchtlosem Ablauf der Frist: der AG kann schließlich nur Ersatz der von ihm aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten verlangen, letztlich also Schadensersatz statt der Leistung. Einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen

Leistung – also Ersatz des gesamten durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens bei Rückgabe der angenommenen Sache<sup>20</sup> - gewährt die Klausel gerade nicht.

### **2.3 Vereinbarkeit der Abweichung mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**

Im Gegensatz zum Rücktritt, der nach § 323 Abs. 4 BGB auch vor Fälligkeit möglich ist, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden, ist § 281 BGB vor Fälligkeit grundsätzlich nicht anwendbar (auch wenn der Gläubiger in analoger Anwendung von § 323 Abs. 4 BGB auch dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen können soll, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des § 281 im Zeitpunkt der Fälligkeit vorliegen werden<sup>21</sup>). Die Möglichkeit, Rechte schon vor Fälligkeit ausüben zu können, greift daher erheblich in die Dispositionsfreiheit des AN ein.

### **3. Ergebnis**

Im Ergebnis dürfte also auch eine mit § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vergleichbare Klausel, die dem Besteller die Ersatzvornahme vor Abnahme ermöglicht, einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten.

### **III. Anforderungen an eine wirksame Klausel**

Es steht außer Frage, dass in der Baupraxis auftraggeberseitig ein großes Bedürfnis an Mängelrechten vor Abnahme besteht, weil es in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein wird, in einem späteren Prozess darzulegen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen des § 323 Abs. 4 BGB bzw. in analoger Anwendung dazu des § 281 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Ersatzvornahme erfüllt waren. Grundsätzlich dürfte eine Vereinbarung solcher Rechte in AGB möglich sein, wobei insbesondere das Recht zur Selbstvornahme und das Recht zur Kündigung in Betracht kommen. Voraussetzung für die Anwendung dieser Rechte ist ein Mangel der Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit. Eine Anwendbarkeit vor Fälligkeit kommt nur in Betracht, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen für Selbstvornahme und Kündigung eintreten werden. Des Weiteren darf der Mangel, dessentwegen Rechte ausgeübt werden, nicht nur unerheblich bzw. unwesentlich sein. Nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Beseitigung des erheblichen/wesentlichen Mangels darf der AG (als Verwender der Klausel) entweder auf Kosten des AN zur Ersatzvornahme schreiten oder den Vertrag kündigen.

**Rechtsanwälte und Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht Jörg Mayr und Henning von Berg,  
Köln**

---

<sup>20</sup> Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 281, Rn. 46

<sup>21</sup> Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 281, Rn. 8a